

SUOMALAISEN
LÄKIMIESYHDISTYKSEN
JULKAISUJA
A-SARJA
N:o 71

SUOMALAISEN LAKIMIES- YHDISTYKSEN JULKAISUJA

A-SARJA

N:o 71

KAARLO L. STÅHLBERG

PETOKSESTA

ERITYISESTI PITAEN SILMÄLLÄ EREHDYKSEN
AIKAAN SAAMISTA JA VIREILLÄ PITÄMISTÄ
SEKÄ TAVARAN TAI RAHAN TAPPIOTA

RIKOSOIKEUDELLINEN TUTKIMUS

ÜBER DEN BETRUG

MIT BESONDERER BERÜCKSICHTIGUNG DER ERREGUNG UND
DES UNTERHALTENS EINES IRRTUMS SOWIE DES VERLUSTES
VON GUT ODER GELD

ZUSAMMENFASSUNG

JAKAJA AKATEEMINEN KIRJAKAUPPA

PETOKSESTA

ERITYISESTI PITÄEN SILMALLA EREHDYKSEN
AIKAAN SAAMISTA JA VIREILLÄ PITÄMISTÄ
SEKÄ TAVARAN TAI RAHAN TAPPIOTA

RIKOSOIKEUDELLINEN TUTKIMUS

KIRJOITTANUT

KAARLO L. STÅHLBERG

LAKITIEEEN LSENSIAATTI, VARATUOMARI

*Yliopistollinen väitöskirja, joka Helsingin yliopis-
ton oikeustieteellisen tiedekunnan suostumuksella
esitetään julkisesti tarkastettavaksi luentosalissa
7 keskiviikkona tammikuun 27 päivänä 1965 kello 12.*

SUOMALAINEN LAKIMIESYHDISTYS

Vammala 1964
Vammalan Kirjapaino Oy.
ISBN 978-951-855-833-3 (PDF)

ALKULAUSE

Saatuani petosrikoksen tunnusmerkkejä koskevan tutkimukseni päätökseen on minulla tilaisuus kiittää kaikkia niitä, jotka ovat työni aikana minua tukeneet ja auttaneet. Erityisesti haluan tuoda julki suuren kiitollisuuteni professori *Bruno A. Salmialalle* ja professori *Matti Ylöstalolle* siitä tuesta ja kannustuksesta, jota vuosien mittaan olen heiltä saanut. Myös professori *Brynolf Honkasalolle* olen kiitollinen siitä innostavasta mielenkiinnosta, jota hän on työtäni kohtaan osoittanut. Esimiehiäni, professoreja *Inkeri Anttilaa* ja *Reino Ellilää* kiitän heidän tutkimustyötäni kohtaan osoittamastaan kiinnostuksesta ja myönteisyydestä. — Taloudellisesti ovat työskentelyäni helpottaneet Helsingin yliopiston kanslerilta sekä Antti Tulenheimon muistorahastosta saamani apurahat, joista lausun parhaat kiitokseni. Haluan myös kiittää Suomalaisesta Lakimiesyhdistystä siitä, että se on hyväksynyt tutkimukseni julkaisusarjaansa. Käsikirjoituksen kieliasun tarkistamisessa minua auttaneelle fil. maist. *Tauno Olavi Särkälle* esitän myös parhaat kiitokseni.

Käsikirjoitus on jätetty painettavaksi marraskuun 13 päivänä 1964.

Helsingissä marraskuun 13 päivänä 1964.

Kaarlo L. Ståhlberg.

SISÄLLYS

	Sivu
Alkulause	V
Sisälylys	VII
Luettelo lähteistä, joihin tutkimuksessa viitataan	
I. Kirjallisuus ja virallisuonteiset lähteet	XIII
II. Oikeustapauskoelmat	XXIII
Lyhenteitä	XXIV

JOHDANTO

I. PETOSRIKOS TILASTOJEN VALOSSA	1
II. OIKEUSHISTORIALLINEN JA ERAISIIN ULKOMAI- SIIN PETOSSAÄNNÖKSIIN KOHDISTUVA VERTAII- LEVA KATSAUS	
A. Suomi	3
B. Ruotsi	7
C. Norja	9
D. Tanska	10
E. Saksa	11
F. Sveitsi	12
G. Itävalta	12
H. Englanti	12
III. TUTKIMUSTEHTÄVÄN TÄSMENTÄMINEN	13

VAR SINAINEN OSA

I. EREHDYTTÄMINEN	
A. Erehdys	15
Erehdys-käsitteen sisällöstä on esitetty eri mielipiteitä (s. 15) — Erehdys syyksiluettavuusopissa (s. 16 ss.) — Erehdys siviilioikeudessa (s. 19 ss.) — Motiivi- ja ilmaisuerehdys (s. 20 ss.) — Telarannan kielellinen analyyysi (s. 24 ss.) — Erehdys-sanan kielellinen sisältö (s. 26 ss.) — Erehdys RL 36:1:n tunnusmerkkinä (s. 35 ss.).	

B. Erehdyksen aikaan saaminen ja vireillä pitäminen	38
1. Yleistä	38
Aikaansaamisen lähtökohta (s. 38) — Erehdyksen aikaansaamista ei ole suhtautuminen, jolla aiheutetaan muutos jo olevan mielikuvan kohteessa (s. 38 s.) — Vireilläpitämisen lähtökohta (s. 39) — Erehdyksen vireilläpitämistä on suhtautuminen, jolla ehkäistään lainkohdassa tarkoitetun erehdystilan lakkaaminen (s. 41) — Erehdyksen hyväksi käyttäminen ei toteuta petoksen tunnusmerkistöä (s. 42) — Lainanalogian sallittavuudesta (s. 43 alav. 20).	
2. Asianlaita	47
Käsitteen sisällöstä esitetty eri mielipiteitä (s. 48 ss.) — Sanan yleiskielelliseen merkitykseen perustuva oma kanta (s. 50 s.) — Sisäiset asianlaitat (s. 52 ss.) — Arvostelma-asianlaitat (s. 55 s.) — Tulevaisuuden asianlaitat (s. 56 ss.) — RL 36:1:n soveltamisalaa ei pidä rajoittaa asianlaita-käsitteen ahtaalla tulkinnalla (s. 59).	
3. Rikoslain 36 luvun 1 §:n mainitsemat erehdyttämiskeinot	60
a. Yleistä	60
b. Erehdyksen aikaan saaminen ja vireillä pitäminen aktiivisella tekemisellä	60
a. Valheellisen asianlaidan esiintuominen	60
Esiintuominen merkitsee sitä, että asianlaita saatetaan toisen havaintopiiriin (s. 60) — Laki ei aseta rajoituksia sen suhteen, miten tämän on tapahduttava (s. 60 s.) — Konkludenttinen esiintuominen (s. 61 s.) — Milloin henkilön on katsottava esiintuoneen asianlaidan (s. 62 ss.).	
β. Todellisen asianlaidan salaaminen	66
Salaaminen käsittää yleensä myös esiintuomisen (s. 67) — Tämä ei ole kuitenkaan välttämätöntä, vaan salaamisella on myös itsenäinen merkityksensä (s. 67).	
γ. Todellisen asianlaidan vääristäminen	67
Mitä vääristäminen merkitsee (s. 67) — Myös vääristämisellä on itsenäinen merkityksensä muiden erehdyttämiskeinojen rinnalla (s. 68 s.).	
c. Erehdyksen aikaan saaminen ja vireillä pitäminen laiminlyönnillä	69
a. Laiminlyönnistä ja sen kausaalisuudesta yleensä	69
Laiminlyönnin relevanssin selittämiseksi kehitetyistä ajatusrakennelmista (s. 70 ss.) — Ns. tietoteoreettinenkaan kausaalisuuskäsitys ei kykene sellaisenaan osoittamaan rikosoikeudellisen vastuun rajoja (s. 72 s.) — Teoriaa on täydennetty ja samalla myönnetty tekemisen ja laiminlyönnin eriarvoisuus (s. 73) — Ongelmaa tarkasteltaessa olisi se irroitettava nykyiseltä filosofiselta alustaltaan (s. 74) — Laiminlyönnin kausaalisuudessa on vain kysymys sen selvittämisestä, minkälaisen suhteen on vallittava inhimillisen suhtautumisen ja seurauksen välillä (s. 74) — RL:n sisältämistä laiminlyöntirikoksista tehtävät johtopäätökset (s. 76 ss.).	
β. Petos laiminlyöntirikoksena	78
Erehdys voidaan saada aikaan ja pitää vireillä myös laiminlyön-	

nillä (s. 78) — Asianlaidan esiintuominen ja vääristäminen viit-
taavat ensi sijassa aktiiviseen tekemiseen (s. 78 s.) — Asianlaidan
salaamisen osalta on esitetty sama käsitys (s. 79) — Oma kanta
kysymyksen suhteen (s. 79 s.) — Laiminlyönnin ei tarvitse vai-
kuttaa motivoivasti (s. 82 s.).

- γ. Ilmaisuvollisuudesta 83
Vollisuuden on oltava oikeudellinen (s. 83 s.) — Vain erityinen
oikeusvollisuus tulee kysymykseen (s. 84) — Oikeusvalli-
suuden perusteista (s. 84) — KK 1:4:stä johdettavissa oleva
ilmaisuvollisuus (s. 85 ss.) — Vajaavaltaisen vllisuus ilmaista
vajaavaltaisuutensa (s. 87 ss.) — OikTL 33 §:stä johdettavissa
oleva ilmaisuvollisuus (s. 90 s.)
- d. Erityisiä RL 36:1:n tarkoittamaan erehdyttämiseen liittyviä kysy-
myksiä 92
Laki ei edellytä intensiteettiä erehdyttämiseltä (s. 92) — Valheelli-
sen väitteen ei tarvitse olla objektiivisesti arvostellen uskottava
(s. 92) — Erehdytetyn oman suhtautumisen merkitys (s. 93 s.).

II. EREHDYKSESTÄ TAPPIOON

- A. Disponointi 95
Laki ei mainitse disponointia (s. 95) — Disponointi saattaa olla teke-
mistä, laiminlyönti tai sietämistä (s. 96) — Sietäminen voi vain harvoin
tulla kysymykseen (s. 96 s.) — Disponoinnin ei tarvitse tapahtua vas-
tikkeen saamiseksi (s. 98) — Erehdytetyn ei tarvitse olla tietämätön
suhtautumisensa taloudellisesta merkityksestä (s. 98 s.) — Tappion on
aiheuduttava välittömästi disponoinnista (s. 100 s.).
- B. Erehdytetyn ja tappionkärsijän välinen suhde 101
Erehdytetyn ja tappionkärsijän ei tarvitse olla sama henkilö (s. 102)
— RL 36:1:n valmistelutöiden ja sanamuodon perusteella on mahdollista
katsoa lainkohdan alun perin edellyttäneen relatiivista identiteettiä
(s. 103 s.) — Kysymyksestä on kirjallisuudessa esitetty eri käsityksiä
(s. 104 ss.) — Vallitseva käsitys ja oikeuskäytäntö ovat laajentaneet
säännöksen soveltamisalaa niin, ettei relatiivista identiteettiä voida
vaatia (s. 106 s.) — Edun tulee kuitenkin olla disponoijan määräämis-
vallassa (s. 107) — Esimerkkejä ja oikeuskäytäntöä (s. 108 ss.) —
RL 36:1:n sisältämän esimerkkiluettelon merkityksestä (s. 111 alav. 25).

III. TAVARAN TAI RAHAN TAPPIO

- A. Tavarat tai rahan tappio — varallisuusvahinko? 114
Tavarat tai rahan tappio on meillä yleensä tulkittu »varallisuus-
vahingoksi» (s. 115) — Kirjallisuudessa esitettyjen varallisuus- ja
varallisuusvahingon käsitettä koskevien mielipiteiden tarkastelua (s. 116
ss.) — Onko varallisuus-käsite otettava lähtökohdaksi petoksen seu-
raustunnusmerkin tulkinnassa? (s. 125 s.) — Käsitteen hylkääminen
(s. 127).

B. Tavarain tai rahan tappio — taloudellinen menetys	127
Sanaparin merkityksestä eräissä muissa tunnusmerkistöissä (s. 128 s.) — Petosrikos edellyttää, että erehdytetylle on aiheutunut taloudellinen menetys (s. 129 s.).	
C. Taloudellinen menetys	130
1. Yleistä	130
Tappion toteamiseksi toimitettavasta vertailusta (s. 130 s.) — Ver- tailu edellyttää etukäteistietoa erilaisten tosiasiallisten tapahtumien taloudellisesta merkityksestä (s. 132 s.).	
2. Eräiden tosiasiallisten tapahtumien merkityksestä taloudellista mene- tystä arvosteltaessa	133
a. Arvon menetys; arvon saamatta jääminen	133
Taloudellisen arvon menettäminen on tappio (s. 134) — Myös mahdollisuuksilla saada tulevaisuudessa taloudellista etua on arvoa nykyhetkellä (s. 135 s.) — Arvon saamatta jääminen (s. 136 s.) — Se, että saatu vastike ei arvoltaan vastaa odotettua, ei merkitse tappiota (s. 137 ss.).	
b. Sitoumukset	141
Sitoumuksella saattaa sellaisenaan olla taloudellista arvoa (s. 144) — Edellytyksenä on kuitenkin, että siihen liittyy oikeudellinen täyttämismvelvollisuus (s. 148) — Pätemättömän sitoumuksen synty- minen ei sellaisenaan merkitse tappiota, mutta se saattaa merkitä tappion vaaran syntymistä (s. 154 ss.).	
c. Tappion vaara	157
Vaara saattaa vaikuttaa jo oleviin arvoihin (s. 158 s.) — Huomiota ei kuitenkaan kohdisteta tähän, vaan siihen, merkitseekö vaara tappiota myös silloin, kun se ei alenna taloudellisia arvoja (s. 159) — Ongelmaan liittyvistä vaikeuksista (s. 161 ss.) — Tappion vaara saattaa merkitä tappiota (s. 163) — Näkökohdista, jotka vaaran merkitystä arvosteltaessa on otettava huomioon (s. 163 ss.) — »Vaaran vaara» (s. 173 s.) — Tappion vaara ja petoksen yritys (s. 174 s.).	
3. Vastike ja arvostus	175
Riittävä vastike korvaa tappion (s. 175) — Subjektiivinen ja objektiivinen näkemys (s. 176) — Kysymystä selvitellessä ei ole kiinnitetty huomiota siihen, mitä taloudellinen arvo merkitsee (s. 177) — Taloudellisen arvon hahmottelu (s. 178) — Tulos antaa mahdolli- suuden kahteen eri lähtökohtaan: tarkastelu voidaan toimittaa joko tilan kannalta tai arvon funktionaalisen merkityksen kannalta (s. 179) — Jälkimmäisen lähtökohdan tarkastelua ja sen hylkääminen (s. 182 ss.) — Vain edellinen lähtökohta saattaa antaa riittävän pohjan tappio- kysymyksen arvostelulle (s. 187) — Vastikkeen arvostukseen liitty- vistä näkökohdista (s. 188 ss.) — Mikä merkitys on sillä, että vastike on rikoksen kautta joutunut pois oikealta omistajaltaan? (s. 197 ss.) — Millä edellytyksillä vastike voidaan ottaa tappiokysymyksen selvittä- misessä huomioon? (s. 200 ss.)	

4. Erityisiä tappioon liittyviä kysymyksiä	204
a. »Oikeudettomat» arvot sekä lain tai hyvän tavan vastaiset oikeus-	
toimet	204
Taloudellinen arvo on käsitteellisesti riippumaton oikeusjärjes-	
tyksen normeista (s. 204 s.) — Oikeudenvastaisella tavalla hanki-	
tulla esineellä samoin kuin mitättömällä sitoumuksella saattaa olla	
taloudellista arvoa (s. 204 s.) — Etuuden ja sen haltijan välisestä	
suhteesta (s. 205 s.) — Ulottaako RL 36:1 suojansa myös »oikeu-	
denvastaisiin» arvoihin? (s. 208 ss.) — Oikeuskäytäntö on myön-	
teisellä kannalla (s. 211) — Kannanottoa voidaan pitää oikeana	
(s. 211) — Sen oikeustoimen luonteella, jonka yhteydessä arvo	
menetetään, ei ole merkitystä (s. 212 ss.) — Tämä on myös oikeus-	
käytännön kanta (s. 214).	
b. Työ- ja palvelusuoritukset. Työvoiman hyväksikäyttäminen	214
c. Maksua vastaan tarjolla olevien suoritusten ja etujen hyväksi-	
käyttäminen	221
D. Tavoitellun hyödyn ja aiheutetun tappion välisestä suhteesta	225
1. Onko hyödyn vastattava tappiota?	225
Petos »hyötymisrikoksena» (s. 225 ss.) — Lainkohdan 2 momentin	
merkitys tässä suhteessa (s. 226) — Lainkohdan sisältämän paheksu-	
misen kärki kohdistuu siihen, että joku aiheuttaa toiselle tappiota	
yrittäessään hyötyä (s. 227) — Tämä ei silti edellytä hyödyn ja	
tappion välistä vastaavuutta (s. 229) — Riittää, että hyöty ja tappio	
syntyvät samasta disponoinnista (s. 230 s.).	
2. Kysymyksen merkitys rikoslain 36 luvun 1 §:n kannalta	231
Lainkohdan 2 momentin mukaan rangaistaan myös ilman hyötymis-	
tarkoitusta tapahtunut erehdyttäminen (s. 232) — Momenttien sub-	
jekttiivisen puolen erilaisuus osoittaa, että kysymyksellä on merkitystä	
myös meidän petosrikoksemme kannalta (s. 232 s.).	

IV. PETOSTUNNUSMERKISTÖN SUBJEKTIIVINEN PUOLI

A. Yleistä	233
Lain sanamuoto ei ilmaise syyksiluettavuusastetta (s. 233) — RL:n mu-	
kaan rangaistaan tuottamuksellinen suhtautuminen vain, mikäli ao. lain-	
kohdassa niin sanotaan tai sen tarkoituksesta tai asiayhteydestä voidaan	
päätellä tämän olevan tarkoitus (s. 233) — Petos edellyttää aina tahalli-	
suutta (s. 233 s.) — Tahallisuuden lajit (s. 234) — Tahallisuuden lievim-	
män lajin ja tuottamuksen eroittaminen toisistaan (s. 234 s.).	
B. Erehdyttämistahallisuus	236
Sanamuoto ei viittaa mihinkään erityiseen tahallisuuden lajiin (s. 236)	
— Lainsäätäjä ei ole ollut johdonmukainen syyksiluettavuutta kuvaavien	
ilmaisujen valinnassa (s. 236) — Epäjohdonmukaisuus ulottuu vain ta-	
hallisuutta rajoittaviin sanontoihin (s. 236) — Erehdyttämisen suhteen	
riittää dolus eventualis (s. 236 s.).	

C. Hyötymistahallisuus	237
Sanamuoto viittaa tavallista voimakkaampaan tahallisuuteen (s. 237)	
— Se ei kuitenkaan oikeuta ilman muuta tällaiseen johtopäätökseen (s. 237), — mutta se on silti otettava lähtökohdaksi (s. 238) — Hyötymistarkoitus on subjektiivinen oikeudenvastaisuuselementti (s. 239) — Tekijän tavoitteleman tuloksen ei tarvitse olla objektiivisesti arvostellen aineellinen etu (s. 241) — Jos tavoiteltu tulos on aineellinen etu, täytyy tekijän pyrkiä siihen ainakin osaksi juuri sen taloudellisen merkityksen takia (s. 242 ss.).	
D. Vahingoittamistahallisuus	245
1. Lainkohdan 1 momentti	245
Sanamuoto ei viittaa mihinkään erityiseen tahallisuuden lajiin (s. 245)	
— Vallitseva käsitys katsoo dolus eventualiksen riittävän (s. 245) — Kannanotto on oikea (s. 246).	
2. Lainkohdan 2 momentti	246
Tahallisuus on voimakkaampaa kuin 1 mom:ssa (s. 247) — Tavarain tai rahan tappion aiheuttamisen tarkoitus merkitsee, että tekijä pyrkii aiheuttamaan tuloksen ainakin osaksi juuri sen tappiomerkityksen takia (s. 247).	
V. NÄKÖKOHTIA DE LEGE FERENDA	
A. Yleistä	248
B. Rikoslain 36 luvun 1 §	
1. Lainkohdan 1 momentti	248
a. Erehdyttäminen	248
b. Seuraus	249
c. Disponointi	250
d. Erehdytetyn ja tappionkärsijän välinen suhde	251
e. Lainkohdan sisältämä esimerkkiluettelo	251
2. Lainkohdan 2 momentti	252
C. Täydentävät säännökset	253
ZUSAMMENFASSUNG	256

LUETTELO LÄHTEISTÄ, JOIHIN TUTKIMUKSESSA VIITATAAN

I. KIRJALLISUUS JA VIRALLISLUONTOISET LÄHTEET

- Aaltonen, Aimo O.*: Tavarain virheistä. Hankintaa koskeva kauppaoikeudellinen tutkimus. I Porvoo 1955; II Vammala 1959 (Aaltonen I; II).
- Alanen, Aatos*: Hätävarjelus yksityisen käyttämä oikoussuojakeinona. Helsinki 1925 (Alanen, Hätävarjelus).
- » — Luotto rikoksen kohteena sekä rikoksen välikappaleena. Liiketaito 1943 (Alanen, Luotto).
- » — Oikeuslähde ja laintulkintaoppi. Helsinki 1959 (moniste) (Alanen, Oikeuslähde).
- » — Objektiivisen vaaran käsite rikosoikeudessa. Helsinki 1937 (Alanen, Vaara).
- » — Petosrikoksesta ja sen tekijöistä. PM 1942 (Alanen, Petosrikoksesta).
- » — Petosrikos lainkäytössä. PM 1944 (Alanen, Lainkäyttö).
- » — Yleinen oikeustiede. Turku 1948 (Alanen).
- Allfeld, Philipp*: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. Achte Auflage des von Hugo Meyer begründeten Lehrbuchs. Leipzig 1921.
- Andenæs, Johs.*: Alminnelig strafferett. Oslo 1956 (Andenæs, Alminnelig).
- » — Formuesforbrytelse. Oslo 1953 (Andenæs, Formuesforbrytelse).
- » — Straffbar unnlátelse. Et bidrag til strafferettsdogmatiken. Oslo 1942 (Andenæs, Unnlátelse).
- Andersen, P. Nyboe — Fog, Bjarke — Winding, Poul*: Kansantaloustiede. Tanskankielestä suomennanut Kai Kaila. Porvoo 1957.
- Antell, Herman*: Om tillgreppsbrodden. Lund 1889.
- Anttila, Inkeri*: Varsinaisesta epärehellisyysrikoksesta RL 38 luv. 1 §:n mukaan. Rikosoikeudellinen tutkimus. Vammala 1948 (Anttila, Epäreheellisyys).
- » — Väilillinen tekeminen. Rikosoikeudellinen tutkimus. Vammala 1958 (Anttila, Väilillinen tekeminen).
- Armstrong, D. M.*: Preception and the physical world. Bungay 1961.
- Bader, Hans*: Das Delikt des Betruges nach Artikel 129 des Entwurfes zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch von 1918. Uster 1920.
- v. Bar, L.*: Zweifelhafte Betrugsfälle, insbesondere untersagte Benutzung von Eisenbahnretourbillets. GS. Band 40.
- Bartusch, Gerhard*: Betrug, verübt durch Vermögensgefährdung. Breslau 1933.
- Battaglini*: Betrug durch Zusicherung unerlaubter Leistungen; übersetzt von Rechtsanwalt Dr. Frankenstei. DJZ 1912.
- Baumann, Jürgen*: Betrug durch vom Geschäftspartner nicht verstandene Vertragsformulierung. JZ 1957.

- Beckman, Nils:* Den nya svenska lagstiftningen om förmögenhetsbrott. JFT 1943 (Beckman, Den nya).
- » — Den svenska straffrättskommitténs förslag till lagstiftning om förmögenhetsbrott. TFR 1940 (Beckman, Den svenska).
- » — Förmögenhetsbrottens begrepp och arter enligt det nya svenska förslaget till lagstiftning om förmögenhetsbrott. NTfS 1940 (Beckman, Förmögenhetsbrotten).
- Bergendahl, Erik:* Ett par spörsmål beträffande s.k. checkbedrägeri. SvJT 1938 (Bergendahl, Checkbedrägeri).
- Bergendal, Ragnar:* Arvostelu teoksesta »Ivar Strahl: Om rekvisiten skada och vinning vid förmögenhetsbrotten. Sthlm. 1948». SvJt 1949 (Bergendal, Arvostelu).
- » — Strafflagen. Minnesskrift ägnad 1734 års lag av jurister i Sverige och Finland I. Stockholm 1934 (Bergendal, Strafflagen).
- Berner, Albert Friedrich:* Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. Siebzehnte Auflage. Leipzig 1895.
- Beseler, Rolff:* Der Eingehungsbetrug. Göttingen 1934.
- Binding, Karl:* Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts. Besonderer Teil. Erster Band. 2. Auflage. Leipzig 1902.
- Bockelmann, Paul:* Anmerkung (oikeustapauskommentaari RG p. 10.1.1941) DR 1941 (Bockelmann, DR-41).
- » — Anmerkung (oikeustapauskommentaari BGH p.15.11.1951) JZ 1952 (Bockelmann, JZ-52).
- » — Anmerkung (oikeustapauskommentaari BGH p. 20. 6. 1961) NJW 1961 (Bockelmann, NJW-61).
- » — Behandlung unvollkommener Verbindlichkeiten im Vormögensstrafrechte. Festschrift für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag 15.10.1953. Nördlingen 1954 (Bockelmann, Unvollkommene Verbindlichkeiten).
- » — Betrug trotz ausreichender Gläubigersicherung. NJW 1961 (Bockelmann, Gläubigersicherung).
- » — Betrug verübt durch Schweigen. Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag. Göttingen 1961 (Bockelmann).
- » — Der Unrechtsgehalt des Betruges. Festschrift für Eduard Kohlrausch. Probleme der Strafrechtserneuerung. 1944 (Bockelmann, Unrechtsgehalt).
- » — Zum Begriff des Vermögensschadens beim Betrug. JZ 1952 (Bockelmann, Vermögensschade).
- Borst, Kurt:* Der zukünftige Betrugsbegriff. JW 1935.
- Braunsdorf, Erwin:* Der Getäuschte und Geschädigte beim Betrüge. Ohlau 1929.
- Braunschweig, Jaques:* Betrug bei unsittlichen und widerrechtlichen Geschäften. Zürich 1924.
- Carlén, Richard:* Kommentar öfver strafflagen. Stockholm 1866.
- Caselius, Ilmari:* Vastaväittäjän lausunto teoksesta »Väinö Vihma: Vakuutusentottajan tiedonantovelvollisuus vakuutusopimuslain mukaan» LM 1945.
- Chydenius, Wilhelm:* Fel i såld sak, de lege ferenda. JFT 1921 (Chydenius, Fel).
- » — Finsk kontraktsrätt I. Helsingfors 1951 (moniste) (Chydenius I).
- v. Cleric, G. F.:* Betrug verübt durch Schweigen. Zürich 1918.
- Dahm:* Betrug in »Das kommende deutsche Strafrecht. Besonderer Teil. Bericht über die Arbeit der Amtlichen Strafrechtskommission. Herausgegeben von Franz Gürtner. 2. Auflage. Berlin 1936».

- Dalcke, A. — Fuhrmann, Ernst — Schäfer, Karl:* Strafrecht und Strafverfahren. 37. Auflage. Berlin 1961.
- Dalin, A. F.:* Ordbok öfver svenska språket. I; II Stockholm 1850; 1853.
- Damm, Utke:* Om Berigelseforbrydelserne. Ufr 1894.
- Daude, Paul:* Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich vom 15. Mai 1871. Berlin 1910.
- Dietrich, Walter:* Die Vermögensbeschädigung beim Betrug. Leipzig 1926.
- Doerr, Friedrich:* Über das Objekt bei den strafbaren Angriffen auf vermögensrechtliche Interessen. Strafrechtliche Abhandlungen. Breslau 1897.
- Drexler, Karl:* Betrug durch Unterdrückung von Tatsachen. Kallmünz 1931.
- Ecker, Bruno:* Der strafrechtliche Schutz des Vermögens gegenüber Betrug bei unsittlichen und rechtswidrigen Rechtsgeschäften. Rostock 1915.
- Eckstein, Ernst:* Streitfragen aus der Lehre vom strafbaren und straflosen Betrüge. Archiv für Strafrecht und Strafprozess. Band 58.
- Ehdotus velkakirjalaiksi.* Komiteain mietintöjä 1936: I.
- Ehrström, G. E.:* Om stöld, snatteri och försnillning ur förseglat bref samt bedrägligt tilliggande af sådant brefs innehåll. JFT 1871.
- Ekeberg, Birger:* Förmögenhetsbrottens systematik enligt straffrättskommitténs förslag. Festskrift tillägnad Professor, Juris och Filosofie Doktor Nils Stjernberg den 1 september 1940 (Ekeberg, Systematik).
- Ekeberg, Birger — Strahl, Ivar — Beckman, Nils:* Strafflagen jämte förklaringar till den nya lagstiftningen om förmögenhetsbrott. 5. upplagan. Stockholm 1961.
- Ellilä, Reino:* Suomen liikennerikosoikeus. Porvoo 1958 (Ellilä).
- Ellilä, Tauno:* Oikeudenkäyntivalheen rankaisemisesta. Huomautuksia prosessuaalisen totuusvakuutussäännösten suhteesta Rikoslain 17 luvun 3 §:ään. Rikosoikeudellisia kirjoitelmia Brynolf Honkasalolle 1. 4. 1949. Vammala 1949 (Ellilä, Tauno).
- Egelhard, Herbert:* Betrug durch Vorspiegelung gesetzwidriger oder unsittlicher Gegenleistungen. ZStrW Band 33 (Engelhard).
- » — Kann Betrug begangen werden durch Vorspiegelung einer gesetzwidrigen oder unsittlichen Gegenleistung. Heidelberg 1905 (Engelhard, Betrug).
- Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB).* Bonn 1960 (E 1960).
- Eschershausen, Bernhard:* Betrug durch Täuschung des Richters im ordentlichen Erkenntnisverfahren. Dresden 1939.
- Estlander, Ernst:* Undersökning af bedrägeribrottets kännetecken och begrepp enligt finsk straffrätt. Helsingfors 1901.
- Finger, August:* Das Strafrecht. Zweiter Band. 2. Auflage. Berlin 1910.
- Flensburg, Ebbe Gustaf:* Kommentar öfver strafflagen. Stockholm 1907.
- Forsman, Jaakko:* Anteckningar enligt professor Jaakko Forsmans föreläsningar öfver straffrättens allmänna läror, med särskild hänsyn till strafflagen af den 19 december 1889. Med tillstånd af föreläsaren utgifna af Lars Wasastjerna. Andra upplagan. Helsingfors 1900 (Forsman, Allmänna).
- » — Anteckningar enligt professor Jaakko Forsmans föreläsningar öfver de särskilda brotten enligt strafflagen af den 19 december 1889. Första afdelningen: Brotten mot individens rättsgebit. Andra, delvis tredje upplagan. Helsingfors 1917 (Forsman, Särskilda).
- » — Bidrag till läran om skadestånd i brottmål enligt finsk rätt. Helsingfors 1893 (Forsman, Skadestånd).

- Frank, Reinhard*: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz. I; II. Fünfzehnte Auflage. Leipzig 1924.
- Froeschmann*: Betrug bei unerlaubten Rechtsgeschäften. Leipzig 1906.
- Gallas, Wilhelm*: Der Betrug als Vermögensdelikt. Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag. Göttingen 1961.
- Galli, D.*: Betrug durch Vorspiegelung unsittlicher Dienste. DJZ 1904.
- v. Gerlach, Wolfgang*: Das unechte Unterlassungsdelikt unter besonderer Berücksichtigung des Betruges. Bonn 1929.
- Germann, O. A.*: Das Verbrechen im neuen Strafrecht. Zürich 1942 (Germann, Verbrechen).
- » — Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937. 5. Auflage. Zürich 1952 (Germann).
- Goldscheider, Anton*: Betrug bei unsittlichen und gesetzwidrigen Rechtsgeschäften. München 1910.
- Goos, C.*: Den Danske Strafferets specielle Del. Anden Del. Kjøbenhavn 1895 (Goos).
- » — Den Nordiske Strafferet. Speciel Del. Kjøbenhavn 1899 (Goos, Nordiske).
- Graehl*: Betrug durch Schweigen nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts. DJZ 1936.
- Granfelt, O. Hj.*: Yleisen rikosoikeuden peruskurssi. Suom. Olavi Salervo. Helsinki 1943.
- Grottenfelt, Julius*: Kommentar till strafflagen. Allmänna delen. Helsingfors 1910—1913.
- Haager*: Zur Lehre von dem strafbaren Betrug insbesondere in Vertragsverhältnissen. GS. Band 27.
- Hafer, Ernst*: Schweizerisches Strafrecht. Besonderer Teil. Erste Hälfte. Berlin 1937.
- Hagerup, Francis*: Almindelig Borgerlig Straffelov af 22 mai 1902. Kristiania 1903.
- Hagströmer, Johan*: Granskning af uernådiga förslag till Strafflag för Finland mm. Uppsala 1884 (Hagströmer, Granskning).
- » — Svensk straffrätt. Första bandet. Uppsala 1901—1905.
- Hainz, Philipp*: Der Kreditbetrug. Heidelberg 1919.
- Hakulinen, Y. J.*: Eräs katteettoman shekin luovuttamista koskeva oikeustapaus. DL 1947, oikeustapaussasto (Hakulinen DL-47).
- » — Velvoiteoikeus I. Yleiset opit. Helsinki 1958 (Hakulinen, Velvoiteoikeus).
- Halila, Jouko*: Todistustaakan jaosta silmällä pitäen erityisesti varallisuus oikeudellisia oikeussuhteita. Porvoo 1955.
- Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi vilpillisen kilpailun ehkäisemiseksi no. 27/1929.*
- Halsbury*: The Laws of England, being a complete statement of the whole law of England. By the late The Right Honourable the Earl of Halsbury. Volume 10. Third edition. London 1955.
- Handlingar tillkomna vid Landtdagen i Helsingfors år 1888 I.*
- Heckert, Johannes*: Betrüglich vorgespiegelte Eigenschaften beim Kauf. Hirschberg 1913.
- Hegler, August*: Betrug in »Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts. Besonderer Teil. VII Band. Berlin 1907».
- Heikonen, A. R.* — *Aaltonen, Aimo O.*: Irtaimen kauppa. Vammala 1958.
- Heilbronner, Julius*: Der Begriff »Unterdrückung wahrer Tatsachen» beim Betrug. München 1898.

- Heimer, Einar Henrik*: Revision av det kriminella bedrägeribegreppet. Uppsala 1924.
- Herberger, Ortwin*: Die Abgrenzung des Betrugs vom Diebstahl vermittels Täuschung eines Dritten auf Grund des begrifflichen Gegensatzes der Delikte und die sich daraus ergebenden Folgen für die Lehre vom Diebstahl. München 1917.
- Hesse, Adalbert*: Die Strafbarkeit des Betruges bei unsittlichen und gezwungswidrigen Rechtsgeschäften. Berlin 1916.
- v. Hippel, Robert*: Lehrbuch des Strafrechts. Berlin 1932.
- Hirschberg, Rudolf*: Der Vermögensbegriff im Strafrecht. Versuch eines Systems der Vermögensdelikte. Berlin 1934.
- Hoffmann, J.*: Die strafbarkeit des Betruges zu Erlangung von strafbar erlangten Sachen und im Rahmen sitten- oder rechtswidrigen Verträge. Greifswald 1930 (Hoffmann, J.).
- Hoffmann, Johannes*: Schweigen als Betrug. Strehlen 1927 (Hoffmann).
- Honkasalo, Brynolf*: Erinäiset rikokset. Kolmas täydennetty ja korjattu painos. Hämeenlinna 1950 (Honkasalo, Erinäiset).
- » — Kausaalisuuskysymys rikosoikeudessa. Helsinki 1933 (Honkasalo, Kausaalisuuskysymys).
- » — Kiristäminen. LM 1960 (Honkasalo, Kiristäminen).
- » — Nulla poena sine lege. Eripainos Suomalaisen lakimiesten yhdistyksen julkaisusta. Helsinki 1937 (Honkasalo, Nulla poena).
- » — Om processbedrägeri enligt svensk och finsk rätt. Festskrift tillägnad Hans Excellens Riksmarskalken juris doktor Birger Ekeberg den 10 augusti 1950. Stockholm 1950 (Honkasalo, Processbedrägeri).
- » — Prosessipetos lainkäytön valossa. JFT 1937 (Honkasalo, Prosessipetos).
- » — Rangaistava laiminlyönti nykyajan rikosoikeudessa. DL 1942 (Honkasalo, Laiminlyönti).
- » — Suomen rikosoikeus. Erityinen osa I 2. Varallisuusrikokset. Hämeenlinna 1964 (Honkasalo, E I).
- » — Suomen rikosoikeus. Yleiset opit. Ensimmäinen osa. Helsinki 1948; Toinen osa. Helsinki 1949 (Honkasalo I; II).
- » — Ulosmittauspetoksesta. Juhlajulkaisu Suomalainen Lakimiesyhdistys 1898 — 22/10 — 1948. Vammala 1948. (Honkasalo, Ulosmittauspetos).
- » — Voiko osakeyhtiön hallituksen jäsen aiheuttamalla tahallisesti vahinkoa osakkeenomistajille syyllistyä epärehellisyysrikokseen? DL 1951 (Honkasalo DL-51).
- Hurwitz, Stephan*: Den danske kriminalret. Speciel del. København 1955.
- Huschka, Hubert*: Diebstahl oder Betrug im Selbstbedienungsladen. NJW 1960.
- Hägerström, Axel*: Om svikligt förtigande såsom straffbart efter 22: 1 SL. SvJT 1939.
- af Hällström, Erik*: Om villfarelse såsom divergens mellan vilja och förklaring vid rättshandlingar på förmögenhetsrättens område. Helsingfors 1931 (af Hällström, Villfarelse).
- » — Är bedrägeri möjligt vid rättsärenden, som strida mot lag eller god sed. JFT 1922 (af Hällström, Bedrägeri).
- Höchli, Hieronymus*: Die Entwicklung des Betrugsbegriffs im deutschschweiz. Strafrecht. Zürich 1910.
- Ignatius, Kaarlo*: Laki teon rangaistavuuden edellytyksenä. LM 1931.

- Jacobowitz, Samuel:* Vermögen, Vermögensbeschädigung und Vermögensdisposition beim Betrüge. Berlin 1918.
- Jahn, Brigitte:* Erfüllen die »Betrugsfälle durch unbestimmtes Verhalten« den Tatbestand des § 263 StGB? Marburg 1929.
- Jost, Arthur:* Der Betrugsbegriff in der Rechtsprechung des Bundesgerichtes. SchwJZ 1947 (Jost, Der Betrugsbegriff).
- » — Zum Analogieverbot im Strafrecht. SchwZS 1950 (Jost).
- Jørgensen, Stig:* Umyndiges køb på afbetaling. Festskrift til professor, Dr. juris O. A. Borum 30. Juli 1964. København 1964.
- Kaila, Elisier:* Oikeuslogiikka I. Muodollinen oikeuslauseoppi. Helsinki 1924 (Kaila).
- » — Virallisen vastaväittäjän lausunto teoksesta »Arvo Sipilä: Deliktiperusteisen vahingonvastuun teoreettinen rakenne Suomen varallisuus-oikeutta silmälläpitäen. Helsinki 1936«. LM 1938 (Kaila LM-38).
- Kallia, R. G.:* Ns. automaattipetoksesta. DL 1946.
- Kankaanranta, Kerppo K.:* Omaisuusvahingosta petoksessa. Rikosoikeudellisia kirjoitelmia (II) Bruno A. Salmialalle 24.8.1950. Vammala 1950.
- Kaufmann, Arthur:* Die Bedeutung hypothetischer Erfolgsursachen im Strafrecht. Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag. Göttingen 1961.
- Kirchheiner, K. K.:* Nogle Bemærkninger om Bedrageri og Underslæb. NTfS 1941.
- Kivimäki, T. M.:* Esineen ominaisuuksiin kohdistuvasta erehdyksestä kaupassa. Lisiä oppiin väärän edellytyksen relevanssista. LM 1955.
- Kivimäki, T. M. — Ylöstalo, Matti:* Suomen siviilioikeuden oppikirja. Yleinen osa. Porvoo 1959.
- Kohler, Josef:* Zweifelhafte Betrugsfälle. Archiv für Strafrecht und Strafprozess. Band 60.
- Kohlrausch, Eduard:* Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht. I Teil. Berlin 1903 (Kohlrausch, Irrtum).
- Kohlrausch, Eduard — Lange, Richard:* Strafgesetzbuch mit Erläuterungen und Nebengesetzen. 43 Auflage. Berlin 1961.
- Komitebetänkande 1875:9:* Ks. Undernådiga förslag mm. 1875.
- Komitebetänkande 1884:12:* Ks. Undernådiga förslag mm. 1884.
- Krabbe, Oluf:* Berigelseforbrydelser. Tillæg til UfR 1932 (Krabbe, UfR-32).
- » — Borgerlig Straffelov af 15 April 1930. Fjerde udgave. København 1947 (Krabbe).
- Kroll, Georg:* Die Übernahme wegen Betruges anfechtbaren Schulden, Leipzig 1913.
- Kronacher, Alwin:* Ist die Zechprellerei Betrug? Breslau 1906.
- Kuessner, Werner:* Das Unterdrücken wahrer Tatsachen als Mittel der Verübung eines Betruges. Halle 1909.
- Kyll, Wilhelm:* Schaden und Schadensausgleich beim strafbaren Betrug. Erkelenz 1914.
- Lahtinen, Osvi:* Laiminlyönnin kausaalisuuden teoreettista selvittelyä. LM 1954.
- Lamm, Knut:* Arvostelu teoksesta »Fritz Sterzel: Bidrag till läran om bedrägeribrottet. Uppsala 1919«. SvJT 1920.
- Lammasch, Heinrich:* Grundriss des Strafrechts. Leipzig 1911.
- Larenz, Karl:* Lehrbuch des Schuldrechts. Zweiter Band. Besonderer Teil. 2. Auflage. München und Berlin 1957 (Larenz, Schuldrecht).
- » — Methodenlehre der Rechtswissenschaft. Berlin, Göttingen, Heidelberg 1960.

- Larsson, Sven*: Bedrägeri mot allmänheten. SvJT 1934.
- Leppo, Matti*: Lyhyt kansantaloustieteen oppikirja. Porvoo 1952.
- Lietzmann, Kurt*: Das Verhältnis des Betrüges zu den Aneignungsdelikten der §§ 242, 246. Leipzig 1930.
- v. Liszt, Franz*: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 21. und 22. Auflage. Berlin 1919 (v. Liszt).
- v. Liszt, Franz — Schmidt, Eberhard*: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 25. Auflage besorgt von Eberhard Schmidt. Berlin und Leipzig 1927 (v. Liszt—Schmidt).
- » — Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. Erster Band. Einleitung und Allgemeiner Teil. 26. Auflage von Eberhard Schmidt. Berlin und Leipzig 1932 (v. Liszt, Allg.).
- Livson, Mikael*: Epävarsinainen laiminlyöntirikos. Vammala 1949.
- Ljungholm, Carl*: Beräkning av expropriationsersättning. SvJT 1944.
- Maurach, Reinhart*: Deutsches Strafrecht. Besonderer Teil. Systematische Darstellung für Studium und Praxis. Hannover 1952.
- Mayer, Albrecht*: Zum Betrug durch Hingabe ungedeckter Schecks. JZ 1953 (A. Mayer).
- Mayer, Max Ernst*: Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts. Lehrbuch. Heidelberg 1915.
- Merkel, Adolf*: Betrug und Untreue in »Handbuch des deutschen Strafrechts. Herausgegeben von Fr. v. Holzendorff. Dritter Band (b). Berlin 1874» (Merkel, Handbuch).
- » — Kriminalistische Abhandlungen II. Die Lehre vom strafbaren Betrug. Leipzig 1867 (Merkel, Abhandlungen).
- » — Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. Stuttgart 1889 (Merkel, Strafrecht).
- Mezger, Edmund*: Strafrecht. Ein Lehrbuch. Dritte Auflage. Berlin und München 1949 (Mezger, Lehrbuch).
- » — Strafrecht II. Besonderer Teil. Ein Studienbuch. 7. Auflage. Nördlingen 1960 (Mezger BT).
- Meyer, Hugo*: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 5. Auflage. Leipzig 1895.
- Mittermaier, Wolfgang*: Über Analogie im Strafrecht. SchwZS 1948.
- Muukkonen, P. J.*: Kiinteistön ns. mustasta kauppahinnasta. LM 1959 (Muukkonen, Musta kauppahinta).
- » — Muotosäännökset. Varallisuusoikeudellisia sopimuksia koskeva tutkimus. Vammala 1958 (Muukkonen, Muotosäännökset).
- Nagler, Johannes*: Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Begründet von Ludwig Ebermayer, Adolf Lobe, Werner Rosenberg. 6. und 7. Auflage. Band 2. Herausgegeben von Johannes Nagler. 1951 Berlin.
- Nehrman, David*: Inledning til Then Swenska Jurisprudentiam Criminalem efter Sweriges Rikes Lag och Stadgar. Lund 1756.
- Neidhart, Clara*: Betrug, begangen durch Vorspiegelung einer gesetzwidrigen oder unsittlichen Gegenleistung. Heidelberg 1913.
- Nelson, Alvar*: Rätt och ära. Studier i svensk straffrätt. Uppsala 1950.
- Niese, W.*: Wann ist die Hingabe eines ungedeckten Schecks Betrug? NJW 1952.
- Niethammer, Emil*: Lehrbuch des besonderen Teils des Strafrechts. Tübingen 1950.
- Nitschke, Günther*: Die Systematik der Vermögensdelikte unter besonderer Berücksichtigung von Diebstahl und Betrug. Breslau 1929.

- Nousiainen, Tapio*: Rangaistuksen määräämisestä erityisesti silmälläpitäen tuomarin mittaamistoimintaa oikean rangaistumäärän tavoittamiseksi normaalilaituden puitteissa. Rikosoikeudellinen tutkimus. Vammala 1961.
- Olivecrona, Karl*: The Problem of The Monetary Unit. Stockholm 1957 (Olivecrona, The Problem).
- Olivecrona, Knut*: Om de kännetecken, hvilka karakterisera Tjufnadsbrott. Uppsala 1846 (Olivecrona).
- v. Olshausen, Julius*: Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. Erster und zweiter Band. Berlin 1916.
- Palmér, Johan — Friedländer, Herbert*: Ord för ord. Svenska synonymer och uttryck. Stockholm 1960 (Palmér).
- Persson, Ulf*: Skada och värde. Lund 1953.
- P(etäys), O(nni)*: Kysymys petosrikoksen tuntomerkeistä. DL 1934, oikeustapausosasto (Petäys).
- Polit, Martin*: Die Abgrenzung zwischen Diebstahl in mittelbarer Täterschaft und Betrug. Ohlau 1929.
- Rappold, Niclaus*: Der Irrtum über die Grundlage eines Vertrages im schweizerischen Obligationenrecht. Aarau 1927.
- Rautiala, Martti*: Holhousoikeus. Helsinki 1952 (Rautiala, Holhousoikeus).
- » — Testamentin tekemisestä ja pätemättömyydestä. Perintökaaren uusitun 16 luvun selitykset. Helsinki 1956 (Rautiala).
- Rech, Kurt*: Betrug durch Verschweigen von Tatsachen. Frankfurt am Main 1936.
- Reinitz, Paul*: Betrug durch Unterlassung. Berlin 1933.
- Rekola, Aarne*: Saamisoikeuden vanhentuminen Suomen lain mukaan. Vammala 1938 (Rekola, Saamisoikeuden vanhentuminen).
- Reuter, Fritz*: Die Vermögensbeschädigung beim Betrug. Quakenbrück 1927.
- Rikoslakivaliokunta*: Ks. Strafflagsutskottets betänkande.
- Rimpau, Dietrich*: Über die Strafbarkeit des Betruges nach geltendem Rechte beim Mangel der Identität des Getäuschten und Geschädigten. Tübingen 1892.
- Roeder, Hermann*: Schuld und Irrtum im Justiz- und Verwaltungsstrafrecht. Breslau 1938.
- Rossi, Juhani*: Lisiä kausaalisuusoppiin. LM 1955.
- Rotering*: Aus dem Lehre vom Betrüge. GS. Band 67 (Rotering).
- » — Betrug. Willenserschleichung. Willensumgehung. GS. Band 60 (Rotering, Betrug).
- Rudolf, Werner*: Der Betrug durch Täuschung des Richters im Zivilprozess. Göttingen 1933.
- Rues, Hans*: Betrug durch Schweigen. Urash 1938.
- Salmiala, Bruno A.*: Arvostelu teoksesta »Brynolf Honkasalo: Suomen rikosoikeus. Erityinen osa I 2. Varallisuusrikokset. Hämeenlinna 1964» (Salmiala, DL-64).
- » — Elintarvikekortti rikoksen kohteena tai rikoksen välineenä silmällä pitäen rikoksen säännöksiä. DL 1942 (Salmiala, Elintarvikekortti).
- » — Lisiä petoksen edellyttämän vahingon selvittelyyn. DL 1947, oikeustapausosasto (Salmiala, Lisiä).
- » — Oikeustapauskommentaari (KKO 1940 II 296) DL 1942, oikeustapausosasto (Salmiala, DL-42).

- Salmiala, Bruno A.*: Oikeustapauskommentaari (KKO p. 12. 9. 1946) DL 1947, oikeustapausosasto (Salmiala, DL-47).
- » — Oikeustapauskommentaari (KKO p. 30. 1. 1950) DL 1951, oikeustapausosasto (Salmiala DL-51).
- » — Oikeustapauskommentaari (KKO p. 15. 6. 1955) DL 1956, oikeustapausosasto (Salmiala, DL-56).
- » — Rikoslain 20. luv. 7 § 1 mom:n tulkintaa. DL 1941 (Salmiala, RL 20:7¹:n tulkintaa).
- » — RL 38 luv. 1 §:n tulkinnasta. DL 1951 (Salmiala, RL 38:1 §:n tulkinnasta).
- » — Ulosmittauspetoksesta. DL 1951 (Salmiala, Ulosmittauspetos).
- » — Ks. Sundström.
- Salovaara, Niilo*: Dispositiotoimesta petoksen tunnusmerkkinä. Rikosoikeudellisia kirjoitelmia (II) Bruno A. Salmialalle 24. 8. 1950. Vammala 1950 (Salovaara, Dispositio).
- » — Rikoksen yrityksestä erityisesti n.s. kelvotonta yritystä silmälläpitäen. Vammala 1948 (Salovaara, Yritys).
- » — Varkaus. Rikosoikeudellinen tutkimus. Helsinki 1960 (Salovaara, Varkaus).
- Schlag, Hermann*: Betrug im Zivilprozess durch Täuschung des Richters. Greifswald 1913.
- Schlesinger, M.*: Vermögensschädigung beim Betrug. München 1894.
- Schmid, Friedrich*: Der Betrug nach geltendem deutschen Strafrecht und nach den Entwürfen zu einem Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuch. Stuttgart 1933.
- Schober, Karl*: Die Vermögensdisposition des Getäuschten beim Betrug. Greifswald 1914.
- Schraft, Hans*: Die Vermögensverfügung des Getäuschten als Tatbestandsmerkmal des Betruges. Freiburg 1935.
- Schröder, Horst*: Grenzen des Vermögensschadens beim Betrug. NJW 1962 (Schröder, Grenzen).
- Schwander, Vital*: Vermögen, Vermögensschädigung, Bereicherung. SchwZS Band 78.
- Schönke, Adolf*—*Schröder, Horst*: Strafgesetzbuch. Kommentar begründet von Adolf Schönke, fortgeführt von Horst Schröder. 11. Auflage. Nördlingen 1963.
- Serlachius, Allan*: Ehdotus uudeksi rikoslaiksi. Helsinki 1922 (Serlachius, Ehdotus).
- » — Några ord om underlåtandets kausalitet. JFT 1898 (Serlachius, Några ord).
- » — Suomen rikosoikeuden oppikirja. Yleiset opit. Julkaiseet Bruno A. Salmiala ja Brynolf Honkasalo. Hämeenlinna 1951 (Serlachius I).
- » — Suomen rikosoikeuden oppikirja. II osa. II puolisko. Helsinki 1914 (Serlachius II).
- Serlachius, Julian*: Till läran om villfarelse beträffande egenskaper. JFT 1904.
- Sipilä, Arvo*: Deliktiperusteisen vahingonvastuun teoreettinen rakenne Suomen varallisuus oikeutta silmälläpitäen. Helsinki 1936 (Sipilä).
- » — Suomen työoikeus I. Imatra 1947 (Sipilä, Työoikeus).
- Skeie, Jon*: Den Norske Strafferett. Annet bind. Den spesielle del. Annen utgave. Oslo 1946.
- v. Staudinger, J.*: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. I Band. Allgemeiner Teil. Erläutert von Franz Brändl und Helmut Coing. Berlin 1954.
- Sterzel, Fritz*: Bidrag till läran om bedrägeribrottet. Uppsala 1919.

- Stjernberg, Nils*: Några ord angående tolkningen av uttrycket »Bedrager sig till gods eller penningar» i Str. L Kap. 22 § 1. Kriminalpolitik. Studier till den svenska strafflagsreformen. Andra upplagan. Uppsala 1935 (julkaistu myös SvJT 1931) (Stjernberg, Några ord).
- » — Till frågan om försnillningsbrottets konstruktion enligt svensk rätt. Straffrättsliga studier. Uppsala 1928 (Stjernberg, Till frågan).
- Stooss, Carl*: Lehrbuch des Österreichischen Strafrechts. 2. Auflage. Wien und Leipzig 1913.
- Strafflagsutskottets betänkande N:o 1* i anledning af Hans Kejsrerliga Majestets Nådiga proposition till Finlands Ständer om antagande af allmän strafflag för Storfurstendömet Finland mm. Helsingfors 1888.
- Strahl, Ivar*: En lucka i lagstiftningen om förmögenhetsbrott. SvJT 1947 (Strahl, SvJT-47).
- » — Om rekvisiten skada och vinning vid förmögenhetsbrotten. Stockholm 1948 (Strahl).
- Strömberg, Tore*: Egendomsbrotten i huvuddrag. Stockholm 1955.
- Sundén, D. A.*: Ordbok öfver svenska språket. 1; 2. Stockholm 1892.
- Sundström (Salmiala), Bruno A.*: Varsinaisesta osallisuudesta RL:n ja SRL:n rangaistaviksi julistamiin varsinaisiin erikoisrikoksiin erittäin silmälläpitäen extraneusta. Porvoo 1926 (Salmiala-Sundström).
- Telaranta, K. A.*: Erehdys oikeustoimiopin perusongelmana. Vammala 1960.
- Thormann, Ph. — v. Overbeck, A.*: Das Schweizerische Strafgesetzbuch. Zweiter Band. Zürich 1941.
- Thornstedt, Hans*: Några problem rörande förmögenhetsbrotten. SvJT 1958 (Thornstedt, Problem).
- » — Om rättsvillfarelse. Stockholm 1956 (Thornstedt).
- Thyrén, Johan C. W.*: Förberedande utkast till strafflag. Speciella delen. IV. Lund 1922 (Thyrén, Utkast).
- Tirkkonen, Tauno*: Suomen rikosprosessioikeus II. Helsinki 1953.
- Torp, Carl*: Bidrag til Læren om Berigelseforbrydelserne. Kjøbenhavn 1909.
- Traub, Fritz*: Betrug bei Veräusserung unterschlagener Sachen an einen gutgläubigen Erwerber. NJW 1956.
- Tulenheimo, Antti*: Luotto rikosoikeudellisena suojeleobjektina. Helsinki 1911.
- » — Skuldomdömet i nutida straffrätt. Stockholm 1926 (Sisältyy sidokseen Tullenheimo: Kirjoitelmia) (Tulenheimo, Skuldomdömet).
- Udernådiga förslag till Strafflag för Storfurstendömet Finland mm.* Utarbetade af en tillförordnad komité. Helsingfors 1875.
- Udernådiga förslag till Strafflag för Storfurstendömet Finland mm.* Utarbetade af en för granskning af de år 1875 tryckta udernådiga förslag till enahanda författningar tillförordnad komité. Helsingfors 1884.
- Walder, Hans*: Der Prozessbetrug. SchwJZ 1954.
- Welzel, Hans*: Das Deutsche Strafrecht. 4. Auflage. Berlin 1954 (Welzel).
- » — Das Deutsche Strafrecht in seinen Grundzügen. 2. Auflage. Berlin 1949 (Welzel, Grundzügen).
- » — Vorteilsabsicht beim Betrug. NJW 1962 (Welzel, Vorteilsabsicht).
- » — Zum Schadensbegriff bei Erpressung und Betrug. NJW 1953 (Welzel, Schadensbegriff).

- Wersdörfer, Rudolf*: Anmerkung (oikeustapauskommentaari BGH p. 20. 6. 1961) JZ 1962.
- Wetter, Folke*: Förmögenhetsbrotten SvJT 1934 (Wetter, Förmögenhetsbrotten).
- Wetter Folke P:sson*: Om trolöshet mot hufvudman. Uppsala 1907 (Wetter).
- Vihma, Väinö*: Vakuutuksenottajan tiedonantovelvollisuus vakuutusopimusta tehtäessä vakuutusopimuslain mukaan. Helsinki 1945.
- Voipio, Viljo*: Nk. sokean matkustajan rangaistavuudesta. LM 1917.
- Wrede, R. A.*: Laki varallisuus oikeudellisista oikeustoimista 13 päivältä kesäkuuta 1929. Suomentanut Onni Heinonkoski. Helsinki 1947.
- Wrede, R. A. — Caselius, Ilmari*: Esineoikeuden pääpiirteet Suomen oikeuden mukaan. I. 2. painos. Toimittanut Ilmari Caselius. Helsinki 1946.
- Vuoden 1875 rikoslainehdotus*: Ks. Undernådiga förslag mm. 1875.
- Vuoden 1884 rikoslainehdotus*: Ks. Undernådiga förslag mm. 1884.
- Zeiler, A.*: Der Betrug bei Gesetzwidrigen Rechtsgeschäften. Archiv für Strafrecht und Strafprozess. Band 60.
- Zimmermann, Friedrich*: Beiträge zur Lehre vom Betrüge. GS. Band 29.
- Zitting, Simo*: Omistajanvaihdoksesta silmälläpitäen erityisesti lainhuudatuksen vaikutuksia. Vammala 1951.
- Zitting, Simo — Rautiala, Martti*: Esineoikeuden oppikirja. Yleinen osa. Helsinki 1963.
- Ylöstalo, Matti*: Testamentin moitteesta. Helsinki 1953.
- Øvergaard, J.*: Det strafbare bedrageri etter Norsk rett. Oslo 1941.

II. OIKEUSTAPPAUSKOKEELMAT

- Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen (BGHSt).
- Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (RGSt).
- Korkeimman oikeuden päätökset ja tuomiot (KKO).
- Nytt juridiskt arkiv. Avd. I. Tidskrift för lagskipning (NJA).
- Selostuksia ja tiedonantoja korkeimman oikeuden ratkaisuksista (KKO).
- Suomen Senaatin oikeusosaston päätökset ja tuomiot (OO).
- Tidskrift utgifven af Juridiska Föreningen i Finland. Bilaga. Kort redogörelse för Kejserlige Senatens Justitie-Departements utslag och domar (JFT. b.).

LYHENTEITÄ

A	= Asetus
AL	= Avioliittolaki (13. 6. 1929)
BB	= Brottsparken (21. 12. 1962)
BGB	= Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich (18. 8. 1896)
BGH	= Bundesgerichtshof
BSL	= Borgerlig Straffelov (15. 4. 1930)
DJZ	= Deutsche Juristenzeitung
DL	= Defensor Legis
DR	= Deutsches Recht, Wochenausgabe
GS	= Der Gerichtssaal
HO	= Hovioikeus
JFT	= Tidskrift, utgiven av Juridiska Föreningen i Finland
JR	= Juristische Rundschau
JZ	= Juristenzeitung
JW	= Juristische Wochenschrift
KK	= Kauppakaari
KKO	= Korkein oikeus
KO	= Kihlakunnanoikeus
L	= Laki
LM	= Lakimies
LMO	= Laki maksuttomasta oikeudenkäynnistä (6. 5. 1955)
MK	= Maakaari
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift
NSL	= Almindelig borgerlig Straffelov (22. 5. 1902)
NTFS	= Nordisk Tidskrift for Strafferet
OiktL	= Laki varallisuusoikeudellisista oikeustoimista (13. 6. 1929)
OK	= Oikeudenkäymiskaari
OLG	= Oberlandesgericht
PK	= Perintökaari
PM	= Poliisimies
RG	= Reichsgericht
RiK	= Rikoskaari
RL	= Rikoslaki (19. 12. 1889)
RO	= Raastuvanoikeus
RVA	= Asetus rikoslain voimaantamisesta (19. 12. 1889)
SchwJZ	= Schweizerische Juristen-Zeitung
SchwZS	= Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
SL	= Straff-Lag (16. 2. 1864)
StGB	= Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich (15. 5. 1871)
SvJT	= Svensk Juristtidning
TfR	= Tidskrift for Retsvidenskab
TyöSopL	= Työsopimuslaki (1. 6. 1922)
UfR	= Ugeskrift for Retsvæsen
UL	= Ulosottolaki (3. 12. 1895)
VakSopL	= Vakuutusopimuslaki (12. 5. 1933)
VilpKilpL	= Laki vilpillisen kilpailun ehkäisemiseksi (31. 1. 1930)
VKL	= Velkakirjalaki (31. 7. 1947)
ZStrW	= Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

JOHDANTO

I. PETOSRIKOS TILASTOJEN VALOSSA.

Ennen kuin ryhdyn varsinaiseen petosrikoksen tunnusmerkistöä koskevaan tutkimustehtävään, saattaa olla kiinnostavaa valaista sanottua rikosta myös sen yleisyyden ja käytännöllisen merkityksen kannalta. Tällöin, jotta myös sen suhteellinen yleisyys kävisi havainnolliseksi, on luonnollisesti esitettävä vastaavat tiedot joistakin muista rikoksista. Seuraavassa poliisi- ja tuomioistuintilastojen pohjalla laaditussa taulukossa on vertailurikoksiksi valittu varkaus ja näpistäminen (RL 28 luvun 1 §:n 1 ja 2 mom.) sekä kavaltaminen (RL 29 luvun 1 §).

Vuosi	Poliisitilasto Syytettyjä			Tuomioistuintilasto Pää- tai sivurikoksista syytettyjä henkilöitä *		
	Petos	Varkaus Näpist.	Kavalt.	Petos	Varkaus Näpist.	Kavalt.
1938	1628	5039	1072	893	3104	866
1951	2994	6246	1536	1598	3710	1337
1952	3239	5419	1370	1753	3487	1233
1953	3168	5703	1668	1784	3350	1406
1954	3549	5059	1632	1771	3042	1386
1955	3133	4642	1582	1896	2915	1318
1956	3241	4996	1320	1822	2851	1202
1957	4134	5942	1504	2091	3286	1282
1958	4138	6155	1477	2252	3349	1275
1959	4091	6528	1477	—	—	—
1960	4202	6645	1466	1508	3185	856
1961	3544	6486	1460	1409	3005	817
1962	3479	7213	1736	—	—	—

(* Vuosina 1960 ja 1961 syytetyt laskettu päärikoksen mukaan).

Taulukosta käy ilmi, että joskin varkaus- ja näpistystapausten lukumäärä molemmissa tilastoissa on suurin, on petos määrällisesti selvästi toisella tilalla; se on viime vuosina ollut noin kaksi kertaa yleisempi kuin kavaltaminen. Edelleen voidaan taulukosta panna merkille, että kun varkaus- ja näpistämiskosten absoluuttinen lukumäärä vuonna 1962 oli poliisitilaston mukaan n. 43 % suurempi ja kavaltamisien lukumäärä samana vuonna n. 62 % suurempi kuin vastaavat lukumäärät vuonna 1938, oli taas petosten määrä vuonna 1962 poliisitilaston mukaan peräti n. 114 % suurempi kuin viimeksi mainittuna vuonna. Verrattaessa tuomioistuintilaston vastaavia lukuja vuosilta 1938 ja 1958,¹ havaitaan varkauksien ja näpistysten lukumäärän lisääntyneen n. 8 %:lla, kavaltamisten n. 47 %:lla sekä petosten n. 152 %:lla. Myös 1950-luvulla on petosrikosten lukumäärän lisääntyminen ollut sekä suhteellisesti että absoluuttisesti voimakkaampaa kuin varkauden ja näpistämisen, puhumattakaan kavaltamisesta, jonka määrä on sanottuna aikana pienentynyt. Viimeisen julkaistun (v:lta 1962) tilaston mukaan näyttää sen sijaan petosten lukumäärän vuonna 1960 alkanut vähentyminen jatkuneen, kun taas varkauksien ja näpistysten sekä kavallusten lukumäärä on alkanut nousta.

Saattaa olla, että petosrikosten valtaosan ainakin meidän oloissamme muodostavat jutut, joissa aiheutettu taloudellinen vahinko yksityistapauksessa on keskimääräisesti kavaltamisista ja varkauksista aiheutuneita vahinkoja pienempi, ja että petosta voitaisiin tästä johtuen pitää mainittuja muita rikoksia vähämerkityksellisempänä. Mutta — kiinnittämättä lainkaan huomiota siihen, että petoksen käytännöllisen merkityksen pienemmyyttä yksityistapauksissa kavaltamiseen verrattuna on tasoittamassa petostapausten runsaslukuisuus — on kuitenkin huomattava, että poliisiviranomaiset joutuvat tutkimaan kolme—neljä tuhatta petostapausta vuosittain sekä että tuomioistuinten on parissa tuhannessa jutussa joka vuosi selvitettävä kysymys petosrikoksen tunnusmerkistön soveltumisesta yksityistapaukseen. Tältä kannalta asiaa arvosteltaessa voitaneen hyvällä syyllä katsoa RL 36: 1:n tunnusmerkistöllä olevan huomattava käytännöllinen merkitys.²

¹ Myöhemmiltä vuosilta eivät tuomioistuintilastossa olevat luvut ole vuoden 1938 lukuihin nähden vertailukelpoisia.

² Petosrikos kuuluneen niihin, joiden joukossa ns. piiloonjäävä rikollisuus on huomattava. Tällaisen oletuksen tueksi saatetaan esittää mm. seuraavat näkökohdat: 1. onnistuessaan petosrikos usein jättää uhrin täysin tietämättömäksi siitä, että hän on joutunut rikoksen kohteeksi; 2. silloin, kun kärsitty tappio on vähäinen, pidättää uhria rikosilmoituksen teosta oman herkkäuskoisuutensa tai tyhmyy-

II. OIKEUSHISTORIALLINEN JA ERÄISIIN ULKO- MAISIIN PETOSSÄÄNNÖKSIIN KOHDISTUVA KATSAUS.

A. *S u o m i*

Petosrikoksesta voidaan meidän oikeutemme osalta sanoa paradoksaalisesti, että se on iäkäs nuorukainen. Laatusanalla vanha voidaan sitä kunnioittaa sen vuoksi, että joskaan Ruotsi-Suomen vanhin lainsäädäntö ei sisältänyt mitään yleistä, nykyistä RL 36:1:tä vastaavaa tunnusmerkistöä, oli jo maakuntalaeissa kasuistisia säännöksiä, joissa kriminalisoitu menettely epäilemättä mahtuisi nykyisenkin petossäännöksen piiriin.³ Nuorukaiseksi voitaneen petosrikosta taas hyvällä syyllä kutsua sillä perusteella, että tilanne pysyi tältä osin jokseenkin maakuntalakien tasolla aina nykyisen rikoslain voimaantuloon saakka; vasta se toi joulukuun 19. päivänä 1889 mukanaan ensimmäisen yleisen petostunnusmerkistön meidän rikosoikeutemme.

Vuoden 1734 lakia valmisteltaessa oli tosin alunperin tarkoituksena erillisenä kriminalisoida myös petosrikos,⁴ mutta näin ei kuitenkaan loppujen lopuksi tapahtunut. Sen sijaan sijoitettiin eri kaariin spesiaalisäännöksiä, joissa määrättiin rangaistus eräitten erehdyttämistilanteiden varalta.⁵ — Ottaen huomioon sen perusteellisuuden, jolla mainittua lakia valmisteltiin, ei tunnu uskottavalta, että petostunnusmerkistön poissääminen olisi johtunut huomaamattomuudesta; todennäköisempi selitys on se, ettei lainsäätäjällä tuolloin vielä ollut tarpeeksi selvää kuvaa ko. rikoksen olemuksesta, mistä johtuen tyhjentävän yleisen tunnusmerkistön laatiminen ei ollut mahdollista.^{6 7}

tensä paljastamisen, ts. »kasvojensa menettämisen» pelko; 3. koska korvauksen saaminen aiheutetusta vahingosta yleensä kiinnostaa uhria enemmän kuin pettäjän edesvastuuseen saattaminen, lienee asianosaisten kaikessa hiljaisuudessa tekemä sovinto varsin yleinen (mainittakoon, että eri poliisiviranomaisilta saamieni yksityisluontoisten tietojen mukaan ovat vähäisemmät petosasiat yhä enemmän muuttumassa de facto asianomistajarikoksiksi; useinkin liiallisen työtaakan raskauttamat syyttäjät eivät nosta syytettä, mikäli asianomistaja tyytyy siihen, että erehdyttäjä korvaa aiheuttamansa vahingon); sekä 4. useat ilmeisestikin rikosoikeudellisen petoksen tunnusmerkit toteuttavat tapaukset selvitellään siviiliprosessuaalisissa järjestyksessä (kaupanpurkukanteina tms.).

³ Ks. tämän johdosta tarkemmin *Thyrén* Utkast s. 102 ss.

⁴ Ks. *Thyrén* mt. s. 113 ss.

⁵ Näin esim. MK 4: 4, 5: 5 ja 6, 9: 5, 10: 1, 11: 3 ja 16: 16 sekä KK 1: 4, 5 ja 9.

⁶ Ks. myös *Ehrström* s. 326 s., *Estlander* s. 68 s. ja *Forsman* Särskilda s. 370.

⁷ Petos onkin itse asiassa yhteiskunnan kehityksen mukanaan tuoma rikos; »kehittyneisyydessään» se on aivan eri luokkaa kuin esim. varkaus (ks. *Bergendal*

Nykyisen rikoslain laatijoilla ei näin ollen ollut paljoakaan kotimaista oikeushistoriallista tai lainsäädännöllistä pohjaa, jolta lähteä petostunusmerkistöä muovaamaan.⁸ Sen sijaan oli heillä tukenaan eräissä muissa maissa — lähinnä Ruotsissa ja Saksassa — hiljattain annetut rikoslait ja niiden petoskriminalisoinnit, joiden vaikutus on selvänä havaittavissa niin ensimmäisessä rikoslakia koskevassa ehdotuksessa kuin petossäännöksen lopullisesti hyväksytyssä sisällössäkin.

Vuoden 1875 rikoslainehdotuksen petosta koskeva yleissäännös (483 §) kuului alkukielellä:

»Hvar som, i afsigt att tillskynda sig eller tredje person någon rättsvidrig fördel, besviker annan med falsk uppgift eller vanställande eller undanhållande af något sant förhållande och derigenom tillfogar honom förlust i gods eller penningar, skall, der icke för sådant brott i detta eller annat kapitel af denna lag särskildt straff stadgat finnes, för bedrägeri, dömas...»

Lainehdotuksen perustelujen mukaan piti ko. säännöksen sisältää »ett allmänt stadgande om straff för sådana bedrägerier, genom hvilka de bedragne tillskyndas någon förlust i gods eller penningar».⁹ Säännöksen sisältö on varsin häilyvä ja epätasallinen ilmentäen selvästi sitä epävarmuutta, joka petosrikoksen olemuksen suhteen vielä tuolloinkin vallitsi. Huomiota herättää ennenkaikkea se, ettei säännös aseta mitään rajoituksia tavoiteltavan edun laatuun nähden samoin kuin se epä-tarkkuus, jolla erehdyttäjän varsinaista toimintaa on kuvattu (»besviker»). Kuten äsken siteeratusta ilmenee, tulisi siis tämän säännöksen sisältää sellaisten petostapausten kriminalisointi, joissa erehdytetylle on aiheutunut tappiota; seuraavissa 485—491 §:issä taas oli kriminalisoitu »vissa särskilda fall af bedrägeri».

Seuraavan — vuoden 1884 — rikoslainehdotukseen sisällytetty petosta koskeva kriminalisointi (319 §) kuului alkukielellä:

»Hvar som

1. säljer förfalskad vara för oförfalskad, mängdt för omängdt, eller felaktigt för felfritt;

Strafflagen s. 320). Osuvasti lausuu *Antell* (s. 8) kuvaillessaan varallisuusrikosten kehityshistoriaa: »Vid sidan och ur stöldbrottet, som ju kan anses såsom den råa och onda, utvecklade och oförfinade naturmänniskans reaktion emot samhällsordningen... utveckla sig brotten bedrägeri och försnillning, som blifva desto farligare, i ju mera skiftande former de veta att hölja sig.»

⁸ Ks. vuoden 1875 rikoslainehdotus s. 259.

⁹ Vuoden 1875 rikoslainehdotus s. 259.

2. säljer, städjer eller leger samma egendom åt två eller flere;
3. tager städja såsom tjänstehjon hos två eller flere husbönder för samma tid;
4. under sken av försäljning, gåfva eller annat aftal svikligen undandrager fordringsegare egendom då utmätning förestår;
5. vid handel, eller eljest då vara aflemnas eller mottages, gör orätt i mätande, vägande eller räknande;
eller
6. i andra fall, än nu äro sagda, i afsigt att bereda sig eller annan orättmätig fördel i egendom, tillskyndar någon förlust af egendom derigenom, att han medelst framhållande af veterligen falskt, eller vanställande eller förhemligande af sant sakförhållande åstadkommer eller underhåller villfarelse;
straffes för bedrägeri...»

Vaikka tässä ehdotuksessa onkin koottu samaan pykälään ne »petokset», jotka edellisessä ehdotuksessa oli erikseen kriminalisoitu, ei tästäkään säännöksestä selvästi käy ilmi, onko 1—5 kohdissa mainittu toiminta katsottava petokseksi jo sellaisenaan vai edellytetäänkö niissäkin kaikkien 6:n kohdan yleissäännöksen sisältämien tunnusmerkkien toteutumista.¹⁰

Tämäkään ehdotus ei kelvannut sellaisenaan. Huomattavimpina muutoksina siinä Armollisessa Esityksessä, joka annettiin vuoden 1885 valtiopäiville, olivat edelliseen verrattuna se, että yleissäännös oli sijoitettu pykälän alkuun ja samalla selvennetty kasuistisesti lueteltujen tapausten esimerkkiluonnetta sekä se, että säännökseen oli lisätty vahingoittamispetosta koskeva uusi momentti. Esityksen petossäännös (36 luvun 1 §) kuului:

»Hvar, som, i afsigt att bereda sig eller tredje person orättmätig fördel i egendom, besviker annan genom att framhålla falskt, eller vanställa eller förhemliga sant sakförhållande, och derigenom tillskyndar honom förlust i gods eller penningar; såsom att han säljer förfalskad vara för oförfalskad... eller ock på annat sätt besviker den andre, straffes för bedrägeri...

Föröfvas bedrägeri i afsigt endast att skada annan; vare lag samma.»

Kuten tunnettua, eivät vuoden 1885 valtiopäivät ehtineet käsitellä esitystä loppuun, minkä vuoksi se piti siirtää seuraaville valtiopäiville. Väliaikana oli esitys rikoslakivaliokunnan tarkastettavana, ja sen esi-

¹⁰ Edellisen vaihtoehdon kannalla oli esim. Hagströmer, ks. Granskning s. 236.

tyksestä tehtiin myös esityksen 36:1:een ne muutokset,¹¹ joiden mukaisena säännös vuoden 1888 valtiopäivillä hyväksyttiin ja sai lopullisen (ja nykyisen) muotonsa. Valiokunnan esittämät muutokset koskivat lähinnä vain säännöksen sanamuodon täsmentämistä: sana »besviker» korvattiin selvyiden vuoksi nykyisellä sanonnalla (»framkallar eller underhåller villfarelse») ja toista momenttia selvennettiin vahingoittamistarkoituksen osalta.

RL 36:1 kuuluu alkukielellä:

»Hvar, som i afsigt att bereda sig eller annan orättnätig fördel i egendom, tillskyndar någon förlust i gods eller penningar derigenom att han medelst framhållande af falskt eller vanställande eller förhemligande af sant sakförhållande framkallar eller underhåller villfarelse: såsom att han säljer förfalskad vara för oförfalskad, mängdt för omängdt, eller felaktigt för felfritt; eller säljer, städjer eller leger samma egendom åt två eller flere; eller tager städja såsom tjenstehjon hos två eller flere för samma tid; eller under sken af försäljning, gåfva eller annat aftal undandrager fordringsegare egendom då utmätning förestår; eller vid handel, eller eljest gör orätt i mätande, vägande eller räknande, eller ock på annat sätt besviker den andre, straffes för bedrägeri med böter eller fängelse ej öfver ett år, eller, i fall omständigheterna äro synnerligen försvårande, med tukthus i högst två år och förlust af medborgerligt förtroende.

Begicks handlingen i afsigt endast att tillskynda annan förlust i gods eller penningar; vare lag samma.

Försök är straffbart.»

Suomenkielisenä säännös kuuluu seuraavasti:

»Joka, hankkiaksensa itselleen tahi toiselle laitonta aineellista etua, saattaa jollekulle tavaran tahi rahan tappion siten, että hän, tuomalla esiin valheellisen asianlaidan, taikka vääristämällä tahi salaamalla todellisen, aikaan saa taikka vireillä pitää erehdyksen: niinkuin jos hän myy väärennetyn tavaran oikeasta, sekoitetun puhtaasta, tahi virheellisen virheettömästä; taikka myy tahi vuokraa saman omaisuuden kahdelle tahi useammalle; taikka ottaa palkollispestin samaksi ajaksi kahdelta tahi useammalta; taikka myymisen, lahjan tai muun välipuheen varjolla kavaltaa omaisuutta velkojalta, kun ulosotto on tulossa; taikka kaupassa tahi muuten väärin mittaa, punnitsee tahi laskee, taikka muulla tavalla peijaa toisen, tuomittakoon petoksesta sakkoon tahi vankeuteen

¹¹ Ks. *Strafflagsutskottets betänkande* s. 85 s.

korkeintaan yhdeksi vuodeksi, taikka, jos asianhaarat ovat erittäin raskauttavat, kuritushuoneeseen korkeintaan kahdeksi vuodeksi ja kansalaisluottamuksensa menettäneeksi.

Jos joku tämän tekee ainoastaan saattaaksensa toiselle tavaran tahi rahan tappion; olkoon sama laki.

Yritys on rangaistava.»

Kuten edellä jo todettiin, ei petossäännöstä ole koko rikoslain voimassaoloaikana muutettu. Sen sijaan oli petoksenkin tunnusmerkistö saanut uuden, lähinnä Norjan vastaavan säännöksen mukaisen muodon *Serlachiuksen* rikoslainehdotuksessa vuodelta 1922. Säännös sisältyi lukuun, jonka otsikkona oli »Varallisuuteen kohdistuvista rikoksista», ja kuului (29 luvun 3 §):

»Joka hankkiuksensa itselleen tahi toiselle laitonta hyötyä, aikaansaamalla tahi vireilläpitämällä hänessä erehdyksen taivuttaa toisen tekoon, joka tuottaa tälle tahi kolmannelle miehelle aineellista tappiota; rangaistakoon petoksesta...»

Ehdotettuun säännökseen ei sisältynyt vahingoittamispetoksen kriminalisointia; tappion aiheuttaminen erehdyttämällä ilman hyötymistarkoitusta vahingoittamistarkoituksessa oli kriminalisoitu erillisessä pykälässä (15 §) petoksesta ehdotettua huomattavasti lievemmin rangaistukseen.

B. Ruotsi

Edellä mainittiin meidän rikoslakimme laatijoitten käyttäneen esikuvanaan mm. Ruotsin rikoslakia. Tämä pitää kuitenkin paikkansa vain osittain. Vuoden 1875 r:n ehdotuksen laatijat noudattivat kyllä Ruotsin esimerkkiä siinä, etteivät he katsoneet voivansa jättää petoskriminalisointia vain yhteen pykälään sisällytetyn yleismääräyksen vaaraan, vaan — kuten edellä on todettu — halusivat kriminalisoida erityisinä petoksina joukon kasuistisesti lueteltuja tilanteita. Sen sijaan ei ole paljoakaan yhteistä löydettävissä Ruotsin vuodelta 1864 peräisin olevan petosta koskevan yleissäännöksen ja meidän rikoslakimme ehdotusten sisältämän vastaavan tunnusmerkistön välillä. SL 22 luvun 1 § kuului:

»Var, som genom antagande av falskt namn, stånd eller yrke, eller genom annat svikligt förfarande, bedrager sig till gods eller penningar, eller förlust därav annan tillskyndar, dömes, där ej annorledes här nedan stadgas, till...»

Säännös oli epäilemättä vielä epäselvempi ja tulkinnanvaraisempi kuin meidän ensimmäisen rikoslainehdotuksemme vastaava yleissäännös. — Saman luvun 2 §:ssä lueteltiin joukko tilanteita, joitten osalta lausutaan: »Såsom bedrägeri skall anses och efter 1 § straffas»¹² ja joitten joukossa on samoja, jotka sisältyivät v:n 1875 rikoslainehdotuksen 485—491 §:iin.

Ruotsissa kesäkuun 12. päivänä 1942 annetulla lailla toimeenpannulla ns. varallisuusrikoksia koskeneella lainmuutoksella uudistettiin myös petosta koskeva kriminalisointi täydellisesti. Samalla luotiin eräitä uusia petokseen läheisesti liittyviä tunnusmerkestöjä sellaisia tilanteita varten, joiden mahdollistaminen yleisen petoksen piiriin vaikutti kyseenalaiselta taikka joiden kohdalla haluttiin poiketa petoksen varalta säädetystä rangaistusasteikosta.¹³ Mainitun lainmuutoksen jälkeen kuuluu varsinainen petossäännös seuraavasti (21 luvun 1 §):

»Var som medelst vilseledande förmår någon till handling eller underlåtenhet, som innebär vinning för gärningsmannen och skada för den vilseledde eller någon i vars ställe denne är, dömes för bedrägeri...»

Seuraavan pykälän 2 momentissa on kriminalisoitu petoksen lievempi muoto, »bedrägligt beteende»:

»Begagnar sig någon av husrum, förtäring, transport, tillträde till föreställning eller annat dylikt, som tillhandahålles under försättning av kontant betalning, och gör ej rätt för sig, straffes, evad han vilseleder någon eller ej, för bedrägligt beteende eller, om brottet ej är att anse som ringa, för bedrägeri. Samma lag vare, där någon som har att betjäna allmänheten efter viss taxa tager betalning utöver taxan utan att påvisa avvikelser.»

Mainitsemisen arvoinen on myös saman luvun 7 §, jossa on kriminalisoitu ilman edun saamista tai tavoittelemista tapahtuva erehdyttäminen, »oredligt förfarande»:

»Var som, i annat fall än förut i detta kapitel är sagt, förfar oredligt i det han medelst vilseledande förmår någon till handling eller underlåtenhet och därigenom skadar den vilseledde eller någon i vars ställe denne är, dömes...»

¹² Kysymyksessä ei ts. ollut pelkkä esimerkkiluettelo, vaan joukko »itsenäisiä» petoksia; ks. Larsson s. 412.

¹³ Ks. Beckman SvJT-44 s. 310 s. ja Den nya s. 112 s. sekä Ekeberg—Strahl—Beckman s. 195 s.

Hiljattain on Ruotsissa saatu päätökseen rikoslain kokonaisuudistus. Uusi laki, »Brottsbalken», joka on annettu joulukuun 21. päivänä 1962, astuu voimaan tammikuun 1. päivänä 1965. Edellä siteeratut säännökset, jotka ovat uudessa laissa säilyttäneet asiallisen sisältönsä muuttumattomina, sisältyvät kaaren 9 luvun 1 §:ään, 2 §:n 2 mom:iin ja 8 §:ään.

C. Norja

Norjan toukokuun 22. päivänä 1902 annettuun rikoslakiin alunperin sisällytetty petosta koskeva kriminalisointi (270 §) oli jo varsin »moderni»:¹⁴

»Den, ^E som i Hensigt derved at forskafe sig eller andre en uberettigt Vinding, ved at fremkalde eller styrke en Vildfarelse, rettsstridig forleder nogen til en Handling, hvorved der voldes denne eller den, paa hvis Vegne han handler, Formuestab eller som medvirker hertil, straffes for Bedrageri...»

Säännös on ollut esikuvana myöhemmin laadituille petosta koskeville kriminalisoinneille ennen kaikkea sen suhteen, että siinä selvästi ilmaistiin vaatimus siitä, että tappion tulee aiheutua erehdytetyn erehdyksensä johdosta tekemästä disponoinnista sekä että siitä käy ilmi toisaalta se, ettei disponoijan ja tappionkärsijän tarvitse olla sama henkilö ja toisaalta se, minkälainen suhde heidän välillään tulee vallita. — Lainkohtaa ei kuitenkaan pidetty tyydyttävänä, ja toukokuun 11. päivänä 1951 annetulla lainmuutoksella se saatettiin nykyiseen muotoonsa:

»For bedrageri straffes den som i hensigt ^{ER} derved å skaffe seg eller andre en uberettiget vinning ved å framkalle, styrke eller utnytte en villfarelse rettsstridig forleder noen til en handling, som volder tap eller fare for tap for ham eller den han handler for, eller som medvirker hertil.»

Myös Norjan SL sisältää Ruotsin rikoslain 21 luvun 2 §:n 2 mom:n kaltaisen, tosin 270 §:än nähden toissijaisen kriminalisoinnin »hotelli»-yms. petoksen varalta (402 ja 403 §:t).

¹⁴ Norjan vanhemman oikeuden osalta ks. esim. Goos, Nordiske s. 216 s.

Eräänlaisena meidän rikoslakimme vahingoittamispetosta (RL 36: 1²) vastaavana säännöksenä esiintyy Norjan SL:ssä »Skadeverk»- nimisessä luvussa kriminalisointi (294 §), jossa rangaistuksella uhataan sitä, joka

»ved at fremkalde eller styrke en Vildfarelse retsstridig forleder nogen til en Handling, hvorved der voldes denne eller nogen, paa hvis Vegne han handler, Formuestab, eller som medvirker hertil».

D. T a n s k a

Tanskan huhtikuun 15. päivästä 1930 olevan BSL:n varsinainen petosta koskeva säännös on sen 279 §:ssä.¹⁵

»For bedrageri straffes den, som, derigenom at skaffe sig eller andre uberettiget vinding, ved retsstridig at fremkalde, bestyrke eller udnytte en vildfarelse bestemmer en anden til en handling eller undladelse, hvorved der påføres denne eller nogen, for hvem handlingen eller undladelser bliver afgørende, et formuetab.»

Norjan SL 270 §:n tavoin on tässäkin kriminalisoitu paitsi erehdyksen aikaansaaminen ja vahvistaminen, myös oikeudenvastainen erehdyksen hyväksikäyttäminen. Edelleen kiinnittää säännöksessä huomiota se, että siinä — samoin kuin Ruotsin SL 21: 1:ssä — nimenomaisella säännöksellä kelpuutetaan myös laiminlyönti erehdytetyn disponoinniksi. — Myöskään BSL ei ole jättänyt erikseen kriminalisoimatta hotelli- yms. petosta; 298 §:ssä säädetään rangaistus sille,

- »som uden at betingelserne for att anvende § 279 foreligger,
- 1) ved uriktige foregivenden angående betalningsevnen skaffer sig eller andre lån eller kredit med den følge, at formuetab dermed påføres,
 - 2) ved forbrug af forudbetalt vederlag saetter sig ud af stand til at levere modydelsen,
 - 3) bortfjerner sig uden at betale logi, fortaering, befordring, eller anden ydelse, ved hvilken det har vaeret en kendelig forudsætning, at betaling erlaegges forinden bortfjernelsen,
 - 4) uden erlaeggelse af den fastsatte betaling tilsniger sig adgang till forestilling, udstilling eller forsamling eller til befordring med offentligt samfaerdsmiddel eller till benyttelse af anden almentilgaenglig indretning.»

¹⁵ Vanhemman oikeuden osalta ks. Goos mt. s. 216 ss.

E. Saksassa

Vielä suuremmassa määrässä kuin Ruotsin SL:n silloiset petosta koskevat säännökset on Saksan toukokuun 31. päivältä 1870 olevan rikoslain 263 § ollut RL 36: 1:n esikuvana:

»Wer in der Absicht, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, das Vermögen eines anderen dadurch beschädigt, dass er durch Vorspiegelung falscher oder durch Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen einen Irrtum erregt oder unterhält, wird wegen Betrugs.... bestraft...»

Myöskään Saksassa ei ole katsottu voitavan tulla toimeen pelkällä yleissäännöksellä, vaan on sielläkin pidetty tarpeellisena erikseen kriminalisoida eräitä petoksen kaltaisia toimintoja, joihin nähden varsinainen petostunnusmerkistö ei ainakaan kaikissa tapauksissa ole tuntunut riittomasti soveltuvan. Lailla kesäkuun 28. päivältä 1935 lisättiin StrGB:iin uusi 265 a §:

»Wer die Leistung eines Automaten, die Beförderung durch ein Verkehrsmittel oder den Zutritt zu einer Veranstaltung oder einer Einrichtung in der Absicht erschleicht, das Entgelt nicht zu entrichten, wird, soweit die Tat nicht nach anderen Vorschriften mit schwererer Strafe bedroht ist... bestraft».

Saksassa on milteipä jatkuvasti koko tämän vuosisadan ajan ollut vireillä rikoslain kokonaisuudistus. Tätä koskevissa eri ehdotuksissa on myös petosrikoksen tunnusmerkistö ehdotettu eri tavoin muutettavaksi. Tässä yhteydessä riittänee Saksan Liittotasavallan Liittopäiville annetun vuodelta 1960 olevan rikoslain uudistusesityksen sisältämän petossäännöksen siteeraaminen; esityksen (E 1960) 252 § kuuluu:

»Wer durch Täuschung über Tatsachen jemanden zu einer Vermögensverfügung bestimmt, die diesem oder einem anderen einen Vermögensnachteil zufügt, um daraus sich oder einen Dritten widerrechtlich zu bereichern, wird... bestraft.»

Esitykseen sisältyy myös nykyistä 265 a §:ä vastaava säännös.

F. Sveitsi

Hyvin lähellä Saksan — ja samalla myös meidän — petossäännöstä on sanamuodoltaan Sveitsin rikoslain (joulukuun 21. päivästä 1937) 148 artikla:

»Wer in der Absicht, sich oder einen andern unrechtmässig zu bereichern, jemanden durch Vorspiegelung oder Unterdrückung von Tatsachen arglistig irreführt oder den Irrtum eines andern arglistig benutzt und so den Irrenden zu einem Verhalten bestimmt, wodurch dieser sich selbst oder einen andern am Vermögen schädigt, wird ... bestraft.»

Sveitsin rikoslaki tuntee myös »vahingoittamispetoksen»; 149 artiklassa säädetään:

»Wer jemanden aus Bosheit durch Vorspiegelung oder .. = 148 art. .. am Vermögen schädigt, wird, ... bestraft.»

Saksan StrGB 265 a §:ä vastaavat — sitä jossakin määrin laajempiulotteiset — määräykset sisältyvät Sveitsin rikoslain 150 ja 151 artikloihin.

G. Itävalta

Vanhin ja rakenteeltaan vähiten RL 36: 1:ä muistuttava tässä tutkimuksessa vertailevan huomion kohteeksi joutuvista manner-Euroopan petossäännöksistä on Itävallan 27. päivästä 1852 olevan rikoslain 197 §:

»Wer durch listige Vorstellungen oder Handlungen einen anderen in Irrtum führt, durch welchem jemand, sei es der Staat, eine Gemeinde oder andere Person, an seinem Eigentume oder anderen Rechten Schaden leiden soll; oder wer in dieser Absicht und auf die eben erwähnte Art eines anderen Irrtum oder Unwissenheit benützt, begeht einen Betrug; er mag sich hierzu durch Eigennutz, Leidenschaft, durch die Absicht jemanden gesetzwidrig zu begünstigen, oder sonst durch was immer für eine Nebenabsicht haben verleiten lassen.»

H. Englanti

Tutkimuksessa tullaan jokseenkin täysin sivuuttamaan anglosaksinen rikosoikeus. Tämä ei johdu niinkään siitä, ettei sikäläisillä petosta koskevilla säännöksillä ja niihin kohdistuneilla tutkimuksilla olisi mie-

lenkiintoa vertailumielessä — asia on kernaamminkin päinvastoin — vaan siitä, ettei niihin tutustumisesta olisi RL 36: 1:n tulkinnan kannalta välitöntä hyötyä. Näin on asianlaita johtuen paitsi niistä rakenteellisista ja tunnusmerkistöllisistä eroavuuksista, jotka vallitsevat mainittujen säännösten ja meidän petospykälämme välillä, myös siitä, että koko anglosaksinen rikosoikeus perustuu täysin erilaisille traditioille kuin Suomen lähinnä saksalaisperäinen rikosoikeus.

Koska myöhemmässä yhteydessä kuitenkin tullaan vertailevassa mielessä viittaamaan eräisiin Englannin oikeuden petossäännöksen suhteen saavutettuihin tulkintatuloksiin, lienee myös sen siteeraaminen tässä paikallaan. Säännös, joka sisältyy vuodelta 1916 olevaan Larceny Act:iin, kuuluu:

»Every person, who by any false pretence, with intent to defraud obtains from any other person any chattel, money, or valuable security, or causes or procures any money to be paid, or any chattel or valuable security to be delivered to himself or to any other person for the use or benefit of or on account of himself or any other person . . . shall be guilty of misdemeanour . . .»

III. TUTKIMUSTEHTÄVÄN TASMENTÄMINEN

Kuten tutkimuksen otsikosta ilmenee, on päähuomion kohteiksi otettu kysymyksessä olevan rikoksen suoritustapa, so. erehdyksen aikaan saaminen ja vireillä pitäminen sekä tämän suhtautumisen tulos, tavaran tai rahan tappio. Jälkimmäiseen liittyen on lisäksi käsitelty nimenomaan tappion kannalta eräitä käytännössä usein esiintyviä ja kirjallisuudessaakin huomiota — joskaan ei yleensä tappion, vaan erehdyttämisen kannalta — osakseen saaneita petokseksi luettuja tilanteita. Huomiota on myöskin kiinnitetty tappion välittävään suhtautumiseen liittyviin ongelmiin, kysymykseen erehdyttäjän tavoitteleman hyödyn ja aiheutuneen tappion välisestä vastaavuudesta sekä tunnusmerkistön subjektiiviseen puoleen.

Tutkimuksessa on pääpaino teoreettisluonteisella esityksellä. Siihen nähden, että petosrikokseen liittyy lukuisia ennen kaikkea käytännön kannalta mielenkiintoisia ja erimielisyyttä herättäneitä detaljikysymyksiä, saattaa tämä ensi silmäyksellä herättää ihmetystä. Tähän ei kuitenkaan ole aihetta.

Johonkin rikokseen liittyvien detaljikysymysten tieteellisellä pohjalta tapahtuva selvittely ja ratkaiseminen ei nimittäin ole mahdollista, ennen kuin kyseessä olevan rikoksen tunnusmerkistö on perusteellisesti selvitetty. Detaljiongelmiin kodistuva tutkimus voidaan rakentaa vain tieteelliset vaatimukset täyttävälle, perustunnusmerkkien selvittelyn tulosten muodostamalle perustalle; ellei tällaista perustaa ole, on se luotava, ennen kuin voidaan odottaa kestäviä tuloksia erikoiskysymysten tarkastelusta.

Jo alustava tutustuminen petosta koskevaan kirjallisuuteen ja oikeustapausmateriaaliin osoitti kirjoittajalle, ettei tämän rikoksen osalta ollut olemassa edellä tarkoitetun kaltaista valmista perustaa. Ennen kaikkea kahteen sen perustunnusmerkkiin, erehdyttämissuhtautumiseen ja tappioon, liittyi lukuisia puutteellisesti selvitettyjä sekä varsin riidanalaisia ja suuria mielipide-eroja herättäneitä ongelmia ja ongelmaryhmiä.

Tutkimuksen ensi sijaisena päämääränä onkin pyrkiä petosrikoksen perustunnusmerkkeihin kohdistuvalla jokseenkin syvällisellä teoreettis-luonteisella selvittelyllä omalta osaltaan rakentamaan sitä perustaa, jonka varaan detaljikysymysten ratkaisut voidaan nojata. Tästä päämäärästä johtuen tutkimus samalla — mikäli siinä on onnistuttu — palvelee käytäntöä. Näin ennen kaikkea juuri siitä edelläkin jo korostetusta tosiasiasta johtuen, että välittömältä käytännölliseltä merkitykseltään keskeisemmät erikoiskysymykset pohjautuvat loppujen lopuksi ensi sijaisesti juuri tutkimuksen kohteiksi valittuihin petoksen perustunnusmerkkeihin liittyviin teoreettisiin ongelmiin ja niiden ratkaisut näiden ongelmien selvittelyn tuloksiin.

VARSINAINEN OSA

I. EREHDYTTÄMINEN

A. *Erehdys*

Kun tarkastelee petosta käsittelevää oikeustieteellistä kirjallisuutta, havaitsee, että erehdys-sana (villfarelse, Irrtum) on ymmärretty useammalla eri tavalla:

1) Erehdys on virheellinen, todellisuutta vastaamaton mielikuva tai käsitys (yleensä jostakin);¹ 2) erehdys on sanotunlainen mielikuva tai käsitys asianlaidasta (sakförhållande, Tatsache);² 3) erehdys on, paitsi virheellinen mielikuva tai käsitys, myös mielikuvan puute, tietämättömyys.³

Ensimmäinen ja toinen käsitys poikkeavat toisistaan ainoastaan siinä, että edellinen ei tunnu asettavan mielikuvan kohteelle mitään laatu- tai muita rajoituksia, kun sen sijaan jälkimmäisen mukaan mielikuvan tulee nimenomaan kohdistua asianlaitaan.⁴ Kuten myöhemmin osoitetaan, ollaan aihetta käsittelevässä kirjallisuudessa jokseenkin yksimielisiä siitä, että »asianlaita» voi koskea vain nykyisyyden ja menneisyyden seikkoja eikä edes kaikkia niitäkään. Näin ollen, mikäli tämä käsitys olisi oikea ja virheellisen mielikuvan tulisi kohdistua asianlaitaan ollakseen erehdys, jäisivät käsitteen ulkopuolelle esim. ne todellisuutta vastaamattomat mielikuvat, joiden kohteena on tulevaisuuden tapahtuma.

¹ Esim. v. Cleric s. 46 s., Finger s. 354, v. Gerlach s. 35, Hafter s. 264, Hagerup s. 240, Jahn s. 50, Krabbe s. 766, v. Liszt-Schmidt s. 670, Schmid s. 23, Serlachius II s. 259, Sterzel s. 74 ja Øvergaard s. 81.

² Esim. Bockelmann s. 438, Estlander s. 29, Frank II s. 128, v. Hippel s. 257, Kohlrausch—Lange s. 577, Maurach s. 242, Niethammer s. 264 ja Schönke—Schröder s. 1081.

³ Esim. Finger s. 354, Hurwitz s. 447 ja Merkel Handbuch s. 755.

⁴ Tässä yhteydessä ei ole tarpeen tarkastella StrGB 263 §:n »Tatsache»-sanana ja »asianlaidan» vastaavuutta tarkemmin. Nyt riittää, kun todetaan ennakoivasti molempien käsitteiden sisällön tulleen suunnilleen samalla tavalla ymmärretyksi.

— Kolmas edellä esitetyistä erehdys-sanan merkitysvivahteista taas selvästi eroaa molemmista edellisistä jo laatunsa perusteella.^{5 6}

Siihen nähden, että »erehdys» on se ilmiö, joka karakterisoi tutkimuksen kohteena olevan rikoksen,⁷ ja kun näyttää siltä että erehdyksen aikaansaamista, vireilläpitämistä ja vaikutuksia koskeva tutkimus jäisi liian hataralle pohjalle ellei itse perusilmiöstä, erehdyksestä, olisi mahdollisimman täsmällistä kuvaa, on syytä ottaa RL 36: 1:n erehdyskäsite tarkemman huomion kohteeksi. Tällöin on — pitäen lähtökohtana alussa viitattua erehdyskäsitteestä esitettyjä »määritelmiä» — mielenkiintoa ennen kaikkea seuraavilla kysymyksillä: tyhjentyvätkö sanan kaikki merkitysvivahteet esitettyihin vaihtoehtoihin; voidaanko myös pelkkä mielikuvan puute lukea erehdystilanteeksi; sekä onko virheellisen mielikuvan kohteelle astettava joitakin vaatimuksia?

Ennen kuin ryhdytään lopullisesti muodostamaan kantaa erehdys-sanan käsitesisällöstä petoksen tunnusmerkkinä, on syytä lyhyesti kiinnittää huomio eräisiin muihin yhteyksiin, joissa tämä oikeustieteessä esiintyy.

Rikosoikeudessa on erehdyksen mahdollisiin vaikutuksiin kiinnitetty erityistä huomiota syyksiluettavuusopissa pohdittaessa kysymystä, min-kälaista ja mihin seikkoihin kohdistuvaa tietoisuutta tekijältä on vaadittava, jotta hänen tekonsa olisi luettavissa hänelle rikoksena syyksi. Sivilistejä taas on askarruttanut ongelma erehdyksen merkityksestä oikeustoimen pätevyyden ja tahdonilmaisun sitovuuden kannalta.

Mitä ensinnäkin tulee tutkimuksiin erehdyksen vaikutuksesta siihen, onko jokin teko luettavissa tekijälleen tahallisenä (tai luottamuksellisenä) syyksi, ei niissäkään yleensä ole kiinnitetty sanottavampaa huomiota itse erehdys-sanan sisältöön ja merkitykseen, puhumattakaan siitä, että olisi edes niissä tapauksissa, joissa se, mitä sanalla on ymmärretty,

⁵ Usein riippuu tarkastelukulmasta, onko kysymyksessä mielikuvan puute vaiko virheellinen mielikuva; mielikuvan puute jostakin seikasta saattaa ratkaisevasti vaikuttaa jostakin toisesta seikasta omaksutun mielikuvan sisältöön. Ks. esim. *Serlachius II* s. 259 ja jälj. s. 29.

⁶ »Absoluuttisen» tietämättömyyden kelpaamattomuutta erehdykseksi on vastustettu mm. sillä perusteella, ettei se saata koskaan vaikuttaa motivoivasti henkilön suhtautumiseen, ks. esim. *Sterzel* s. 74 (vrt. kuitenkin esim. *Finger* s. 355).

⁷ Tämän väitteen tueksi ei tarvitse muuta kuin tarkastella niitä määritelmiä, joita petoksesta on esitetty; useimpien ajatussisältönä on juuri se, että petos on oikeudettoman hyötymisen tarkoituksessa *erehdyttämällä* aikaansaattua omaisuuden vahingoittamista. Ks. esim. *Alanen*, Petosrikoksesta s. 897 ja *Lainkäyttö* s. 195, *Honkasalo*, Erinäiset s. 64 ja *E I* s. 164, *Maurach* s. 237, *Schönke—Schröder* s. 1075, *Serlachius II* s. 253, *Sterzel* s. 13 s. ja *Thyrén*, Utkast s. 13 ja 28.

on nimenomaan ilmaistu, lausuttu, minkä vuoksi sanalle tällainen merkitys on annettava. Tämä onkin varsin luonnollista. Kysymyksen asettelussa ei nimittäin tällöin (toisin kuin käsitykseni mukaan petosta koskevassa tutkimuksessa tulisi olla laita) lähdetä siitä, että tiettyyn kategoriaan (erehdys) kuuluvat tilanteet voivat kenties tehdä tahallisuusarvostelun mahdottomaksi, ja sitten tarkastella konkreettisen ilmiön sopivuutta tähän kategoriaan. Huomio kohdistetaan suoraan konkreettiseen ilmiöön ja tapahtumaan sekä sen mahdolliseen vaikutukseen, kiinnittämättä sen suurempaa huomiota tämän ilmiön perusluonteeseen. Ei ts. kysytä: Onko tässä kysymys erehdyksestä? Jos on, niin teko ei ole tahallisenä syyksiluettava, vaan: Voidaanko tämä teko näissä konkreettisissa olosuhteissa lukea tekijälleen syyksi?⁸ Lisäksi on huomattava, että kuten useat probleemaa koskettelleet tutkijat korostavat, kysymyksessä on oikeastaan vain tahallisuuden edellyttämää tietoisuutta koskeva ongelma, minkä vuoksi saattaa olla jonkinverran harhaanjohtavaa puhua »erehdysopista» ja lukea erehdys-käsitteen piiriin kaikki ne tilanteet, joissa tahallisuuden tai tuottamuksen vaatima tietoisuus puuttuu.

Tutkittaessa syyksiluettavuusopin erehdystilanteita voidaan havaita, että sanalla erehdys on ymmärretty ainakin virheellistä, tosiasiallisesta tilanteesta poikkeavaa mielikuvaa. Erimielisyyttä on sen sijaan siitä, tyhjentykö sanan merkitys tähän vai voidaanko sen piiriin lukea kuuluvan myös tietämättömyys-, mielikuvan puute-tapaukset. Eräitten tutkijoiden esityksissä tämä mahdollisuus on nimenomaan kiistetty;⁹ he katsovat, että erehdyksestä voidaan puhua vain todella olevan todellisuutta vastaamattoman mielikuvan merkityksessä. Vaikka kaikki erehdysoppia käsitelleet eivät nimenomaisesti ole ilmaisseet kantaansa

⁸ Todettakoon kuitenkin, että esim. Norjan rikoslaki mainitsee nimenomaan erehdyksen ja sen vaikutukset: »For den, som... befandt sig i vildfarelse med hensyn til dens retsstridige beskaffenhed...» (57 §). Tämän lainkohdan on katsottu tarkoittavan »vildfarelse»-sanalla myös tietämättömyyttä; ks. esim. *Andenaes Alminnelig* s. 226 ss. ja *Formuesforbrytelsene* s. 45. — Meillä ei lakiin sisälly määräystä erehdyksen vaikutuksesta tahallisuuteen. Sen sijaan oli tällainen säännös otettu vuoden 1875 rikoslainehdotukseen (61 §): »Har genom misstag, förväxling eller annan sådan tillfällighet värkan af uppsåtligt brott drabbat annan person...» — Saksan rikoslaissa puhutaan tietämättömyyden vaikutuksista (59 §): »Wenn jemand... das Vorhandensein von Tatumständen nicht kannte...»; sama koskee Tanskan rikoslakia (84 §): »... Gerningsmanden har handlet i undskyldelig Uvidenhed...»; Ks. myös Norjan r.l:n 42 §.

⁹ Ks. esim. *Frank I* s. 177, *Mezger*, *Lehrbuch* s. 305 ja *Schönke—Schröder* s. 394.

kysymyksestä, löytyy kuitenkin tutkimuksia, joissa erehdyksellä on expressis verbis lausuttu tarkoitettavan myös tietämättömyyttä.¹⁰

Erehdykselle tahallisuuteen vaikuttavana seikkana pitää esim. *Forsman* (joka ymmärtää sanan virheellisen käsityksen merkityksessä) ominaisena sitä, että tahdon (vilja) ja teon (gärning) väliltä puuttuu vastaavaisuus.¹¹ Tällainen erehdys voi perustua tietämättömyyteen, mutta tietämättömyyttä sinänsä ei *Forsman* katso erehdykseksi.¹²

Erehdykseksi on syyksiluettavuusopissa myös kutsuttu tilanteita, joissa tekijällä on virheellinen käsitys tilanteen tulevasta kehityksestä, joissa hän ts. erehtyy tulevaisuuden seikoista.¹³

Useat tutkijat¹⁴ lukevat erehdykseksi myös ns. aberratio ictus-tilanteen, josta puhutaan silloin, kun tekijän teko kohdistuu toiseen objektiin, kuin tarkoitettiin.¹⁵ Näin on esim., jos A tähtää B:tä, jonka hän haluaa surmata, mutta luoti osuukin syystä tai toisesta B:n läheisyydessä seisoskelleeseen C:hen. Tuntuu siltä,¹⁶ kuin tekijän tässäkin olisi katsottu erehtyneen tulevaisuuden seikkaan nähden. On kuitenkin kyseenalaista, onko aberratio ictuksessa pohjimmiltaan kysymys virheellisestä käsityksestä. Luonnollisesti A:lla esimerkissä oli sikäli virheellinen

¹⁰ Ks. esim. *Kohlrausch*, Irrtum s. 7 s. ja *Roeder* s. 71 (virheellinen mielikuva = erehdys rajoitetussa merkityksessä; tietämättömyys = erehdys laajassa merkityksessä). Myös *Honkasalo* puhuu erehdystilanteista, joissa »tekijältä puuttuu tietoisuus jostakin tunnusmerkistöön kuuluvasta tosiasiasta», mutta esityksestä ei käy selvästi ilmi tarkoitetaanko tällä sitä, että ko. henkilöllä ei ole mitään mielikuvaa tästä seikasta vaiko sitä, että hänellä on siitä virheellinen mielikuva (kummassakaan tapauksessahan hänellä ei ole siitä »tietoa»). *Honkasalo* lienee kuitenkin tarkoittanut sitä, että hänen mainitsemansa tietämättömyys vain aiheuttaa erehdyksen, ts. virheellisen mielikuvan teon luonteesta kokonaisuudessaan, ks. *Honkasalo* II s. 110 ss. Ks. myös *Andenaes* Formuesforbrytelsene s. 45.

¹¹ *Forsman*, Allmänna s. 165 s.

¹² Mt. s. 165 s. Näin myös esim. *Mayer* s. 315.

¹³ Ks. esim. *Honkasalo* II s. 108, *Mezger Lehrbuch* 310 ja *Schönke—Schröder* s. 368 ss.

¹⁴ Ks. esim. *Forsman*, Allmänna s. 167, *Honkasalo* II s. 109 s., *Mezger Lehrbuch* s. 314, *Schönke—Schröder* s. 369.

¹⁵ Sen jälkeen kun on todettu erehdyksellä ymmärrettävän (ainakin) virheellistä mielikuvaa, ei toisella kirjallisuudessa erityiseksi lajikseen, *error in objecto*, erotetulla tilanteella ole tämän tutkimuksen kannalta mielenkiintoa. *Error in objecto*sta on kysymys esim. silloin, kun A haluaa lyödä B:tä, mutta pimeyden vuoksi erehtyy luulemaan C:tä B:ksi ja lyökin tätä. Tällöin teko kohdistui väärään objektiin sen vuoksi, että tekijällä oli virheellinen mielikuva teon tosiasiallisesta kohteesta.

¹⁶ Esim. *Forsman* mt. s. 167, *Honkasalo* II s. 108 ja 109 sekä *Schönke—Schröder* s. 370.

mielikuva, että hän luuli osuvansa B:hen, mutta kuitenkin ei tätä seikkaa tässä tapauksessa pidetä sinä erehdyksenä, joka kenties saattaisi vaikuttaa tekijän tahallisuuden arvosteluun; erehdys on tässä se tosiasiallinen tilanne, että A osui »vahingossa» C:hen B:n asemasta.¹⁷

Yhteenvedollisesti voidaan todeta, että erehdys-sanalla on syyksiluettavuusopissa ymmärretty paitsi virheellistä mielikuvaa, myös tilanetta, jota voitaisiin kutsua »harhaiskuksi» (*aberratio ictus*), ts. tilanetta, jossa ei ole kysymys mistään ihmisen mielikuvamaailmaan liittyvästä ilmiöstä, vaan ennemminkin tosiasiallisesta tapahtumasta. Kun erehdys on käsitetty ensiksi mainitussa merkityksessä, ei sen seikan suhteen, johon väärä mielikuva kohdistuu, ole asetettu mitään ajallisia rajoituksia.¹⁸ Erimielisyyttä on taas havaittavissa siitä, voidaanko erehdyksestä puhua tietämättömyyden, mielikuvan puuttumisen tapauksissa.

Suurimman huomion osakseen oikeustieteellisessä kirjallisuudessa lienee erehdys saanut sen merkityksen vuoksi, mikä sillä on katsottu olevan oikeustoimen pätevyyden kannalta.¹⁹ Suomenkin voimassa olevassa oikeudessa on useissa eri yhteyksissä nimenomaan todettu ko. ilmiön voivan aiheuttaa oikeustoimen pätemättömyyden.²⁰ Laista ei kuitenkaan itsestään löydy määritelmää, josta suoraan olisi todettavissa, mitä lainsäätäjä on nimityksellä tarkoittanut.²¹ Erehdyksen määrittelemisen tai ainakin mahdollisesti esitetyn definition perusteet puuttunevat

¹⁷ Tämän tutkimuksen piiriin ei kuulu kannanotto erehdyksen (tai tietämättömyyden) vaikutuksesta tahallisuuteen eikä sen vuoksi myöskään liene tarpeen rasittaa esitystä probleeman johdosta esitettyjen käsityskantojen yksityiskohtaisella selostamisella. Erehdystilanteiden jaolla ns. oikeuserehdyksiin ja tosiasiaerehdyksiin ei tämän tutkimuksen kannalta ole merkitystä: molemmissa on kysymys virheellisestä mielikuvasta (tai tietämättömyydestä) ja erokriteerinä on vain mielikuvan kohteen laatu. Jakoon on sitäpaitsi suhtauduttu varsin kriittisesti, ks. esim. *Kohlrausch Irrtum* s. 25 ja *Schönke—Schröder* s. 389 s.

¹⁸ Menneisyyteen kohdistuvasta erehdyksestä ei syyksiluettavuusopissa useinkaan ole kysymys, sillä mielikuva menneisyydestäkin vaikuttaa yleensä vain siihen, minkälainen mielikuva tekijällä on teosta nykyhetkellä. Mikään ei kuitenkaan viittaa siihen, että menneisyyden seikat olisi katsottu sellaisiksi, ettei erehdyksellä voitaisi tarkoittaa niihin kohdistuvaa virheellistä mielikuvaa. Kun henkilö esim. (virheellisesti) luulee saaneensa suostumuksen suorittaa RL 21:12 mukaisen pahoinpitelyn, on makuasia, sanotaanko hänen erehtyneen suostumuksen antamiseen nähden (menneisyydessä) vaiko sen suhteen, ettei oikeudenvastaisuuden poistavaa perustetta tekohtekellä ollut olemassa. Ks. myös *Anttila* s. 84 ss.

¹⁹ *Telaranta* kutsuu erehdystä oikeustoimiopin perusongelmaksi.

²⁰ Tällaisia säännöksiä sisältyy paitsi OikTL:iin myös esim. AL:iin, PK:een ja VakSopL:iin.

²¹ Ks. myös *Telaranta* s. 3.

myös useimmista ko. ilmiötä ja sen vaikutuksia käsittelevistä siviili-oikeudellisista tutkimuksista,²² mutta niistä on kuitenkin usein epäsuorasti pääteltävissä, minkä merkityksen ao. kirjoittaja kulloinkin on sanalle halunnut antaa.²³

Erehdystilanteiden jaolla ns. motiivi- ja ilmaisuerehdyksiin on siviili-oikeudessa vanhastaan ollut perustavaa laatua oleva merkitys.^{24 25} Käsitteet siitä, kumpaan kategoriaan tarkasteltavana oleva tilanne kulloinkin olisi luettava, tuntuvat kuitenkin olevan verraten hajallaan.²⁶ Periaatteessa jako kyllä tuntuu selvältä. Siinä on kiinnitetty pääasiallinen huomio toisaalta henkilön tahtoon, toisaalta taas siihen toimintaan ja sen tuloksiin, jolla tämä tahto yritetään saada toisille ilmaistuksi. Motiivierehdyksestä on kysymys silloin, kun tahto ja ilmaisu ovat sopusoinnussa keskenään, kun suhtautumisella todella onnistutaan ilmaisemaan sen takana oleva tahto. Tällöin sanotaan erehdyksen vaikuttaneen tah-

²² Näin *Telaranta* s. 3 ja s. 144.

²³ Kun esim. meillä *Kivimäki* ja *Ylöstalo* mainitsevat erehdykselle olevan tunnusmerkillistä, että tahdon ja ilmaisun väliltä puuttuu vastaavaisuus, josta sen antaja ei ole ollut selvillä, ei tällä liene tarkoitettu valaista erehdys-sanan merkitystä muuta kuin po. ilmiön erään seurauksen kannalta. Kuten kirjoittajat esittävät, voi toteamus olla ymmärrettävissä kahdella tavalla: A, joka haluaa solmia hankintasopimuksen ehdolla, että myyjä vastaa kustannuksista, vakuutuksesta ja rahdista (cif), tekee tarjouksensa sisällyttäen siihen lyhennyksen fob. Tämä voi johtua joko siitä, että a) hän luuli käyttämänsä lyhennyksen juuri tarkoittavan myyjän velvoittamista ko. suorituksista vastaamaan tai sitten siitä, että b) hän, täysin tietoisena lyhennysten yleisesti hyväksytystä merkityksestä, epähuomiossa kirjoitti fob. Edellisessä tapauksessa hän todella *tahtoi*kin kirjoittaa fob (koska hän oli väärässä käsityksessä lyhennyksen yleisesti hyväksytystä merkityksestä) ja tahdon ja ilmaisun vastaamattomuus johtui A:n lyhennysten merkitykseen kohdistuvasta väärästä mielikuvasta; jälkimmäisessä se taas johtui A:n mielikuvista riippumattomasta syystä. Jälkimmäinen tilanne kuuluu OikTL 32 §:n 1 mom:n tarkoittamaan »erhekirjoitusten» ryhmään, edellisessä taas on kysymys saman lainkohdan mainitsemasta »muun erehdyksen» tapauksesta. Ks. *Kivimäki—Ylöstalo* s. 320 s. Ks. myös *af Hällström*, *Villfarelse* s. 7.

²⁴ Erehdysten pätemättömyysvaikutusta sääntelevän yleissäännöksen meidän voimassa olevassa oikeudessamme (OikTL 32 § 1 mom.) on katsottu koskevan vain ilmaisuerehdystä. Motiivierehdyksellä on merkitystä »petollisen viettelyn» tapauksissa (OikTL 30 §) sekä eräissä erikoistilanteissa (esim. PK 16:10). Ks. *Telaranta* s. 4 s., *Rautiala* s. 128 s., *Wrede* s. 93 s. ja *Ylöstalo* s. 146 s. — Eri mielipidesuunnista erehdyksen vaikutusten suhteen ja »erehdysteorioista» ks. esim. *Kivimäki—Ylöstalo* s. 321 s., *Telaranta* s. 59 ss. ja *Wrede* s. 94.

²⁵ Ks. *kuit. Telaranta* s. 366 s., jossa erotellaan tunnutaan pidettävän tarpeettomana.

²⁶ Näin *Telaranta* s. 165 ja erit. s. 99 ss. ja 127 ss. — Periaatteellinen ero on selvästi havaittavissa esim. vertaamalla PK 16 luvun 9 §:ää ja 10 §:n eri momenteja.

donmuodostusvaiheessa. Ilmaisuierehdyksestä taas puhutaan silloin, kun itse tahdonmuodostus on ollut virheetöntä, mutta ilmaisusuhtautuminen on epäonnistunut sikäli, että sillä ei ole kyetty ilmaisemaan tahtoa oikein,²⁷ minkä vuoksi se käsitys, jonka vastaanottaja ilmaisussa käytettyjen merkkien (sanojen, lyhennysten tms.) yleisesti hyväksytyn merkityksen perusteella ilmaisijan tahdosta saa, ei vastaa todellisuutta.²⁸

Mitä ensin motiivierehdykseen tulee, on heti alkuun todettava, että »tahdonmuodostuksen virheellisyys» on mitattavissa vain tahtojan omaa käsitystä ja mielipidettä mittapuuna käyttäen; sen objektiivisesta arvioimisesta ei voine olla puhuttakaan. Tahdonmuodostus voi olla virheellistä vain, mikäli ne mielikuvat, jotka henkilöllä on ratkaisulle relevanteiksi tunnustamistaan seikoista, ovat tosioloja vastaamattomat tai mikäli henkilöltä puuttuu mielikuva jostakin sellaisesta seikasta, joka, mikäli hän olisi sen oikein mieltänyt, olisi aiheuttanut tahdon suunnan poikkeamisen siitä, millaiseksi se todellisuudessa muodostui. Tällöinkin tämä »tietämättömyys» voinee vaikuttaa vain siihen, että mielikuva kokonaistilanteesta on väärä.²⁹ Kun kerran puhutaan ilmaistavasta tahdosta, ei kysymykseen nimittäin voine tulla absoluuttinen mielikuvan puuttuminen.³⁰ — Motiivierehdyksessä tuntuu siis olevan kyse vain todellisuutta vastaamattomasta mielikuvasta. Mielikuvan kohteelle ei voitane asettaa mitään rajoituksia, sillä se, mitä jokin henkilö pitää oleellisenä tahtonsa muodostumiselle, ei voine olla säännöin määrättävissä.

Ilmaisuierehdyksestä esitettyjä mielipiteitä tarkastellessaan saa sen vaikutelman, että termiä on käytetty osoittamaan milloin syytä milloin seurausta. Nimitystä on näet käytetty joskus siitä seikasta, joka aiheuttaa tahdon ja ilmaisun vastaamattomuuden, joskus taas itse tästä vir-

²⁷ Ks. esim. af Hällström, Villfarelse s. 6 s., Rautiala s. 128 ja 131, Telaranta esim. s. 4, Wrede s. 94 sekä Ylöstalo s. 146. Ks. myös Larenz, Schuldrecht s. 178 ja Rappold s. 28.

²⁸ Tätä, eikä tahdon »jakamista» kahteen eri kategoriaan (tahtoon ja todelliseen tahtoon) lienee af Hällström tarkoittanut lausuessaan, että adressaatti saa ilmaisun perusteella käsityksen »om den förklarandes vilja, vilken uppfattning icke överensstämmer med den verkliga viljan.» Ks. af Hällström, Villfarelse s. 10. Vrt. Telaranta s. 158 s.

²⁹ Ks. Rappold s. 26 (»Habe ich keine Vorstellung von einem Ding, so kann ich mich darüber auch nicht irren; aber insofern das Nichtvorstellen der Grund eines Falschvorstellens ist, kann dieser Grund dem Irrtum gleichgesetzt werden.»)

³⁰ Voitaisiin tietysti ajatella, että toinen henkilö ymmärtää passiivisuuden (johon mielikuvan puute »negatiivisena» tekijänä vaikuttaa) tahdonilmaisuksi. Tekstissä on kuitenkin kysymys tilanteista, joissa suhtautuja todella haluaa saada tahtonsa ilmaistuksi.

heellisestä ilmaisusta. Niinpä puhutaan »erheelliseen sanontaan perustuvasta erehdyksestä»³¹ ja »ilmaisuvälineen aiheuttamasta erehdyksestä»³² sekä toisaalta taas tahdonilmaisun erehdyksen takia saamasta väärästä sisällöstä.³³ Puuttumatta kysymykseen mistä mainittu ero johtuu, on todettava, että nekin kirjoittajat, jotka käyttävät ilmaisuerehdys-nimitystä syntyneestä tuloksesta, ilmaisevat myös syyn samalla termillä.³⁴

Ilmaisuerehdystilanteet voidaan nähdäkseni ilmaisijan tahdon kannalta jakaa kahteen eri ryhmään: A. Ilmaisija on halunnut antaa ilmaisulle sen muodon, minkä se on saanut tai B. hän ei ole näin halunnut. Edellisessä tapauksessa ilmaisun muoto on vastannut antajansa ilmaisu-
tahtoa,³⁵ jälkimmäisessä se ei ole ollut tämän kanssa sopusoinnussa. Ensiksi mainitussa tapauksessa havaitaan tilanteen olevan analoginen motiivierehdyksen kanssa. Virhe on tässäkin tapahtunut tahdonsuuntauksessa, mutta nyt vasta siinä vaiheessa, jossa ilmaisu-
tahto muodostettiin. Kysymyksessä on siis virheellinen mielikuva siitä merkityksestä, mikä ilmaisulla on siinä muodossa, jossa se ilmaisu-
tahdon mukaisesti annetaan. Antaja kuvittelee tietynlaisen ilmaisun kuvailevan korrektisti hänen tahtoaan ja suuntaa sen vuoksi ilmaisu-
tahtonsa tämän mielikuvan mukaisesti. Koska mielikuva on todellisuutta vastaamaton, epäonnistuu ilmaisu alkuunpanevan tahdon kuvaajana. Jälkimmäisessä tilanteessa, jossa siis ilmaisu ja ilmaisu-
tahto poikkesivat toisistaan, ei taas ilmaisu-
tahdon muodostamisessa ole tapahtunut virhettä (tietysti siinä voi tässäkin tapauksessa olla virhe), vaan virhe on tapahtunut ilmaisu-
tahdon mekaanisessa siirtämisessä ilmaisuksi. Tietysti nytkin voidaan puhua virheellisestä mielikuvasta, voidaan sanoa henkilön (ks. esim. ed. alav. 23) luulleen sanovansa fob, kun hän tosiasia-
sa sanoikin cif, ja että hänellä näin ollen on ollut väärä mielikuva siitä, mitä hän ilmaisussaan lausui. Tässä ei mielikuvalla kuitenkaan ole merkitystä edes ilmaisu-
tahdon kannalta; ilmaisun epäonnistuminen ei johtunut virheelli-

³¹ Rautiala s. 131.

³² Kivimäki—Ylöstalo s. 320.

³³ Wrede s. 93 s.

³⁴ Myös OikTL 32 §:n 1 mom. edellyttää selvästi, että »erhekirjoitus tai muu erehdys» aiheuttaa ilmaisun virheellisyyden. Lainkohdan 2 mom. osoittaa lisäksi, että ilmaisun ja tahdon vastaamattomuus voi johtua sellaisistakin seikoista, joita lainsäätäjä ei ole katsonut voitavan kattaa sanalla erehdys tai erhekirjoitus.

³⁵ Termiä »ilmaisu-
tahto» on tässä käytetty välittömästi ilmaisuun ja sen muodostamiseen kohdistuvasta psyykisestä jännitystilasta erotukseksi siitä tahdosta, joka ilmaisulla piti saattaa toisen tietoon ja jota tekstissä kutsutaan »alkuunpanevaksi» tahdoksi.

sestä mielikuvasta, vaan välittömästi ao. henkilön huolimattomuudesta tai huomaamattomuudesta.^{36 37}

Edellä olevan perusteella voitaisiin motiivi- ja ilmaisuerehdystilanteet tämän esityksen kannalta ryhmitellä seuraavasti:

Motiivierehdys: alkuunpaneva tahto — ilmaisutahto — ilmaisu ovat kaikki sopusoinnussa keskenään; ilmaisutahto vastaa alkuunpanevaa tahtoa ja on korrektisti siirretty ilmaisuksi. Virhe on tapahtunut alkuunpanevan tahdon muodostamisvaiheessa ja erehdys siis on = väärä mielikuva alkuperäisen tahdon muodostumiselle oleellisesta seikasta.

Ilmaisuerehdys: Tapaus A.: alkuunpaneva tahto — ilmaisutahto — ilmaisu, joista ilmaisutahto ja ilmaisu ovat sopusoinnussa keskenään; ilmaisutahto ei vastaa alkuperäistä tahtoa, mutta on korrektisti siirretty ilmaisuksi, joten ilmaisukaan ei vastaa alkuunpanevaa tahtoa. Virhe on tapahtunut ilmaisutahtoa muodostettaessa, ja erehdys on tässäkin väärä mielikuva, mutta nyt ilmaisun muodon yleisesti hyväksytystä merkityksestä. — Tapaus B.: alkuunpaneva tahto — ilmaisutahto — ilmaisu, joista alkuunpaneva tahto ja ilmaisutahto ovat sopusoinnussa, kun sen sijaan ilmaisu ei vastaa kumpaakaan. Kysymyksessä ei ole todellisuutta vastaamaton mielikuva sen paremmin mistään alkuunpanevaan tahtoon vaikuttavasta seikasta kuin ilmaisun merkityksestäkään, vaan erehdys on tässä ilmaisutahdon ilmaisuksi siirtämisessä tapahtunut huolimattomuudesta tai huomaamattomuudesta johtunut (mutta tahdosta riippumaton) virhe.³⁸

Koska henkilöiltä, jolla on todellisuutta vastaamaton käsitys jostakin seikasta, samalla välttämättömästi puuttuu oikea mielikuva siitä, on meikäläisessäkin kirjallisuudessa rinnastettu erehdykseen myös tilanne, jossa henkilöltä puuttuu oikea mielikuva sen vuoksi, ettei hänellä ole mitään mielikuvaa.³⁹

³⁶ Kokonaan eri asia on sitten, että henkilö saattaa jatkotoiminnassaan omak-sua huomaamattomuuteen perustuvan todellisuutta vastaamattoman mielikuvan siitä, mitä hän on ilmaissut, ja että tällainen ilmaisuun »pujautanut» virhe voi olla *syynä* myöhempään tahdonmuodostukseen.

³⁷ Tähän tapaan myös *Telaranta* s. 211 s.

³⁸ Ks. *Telaranta* s. 221.

³⁹ Näin af *Hällström*, joka tosin erottaa toisistaan erehdyksen (villfarelse, error) ja tietämättömyyden (okunnighet, ignorantia), mutta katsoo, ettei erotuksella voi olla oikeudellista merkitystä, koska myös »en falsk föreställning förutsätter... avsaknad av en riktig». Ks. *Villfarelse* s. 5 sekä *Julian Serlachius* s. 67. — Kumpikaan mainituista tutkijoista ei aseta ajallisia rajoituksia mielikuvan kohteelle.

Perusteellisimman erehdykseen kohdistuvan käsitteellisen tutkimuksen lienee meillä suorittanut *Telaranta* usein viitatussa monografiassaan. Hän ottaa lähtökohdakseen toteamuksen, että lakiin sisältyvät sanamerkit on pääsääntöisesti ymmärrettävä niiden yleiskielen mukaisessa merkityksessä.⁴⁰ Tällöin hän, Nykysuomen Sanakirjaa hyväkseen käyttäen, ensiksi tulee tulokseen, että erehdys-sanaa voidaan nykykielessä käyttää sekä silloin, kun huomion kohteena on »väärä havainto tai käsitys, harhaluulo», että silloin, kun sillä tarkoitetaan »epähuomiota, huomaamattomuutta».⁴¹ Havainto, jolla ymmärretään tehtyä huomiota, voi olla väärä joko sen vuoksi, että seikka, joka on ollut huomion kohteena,⁴² on aistittu väärin tahi siksi, että aistimuksen (tai sen tuloksen) mieleenpalauttamisprosessissa on tapahtunut virhe.⁴³ Käsitys taas on havainnon, kokemuksen tai ajattelun perusteella omaksuttu mielikuva, joten väärä käsitys on sama kuin virheellinen mielikuva. Mielikuvan todellisuutta vastaamattomuus voi puolestaan sen ja käsityksen samanmerkityksisyydestä johtuen perustua joko havainnon virheellisyyteen (siis väärin tehtyyn havaintoon, havainnon väärin tulkitsemiseen taikka sen virheelliseen reprodusointiin) tai virheelliseen tahi liian suppeaan kokemukseen taikka lopuksi virheelliseen havaintoon tai kokemukseen tahi näiden väärin suoritettuun yhdistelemiseen pohjautuvaan ajatusprosessiin.⁴⁴

Todettuaan vielä, että »harhaluulolla» on ymmärrettävä virheellistä luuloa, tulee *Telaranta*, koska kaikille tarkasteltavina oleville sanoille on yhteistä, että ne kuvaavat väärää mielikuvaa ja eroavat vain tämän syntymistapaan nähden, tulokseen, että erehdys-sanan olennaisena tunnusmerkkinä on tähän ryhmään kuuluvissa tapauksissa todellisuutta vastaamaton mielikuva.⁴⁵

⁴⁰ *Telaranta* s. 168. Ks. myös *Larenz* s. 241 s.

⁴¹ *Telaranta* s. 191.

⁴² Jotta voitaisiin puhua havainnon »virheellisyydestä» sen kohteena olevaan seikkaan tai ilmiöön verrattuna, on havainnon ja fyysisen objektin periaatteellinen riippumattomuus toisistaan tunnustettava ja hylättävä fenomenalistinen näkemys. Fenomenalistille, joka katsoo, etteivät fyysiset objektit voi olla olemassa ilman havaintoa, ei mikään havainto edellä esitetyssä mielessä voine olla »virheellinen». Ks. esim. *Armstrong* s. 53 ss.

⁴³ *Telaranta* s. 191 s. — On luonnollisesti usein makuasia, katsotaanko kysymyksessä olevan väärä havainto vaiko sinänsä korrektista havainnosta virheellisellä tulkinnalla muodostettu todellisuutta vastaamaton kuva. Ks. mt. s. 202 alav. 12 ja esimerkki s. 201 s.

⁴⁴ *Telaranta* s. 193 s.

⁴⁵ Mt. s. 194.

Suoritettuaan vielä ⁴⁶ saavuttamiensa tulosten tarkastelun erehtyäteonsanan yleiskielellisiä merkitysvivahteita lähtökohtanaan pitäen lausuu Telaranta yhteenvedollisesti, että »niissä tapauksissa, jotka tämän tutkimuksen ⁴⁷ kannalta voivat tulla kysymykseen,» puheena oleva sana voidaan ymmärtää joko virheellisen, todellista asiain tilaa vastaamattoman mielikuvan taikka epähuomion, huomaamattomuuden merkityksessä. Tulos ei siis juuri poikkea edellä eri yhteyksissä esitetyistä käsityksistä. Telaranta on kuitenkin katsonut voivansa tämän perusteella suorittaa verraten tarkan rajanvedon erehdyksen ja sen lähi-ilmiöiden välillä ja erottaa erehdyskäsitteen piiristä eräitä sellaisia tilanteita, joiden kuulumisesta ko. sanan merkitysvivahteisiin ilman rajankäyntiä voitaisiin olla epävarmoja.

Todellisuutta vastaamattomasta mielikuvasta (siis erehdyksestä) voidaan Telarannan mukaan puhua vain silloin, kun ao. henkilö on tietämätön mielikuvansa todellisuutta vastaamattomuudesta. Tämän vuoksi henkilö ei ole erehtynyt, mikäli hän on selvillä siitä, ettei hän tiedä, miten jokin asia on (tähän rinnastettuna tilanne, jossa hän on epävarma asian todellisesta tilasta).⁴⁸ Edelleen katsoo Telaranta juuri esitetystä johtuvan, ettei erehdyksestä jonkin seikan suhteen voida puhua, mikäli tämä seikka ei lainkaan ole ollut huomion kohteena, ellei siis ao. henkilöllä ole ollut mitään mielikuvaa siitä. Telaranta asettaa rajoituksen myös mielikuvan kohteelle. Erehdyksestä voi nimittäin olla kysymys vain silloin, kun henkilöllä on tahdonilmaisua annettaessa ollut virheellinen mielikuva huomion kohteena olleesta menneisyyteen, nykyisyyteen tai laskettavissa olevaan tulevaisuuteen liittyvästä seikasta. Näin ollen voidaan todeta Telarannan ymmärtävän erehdys-sanalla, paitsi epähuomiota, huomaamattomuutta, varmaa virheellistä mielikuvaa jostakin menneisyyteen, nykyisyyteen tai laskettavissa ⁴⁹ olevaan tulevaisuuteen

⁴⁶ Mt. s. 194 ss.

⁴⁷ Siis merkitysvivahteet, joita saatetaan käyttää tiedottamistoimen yhteydessä, mt. s. 195.

⁴⁸ Tästä huolimatta *Telaranta* katsoo virheellisen arvioinnin voivan perustua todellisuutta vastaamattomaan mielikuvaan, mt. s. 197.

⁴⁹ Mitä laskettavissa olevalla tulevaisuudella tarkasti ottaen olisi ymmärrettävä, ei täysin selvästi käy ilmi esityksestä. Kun *Telaranta* kuitenkin tuntuu vaativan, että »tunnetaan ne tekijät, jotka voivat vaikuttaa asiain vastaiseen kehitykseen», lienee tämä ymmärrettävä vaatimukseksi kaikkien niiden tekijöiden sekä niiden vaikutusten tuntemisesta, jotka (yleensä) voivat kehitykseen vaikuttaa. Muussa tapauksessa tuskin olisi syytä puhua mistään »laskettavissa» olevasta tulevaisuudesta. Ks. mt. s. 223.

kohdistuvasta seikasta. Kaikkia Telarannan tekemiä rajoituksia ei tässä tutkimuksessa tulla hyväksymään.⁵⁰

Jos lähdettäessä selvittämään tietyn laissa esiintyvän sanan tai sanonnan merkitystä hyväksytään edellä viitattu toteamus, että lainsäädännössä käytetyt käsitteet on yleensä, ellei niitä erikseen ole laissa määritelty, ymmärrettävä siinä merkityksessä, joka niille yleisessä kielenkäytössä on annettu, on tämä tehtävä tietuin varauksin. Laissa nimittäin esiintyy joukko juridisteknisiä käsitteenimityksiä, joilla joko ei lainkaan ole yleiskielessä vastinetta tai joiden yleiskielellinen sisältö on tyystin toinen kuin se, mitä niillä laissa käytettyinä on ymmärrettävä.⁵¹ Tällaisten laissa määrittelemättömien sanojen merkitys on selvitettävissä yleensä vain niiden oikeusvaikutusten kokonaisuutena, jotka laki käsitteenimityksellä on halunnut kattaa.

Tapaukset, joissa lakiteksti käyttää vakiintuneen yleiskielellisen merkityksen omaavaa sanaa tästä merkityksestä poikkeavalla tavalla, ovat kuitenkin harvinaisia, ja yleensä, kun laissa tapaa käsitteenimityksen, jolle on yleisessä kielenkäytössä annettu tietty merkitys, voidaan lähteä siitä, ettei laki ole halunnut antaa sille tästä poikkeavaa sisältöä.⁵² Mutta vaikka tämä myönnetäänkin, on kuitenkin tehtävä toinen varaus. Useimpien sanojen yleiskielellinen merkitys on varsin häilyvä, ja samaa sanaa voidaan kielen sanaköyhyydestä johtuen käyttää ilmaisemaan useita täysin eri asioita.⁵³ Näin ollen on aina otettava huomioon se mahdolli-

⁵⁰ Ks. jälj. s. 29 ss.

⁵¹ Ei tarvitse ajatella kuin esim. sanaa »asianomistaja», jonka sisältöä yleis-kielen sanojen asia ja omistaja pohjalta on varsin vaikeata selvittää taikka käsitettä »kiinnitys», jonka selvittäminen yleiskielen avulla, jossa samalla sanalla on oma, sen juridisesta merkityksestä täysin poikkeava sisältö, olisi vielä toivottomampaa.

⁵² Ks. *Larenz* s. 171: »Es ist ein Grundirrtum des Positivismus und insbesondere des juristischen Nominalismus zu meinen, der Gesetzgeber sei in der Wahl seiner Begriffe völlig frei. Das trifft höchstens für rein technisch-juristische Begriffe wie Leistung, Einwilligung, Genehmigung, Verfügung, Anfechtung, Wandelung, zu Abgesehen davon, dass ein Gesetz schon auf Gründen der Verständlichkeit sich nicht allzuweit von dem allgemeinen Sprachgebrauch entfernen darf...» — Ks. myös *Alanen* s. 85 (»Laintulkinnassa on yleensä lähdettävä siitä, että lainsäätaja on antanut laissa olevalle sanalle saman käsittemerkityksen kuin sillä on yleisessä kielenkäytössä») ja *Oikeuslähde* s. 47 (»Laintulkinnassa on tietenkin lähdettävä siitä, että lainsäätaja on antanut sanalle saman käsittemerkityksen kuin mikä sillä on yleisessä kielenkäytössä»). *Alanen* korostaa kuitenkin samalla, että sanan yleiskielellisellä merkityksellä on vain — joskin huomattava — indisiomerkitys selvitettäessä sen juridista sisältöä.

⁵³ Ks. myös *Alanen* s. 107.

suus, että pelkkä yleiskielellisen merkityksen selvittäminen ei vielä anna vastausta kysymykseen, mitä laki käsitenumityksellä on halunnut ilmaista. Tällöin täytyy huomio kiinnittää siihen yhteyteen, jossa sanaa on käytetty; laki on voinut liittää käsitteeseen tiettyjä seurauksia, tai se on voinut, kuten esim. juuri RL 36 luvun 1 §:ssä on laita, ilmaista, miten nimityksellä katettu tilanne tai ilmiö on ajateltu syntyvän jne. Myös mikäli lainkohdan tarkoitus on löydettävissä ennen tulkittavan sanan merkityksen tarkkaa tuntemista, saattaa tästä löytää ilmaisun yleiskielellisiä merkitysvaihteita täsmentävän kriteerin. — Jos kuitenkin kysymyksessä selvästi on sana, jolla ei ole pyritty vain ilmaisemaan jotakin juridisteknistä käsitettä, on yleiskielen eri merkitysvaihteilla myös rajoittava merkityksensä. Käytetyn ilmaisun yleisen kielenkäytön muutokset merkitykset muodostavat nimittäin tällöin yleensä sen piirin, jonka ulkopuolelle ko. sanan tulkinnassa ei tarvitse eikä edes voi mennä.⁵⁴

Mikään ei viittaa siihen, että sanalla erehdys (»villfarelse») olisi rikoslain 36 luvun 1 §:ssä haluttu ilmaista jotakin lakiteknistä sanan yleiskielellisestä merkityksestä poikkeavaa käsitettä. Rikoslain valmistelutyöt päinvastoin antavat tukea käsitykselle, että joskin erehdys-sanalla katsottiin ilmeisesti olevan jokseenkin tarkkarajainen ja vakiintunut sisältö, sillä kuitenkin haluttiin ilmaista juuri se tilanne, jonka kuvaamiseksi po. sanaa yleiskielessä käytetään.⁵⁵ Näin ollen saattaisi näyttää siltä, kuin *Telarannan* edellä selostetun kielellisen analyysin tuloksia voitaisiin myös tässä tutkimuksessa käyttää suuressa määrässä hyväksi. Ilman muuta tämä ei kuitenkaan käy päinsä. Varaus ei johdu vain siitä, että hänen suorittamansa erittely on toimitettu oikeustoimiopin kysymyksiä silmälläpitäen, vaan myös siitä, että jos kerran halutaan lainkohdan tulkitsemiseksi selvittää jonkin siinä esiintyvän käsitteen yleiskielellinen merkitys, on, jotta kielen kehittymisen mahdollisesti

⁵⁴ Ks. *Larenz* s. 243: »...der mögliche Wortsinn, d.h. die Gesamtheit derjenigen Bedeutungen, die nach dem allgemeinen Sprachgebrauch noch mit einem Ausdruck verbunden werden können, (bezeichnet) doch die Grenze der Auslegung». Ks. myös *Roeder*, jonka mukaan lainkäytön tulee ottaa huomioon »Sprachgebrauch des Lebens», s. 71.

⁵⁵ Kun petossäännös v:n 1885 valtiopäiville annetussa Armollisessa Esityksessä — yhdenmukaisena vuoden 1884 ehdotuksen kanssa — kuului: »Hvar.. besviker annan genom..», halusi rikoslakivaliokunta poistaa sanan »besvika», koska »ordet »besviker» är alltför sväfvande och obestämt för att uttrycka, hvad dermed afses, nemligen att gerningsmannen... framkallar eller underhåller villfarelse hos annan...»; ks. *Strafflagsutskottets betänkande* s. 85.

aiheuttamien muutosten mukanaan tuomat epätarkkuudet tulisivat eliminoiduiksi, lähtökohdaksi otettava ko. sanan yleiskielellinen merkitys asianomaisen lainkohdan säätämisen aikoihin. Näin ollen ja koska rikoslakimme alkuperäiskielenä niiltä osilta kuin se vielä on säilynyt muuttumattomana, on ruotsi, on tarkasteltavaksi otettava ne merkitykset, joita sanalla »villfarelse» viime vuosisadan loppupuolella oli yleisessä kielenkäytössä.

»Villfarelse»-sanaa on käytetty seuraavissa merkityksissä: 1) »falsk föreställning», »oriktig uppfattning» ja 2) »förseelse», »felsteg». ⁵⁶ Ennenkuin käydään tarkastelemaan, mitä näistä merkityksistä po. sanalla on RL 36 luvun 1 §:ssä tahdottu ilmaista, on syytä jo tässä vaiheessa selvittää, onko mahdollista juuri esitettyjen merkitysten perusteella määritellä kanta niihin erimielisyyksiin nähden, joita erehdys-sanan sisällöstä edellä on havaittu olevan. Samalla tulevat tarkasteltaviksi ne rajoitukset, jotka *Telaranta* on sanan yleiskielellisestä merkityksestä katsonut voivansa johtaa.

Ensiksikin kiinnittää huomiota se, ettei erehdys-sanalle (ainakaan nimenomaisesti) ole annettu mielikuvan puuttumisen, tietämättömyyden (okunnighet) merkitystä. — On sanottu, että jos henkilöllä on todellisuutta vastaamaton mielikuva jostakin seikasta, ei hänellä voi olla samasta seikasta oikeata mielikuvaa. Tuntuu kuitenkin varsin kyseenalaiselta, voitaisiinko pelkästään tästä toteamuksesta tehdä sellainen johtopäätös, että mielikuvan puuttuminen olisi sellaisenaan rinnastettavissa virheelliseen mielikuvaan. ⁵⁷ Virheellinen mielikuva on käsitteellisesti itse asiassa lähempänä oikeata käsitystä kuin tietämättömyyttä. Molemmissa ensiksi mainituissa tapauksissahan henkilöllä on mielikuva; nämä eroavat toisistaan vain sisältönsä suhteen. Sama seikka on molemmissa tapauksissa ollut henkilön huomion kohteena. Mielikuva on jotakin todellista, jotakin joka on. Onko se oikea vaiko virheellinen, on ainoastaan sen sisältöön kohdistuva arvostelma. Sen sijaan tietämättömyyden tapauksessa henkilöllä ei ole ollut mitään mielikuvaa, eikä mikään virheellisyyden arvioiminen voi myöskään tulla kysymykseen.

Näin ollen katsonkin, koska muitakaan erehdys-sanan yleiskielellisestä merkityksestä johdettavissa olevia vasta-argumentteja ei tunnu olevan löydettävissä eikä mistään ole pääteltävissä, että erehdys-sanaa

⁵⁶ Sundén s. 624; ks. myös Dalin s. 684 ja nykyruotsin osalta Palmér s. 770.

⁵⁷ Vrt. ed. alav. 39.

olisi RL 36:1:ssä käytetty sen yleiskielellistä sisältöä laajemmassa merkityksessä, että puhdas tietämättömyys, mielikuvan puute ei saata toteuttaa petosrikoksen erehdys-tunnusmerkkiä.^{58 59} On kuitenkin pidettävä mielessä, kuten edellä jo on todettu kirjallisuudessaakin korostetun, että mielikuvan puuttuminen jostakin seikasta voi aiheuttaa johonkin muuhun seikkaan kohdistuvan virheellisen mielikuvan.⁶⁰

Olisiko mielikuvalta sitten vaadittava jotakin tiettyä varmuusastetta tai intensiteettiä, ennen kuin voitaisiin puhua erehdyksestä? Mitä ensinnäkin tulee intensiteetin vaatimukseen, ei voitane sanoa sen enempää, kuin että mielikuvan olemassaolon ja sen puuttumisen välillä tuskin on mitään raja-alueita, ja että jos henkilöllä voidaan todella sanoa olevan mielikuva jostakin seikasta, ei tämän mielikuvan voimakkuusasteella voi olla merkitystä arvosteltaessa sen kuulumista erehdys-käsitteen piiriin.⁶¹ — Kysymys on hyvin läheisessä yhteydessä juuri mainitun toisen mahdollisen rajoituksen kanssa.

Edellä todettiin *Telarannan* katsovan, ettei erehdyksestä virheellisen mielikuvan merkityksessä voi olla kysymys, milloin henkilö on selvillä siitä, ettei hän tiedä asian todellista laitaa tai mikäli hän on epävarma siitä. Lähtökohtana mainitulla tutkijalla on toteamus, että kysymyksen ollessa erehdys-sanasta juuri mainitussa merkityksessä, on edellytettävä asianomaisen henkilön olevan tietämätön siitä, että se mielikuva, joka

⁵⁸ Tätä käsitystä voidaan pitää vallitsevana petosrikosta käsittelevässä kirjallisuudessa; ks. esim. *Honkasalo* E I s. 164 ja *Forsman*, *Särskilda* s. 372 sekä *Estlander* s. 29 s. ja *Serlachius* II s. 259, jotka tosin tuntuvat katsovan, että mielikuvan puute, tietämättömyys yleensä aina samalla merkitsee johonkin muuhun seikkaan kohdistuvaa virheellistä mielikuvaa (näin myös *Andenaes* *Formuesforbrytelsene* s. 45); ks. myös *Voipio* s. 168 s. — Saksan oikeuden osalta ks. ed. alav. 1 ja 2 viitattu kirjallisuus; ks. erit. *Allfeld* s. 427 alav. 14 (»Das blosse Nichtwissen steht dem Irrtum nicht gleich«), *Hegler* s. 423 alav. 2 (»Hat der Betroffene sich überhaupt kein Bild in der fraglichen Richtung gemacht, so liegt kein Irrtum i.S. § 263 vor«), sekä *Kohlrausch—Lange* s. 577 (»Wer sich überhaupt keine Gedanken macht »irrt« nicht«). — Itävallan oikeuden osalta, jonka petossäännöksessä mainitaan sekä »Irrtum» että »Nichtwissen«, ks. *Hegler* s. 493 ja *Stooss* s. 379.

⁵⁹ Korostettakoon kuitenkin, että kannanotto perustuu puhtaasti erehdys-sanan kielelliseen merkitykseen. Sen kannalta mitä RL 36:1 vaatii tekijän ja erehdyksen väliseltä suhteelta, ei tämä tulkinta olisi välttämätön, sillä vaikka tietämättömyys ei kenties olisikaan »aikaan saatavissa«, olisi sen »vireillä pitäminen» sen sijaan hyvinkin mahdollista.

⁶⁰ Ks. ed. alav. 58; ks. lisäksi esim. *Bader* s. 49, v. *Hippel* s. 257 ja 258 alav. 1, *Maurach* s. 242 ja *Schönke—Schröder* s. 1081.

⁶¹ Ks. myös esim. *Maurach* s. 242 ja *Schönke—Schröder* s. 1081.

hänellä jostakin seikasta on, on todellisuutta vastaamaton.⁶² Oivallus on luonnollisesti sikäli oikea, että milloin henkilö-todella tietää (eikä pelkästään ota mahdollisuutena huomioon) mielikuvansa olevan todellisuutta vastaamaton, ei voida puhua erehdyksestä. Mutta tällöinhän ei enää olekaan kysymys »virheellisestä mielikuvasta» muuten kuin menneen ajan ilmiönä. Kun henkilö on päässyt varmuuteen mielikuvansa virheellisyydestä ei hänellä enää ole kysymyksessä olevasta seikasta todellisuutta vastaamatonta käsitystä, vaan joko oikea tai sitten ei mielikuvaa laisinkaan. Sen sijaan on kyseenalaista, voidaanko lähtökohtatoteamuksesta tehdä sellaista johtopäätöstä, että henkilö, joka on selvillä siitä, ettei hän tiedä, miten jokin asia todellisuudessa on, ei saata olla tuon seikan suhteen erehtynyt. Mikäli tilanne nimittäin on sanotun kaltainen, lienee vain kaksi vaihtoehtoa ajateltavissa. A. Henkilö ei tiedä kysymyksessä olevaa asiaa, eikä hän, johtuipa se sitten mielenkiinnon puutteesta tai oman kykenemättömyytensä tunnustamisesta, muodosta itselleen siitä mielikuvaa. Tällöin hänellä siis — omaan tietämättömyyteensä välittömästi kohdistuvan lisäksi — ei ole kysymyksessä olevasta seikasta mitään mielikuvaa, ja tilanne jää kokonaan lähtökohtatoteamuksen ulkopuolelle.⁶³ Mikään mielikuvan varmuusasteen arvosteleminen ei tällöin myöskään tule kysymykseen, ja se, että tilanteessa ei voida puhua erehdyksestä, johtuu välittömästi siitä, että posanalla ei tarkoiteta mielikuvan puuttumistilanteita. B. Tilanne on se, että henkilö tietämättömyytensä oivaltamisesta huolimatta muodostaa huomionsa kohteena olevasta seikasta mielikuvan. Hän esim. on selvillä siitä, ettei asiaa tuntemattomana voi tietää hänelle myytäväksi tarjotun esineen arvoa. Tästä huolimatta hän epäilemättä voi muodostaa itselleen mielikuvan siitä täysin tietoisena mielikuvansa mahdollisesta virheellisyydestä.⁶⁴ Tapaus on rinnastettavissa siihen, jossa henkilö on »epävarma» mielikuvansa yhtäpitävyydestä todellisuuden kanssa. Molemissa tapauksissa hänellä siis on jokin mielikuva kysymyksessä olevasta seikasta. Lähtökohtatoteamuksessa edellytettiin, että asianomainen on tietämätön siitä, että se mielikuva, joka hänellä on, ei vastaa todellisuutta. Jos nyt henkilö kerran on omaksunut mielikuvan jostakin seikasta — jos kohta tietoisena sen virheellisyyden mahdollisuudesta —

⁶² *Telaranta* s. 221.

⁶³ Vain sen perusteella, että henkilöllä on mielikuva omasta tietämättömyydestään, ei voida sanoa, että hänellä olisi myös kysymyksessä olevaan seikkaan kohdistuva mielikuva.

⁶⁴ Ks. myös *Schönke—Schröder* s. 1081.

niin ei kai ainakaan voitane sanoa, että hän olisi »tietoinen» mielikuvansa todellisuutta vastaamattomuudesta. Ja kun asia on näin, ei voitane tulla muuhun tulokseen, kuin että asianomainen henkilö on »tietämätön» mielikuvansa virheellisyydestä, jolloin kysymyksessä on lähtökohtatoteamuksen mukainen tilanne ja henkilö siis on erehtynyt. Täytynee nimittäin edellyttää, että sanaa »tietämätön» on käytetty »tietoinen»-sanana vastakohtana siinä mielessä, että henkilö voi olla vain joko tietoinen tai tietämätön jostakin seikasta. Voitaisiin tietysti ajatella mahdolliseksi, että henkilö vain »luulee» mielikuvaansa virheelliseksi ja ettei hänen kenties silloin voitaisi sanoa olevan tietämätön tästä todellisuutta vastaamattomuudesta, jos kohta hän ei olisi siitä tietoinenkaan, sekä että tässä olisi sellainen virheellisen mielikuvan tapaus, jota ei voitaisi lukea erehdys-käsitteen piiriin. Ajatuksenjuoksu on kuitenkin mahdoton, sillä jos »luuleminen» saavuttaa sellaisen intensiteetin, että todella voidaan kieltää henkilön tietämättömyys mielikuvan virheellisyydestä eikä vain tämän virheellisyyden mahdollisuudesta, ei henkilöllä (enää) voitane katsoa tätä mielikuvaa sellaisenaan olevankaan.

Jotta Telarannan tekemät rajoitukset voitaisiin hyväksyä, pitäisi nähdäkseni lähtökohtaisesti edellyttää voitavan puhua virheellisestä mielikuvasta vain silloin, kun ao. henkilö on tietämätön myös mielikuvansa virheellisyyden mahdollisuudesta. Tämä johtaisi kuitenkin siihen, että erehdyksestä voisi olla kysymys vain silloin, kun henkilö on täysin vakuuttunut omaksumansa mielikuvan virheettömyydestä, mikä taas lienee mahdotonta. Jos joku henkilö esim. ostaisi taulun, jota myyjä väittää Rubensin maalaamaksi, ei hän voisi vedota erehdykseensä taulun sittemmin osoittautuessa jäljennökseksi, mikäli kävisi selville, ettei hän ollut täysin varma taulun alkuperästä. Myyjä puolestaan suojautuisi mahdollista petossyytettä vastaan saamalla ostajalle tavalla tai toisella ilmaistuksi senkin mahdollisuuden, että taulu saattaisikin olla jäljennös.

Tulenkin omalta osaltani siihen tulokseen, ettei erehdys-sanana yleiskielellisestä merkityksestä ole saatavissa tukea käsitykselle, jonka mukaan väärältä mielikuvalta, ollakseen erehdys, olisi vaadittava jotakin erityistä intensiivisyyttä taikka varmuutta.

Sen sijaan voitaisiin ajatella, että mielikuvan kohteena olevalle seikalle olisi asetettava joitakin laadullisia tai ajallisia vaatimuksia. — Asian luonteesta tietysti johtuu, että kysymykseen voivat tulla vain sellaiset seikat, jotka yleensä luonteensa puolesta sopivat mielikuvan kohteeksi. Muuta ei mielikuvan kohteelta esim. syyksiluettavuusopissa

vaaditakaan.⁶⁵ Sen sijaan petosrikoksen edellyttämällä erehdyksellä tunnutaan varsin yleisesti ymmärrettävän vain joihinkin laatu- tai aikakategorioihin kuuluviin seikkoihin kohdistuvia virheellisiä mielikuvia.⁶⁶

Olisiko mielikuvan kohteena olevalta seicalta esim. edellytettävä, että se olisi sellainen, joka tekee mielikuvan oikeellisuuden toteamisen mahdolliseksi? Tällaista vaatimusta ei käsitteellisesti voitane asettaa. Mielikuvan virheellisyys ja todellisuuden kanssa yhtäpitävyys ovat nimittäin ominaisuuksia, jotka ovat olemassa täysin niiden toteamismahdollisuuksista riippumatta. Virheellinen mielikuva on virheellinen, voitiinpa tämä sen laatu todeta tahi ei. Mielikuva, jonka oikeellisuutta ei voida todeta, on sen vuoksi, aivan samoin kuin mikä muu mielikuva hyvänsä, joko todellisuutta vastaamaton tai oikea; edellisessä tapauksessa on kysymyksessä erehdys, jälkimmäisessä ei. Pelkästään sen vuoksi, että laki liittyy erehdys-käsitteeseen tiettyjä oikeusvaikutuksia tai edellyttää sen voivan vaikuttaa asioiden kehitykseen, ei myöskään liene oikeutettua väittää, että laki erehdyksellä tarkoittaisi vain tiettyihin seikkoihin kohdistuvia mielikuvia. Mielikuvan virheellisyyden toteaminen yksityistapauksessa on vain edellytyksenä asianomaisen säännöksen soveltamiselle. Se, minkälaisella varmuudella mielikuvan todellisuutta vastaa-mattomuus on todettava, on taas asianomaisen oikeusjärjestyksen todistus-oikeuteen liittyvä kysymys. Meidän oikeutemme kannalta olisi kai vaadittava, että mielikuvan virheellisyys on todettavissa todennäköisyydellä, joka riittää tekemään järkevän ja tunnontarkan ihmisen siitä vakuuttuneeksi.⁶⁷ — Vain jos olisi löydettävissä sellainen asiaryhmä, johon kohdistuvien mielikuvien oikeellisuus ei missään tapauksessa vaadittavalla varmuudella olisi todettavissa, voitaisiin sanoa, ettei lainkohdassa ole voitu erehdys-sanalla tarkoittaa niihin kohdistuvia mielikuvia.

Mitä sitten siihen ajankohtaan tulee, jossa seikka esiintyy, ei menneisyyden ja nykyisyyden seikkoihin kohdistuvien mielikuvien kelpuuttamisessa erehdyskäsitteen piiriin ole, kuten edelläkin on todettu, epäroity. Kun eräät tutkijat katsovat tulevaisuuteen kohdistuvien mielikuvien jäävän erehdyksen ulkopuolelle, lienee tämä pääasiassa johtunut siitä, että he ovat edellyttäneet erehdyksen kohteena olevan »asianlaidan», joka heidän mielestään ei voi tarkoittaa muuta kuin tiettyjä menneisyy-

⁶⁵ Ks. ed. s. 19.

⁶⁶ Ks. ed. s. 15 ja alav. 2.

⁶⁷ Ks. esim. *Tirkkonen* s. 127 ja *Halila* s. 1 alav. 2.

den ja nykyisyyden seikkoja. Kysymykseen tämän päättelyn oikeutuksesta tulen myöhemmin palaamaan.

Kysymys tulevaisuuden seikan kelpaamisesta erehdyksen kohteeksi on kiinteässä yhteydessä edellä käsitellyn mielikuvan oikeellisuuden toteamista koskevan probleeman kanssa. Enemmittä perusteluita voidaan sanoa, että henkilöllä voi olla mielikuva tulevaisuuden seikasta. Edellä esitetyn mukaisesti ei siis ole käsitteellisesti mahdotonta, että tällainen seikka voisi olla erehdyksen kohteena. Kysymys voi korkeintaan olla siitä, ovatko tulevaisuuden seikat sellaisia, että erehdyskäsitteen äsken mainittu käytännöllisistä syistä johtuva rajoittaminen olisi mahdollista, ts. onko niihin kohdistuvien mielikuvien oikeellisuuden toteaminen vaadittavalla todennäköisyydellä mahdotonta.

Nythän on niin, että kun on kysymys tulevaisuuden seikasta, on usein vain ajan kysymys, milloin tämä seikka »muuttuu» ensin nykyisyyden ja sitten menneisyyden seikaksi. Kun tämä ajankohta on saavutettu, ei sen mielikuvan virheellisyyden toteaminen, joka kohdistuu silloiseen tulevaisuuden, mutta nyt nykyisyydessä tai menneisyydessä esiintyvään seikkaan, voi erota alunperinkin viimeksi mainitun kaltaisiin seikkoihin kohdistuvien mielikuvien oikeellisuuden toteamisesta. Jos henkilö huhtikuun 25. päivänä luulee, että 27. päivänä tulee satamaan vettä, on hänellä mielikuva tulevaisuuden seikasta, jonka mielikuvan oikeellisuus selviää huhtikuun 27. päivän kuluessa. Jos A lupaa maksaa velkansa B:lle toukokuun 30. päivänä ja B uskoo tähän lupaukseen, on B:llä mielikuva (paitsi A:n maksuaikomuksesta) myös tulevaisuuden seikasta, jonka mielikuvan oikeellisuus on todettavissa viimeistään mainitun vuorokauden loppuun mennessä.⁶⁸ Ei näin ollen tunnu siltä, kuin tulevaisuuteen kohdistuvan mielikuvan toteaminen virheelliseksi olisi aina vaikeammin tehtävissä, kuin mitä asianlaita muihin mielikuviin nähden on. Tilanne saattaa kuitenkin olla sellainen, että on voitava todeta erehdyksen olleen olemassa jonakin tiettyä ajankohtana. Tällaisissakin tapauksissa riittänee, että erehdys voidaan todeta silloin, kun arvostellaan sen mahdollisia oikeusseuraamuksia, eli siis tuomitsemishetkellä. Arvostelu suoritetaan tällöin ex post ja käyttämällä hyväksi kaikkea sitä materiaalia, mitä arvosteluhetkellä on saatavissa. Mielestäni ei näin ollen tunnu olevan edes mitään käytännöllistä perus-

⁶⁸ Ks. myös *Serlachius*, Några ord: »...åstadkommer en föreställning, och denna... befinnes sedermera... hafva varit oriktig. Den har naturligtvis varit oriktig från första början, oaktadt, då den ju gällt ett framtida förhållande, ingen... varit i tillfälle att... med säkerhet förutse dess oriktighet.» s. 276.

tetta, jonka nojalla tulevaisuudelta yleensä kiellettäisiin mahdollisuus olla erehdyksen kohteena.

Mutta onko sitten tulevaisuuteen kohdistuvan mielikuvan virheelisyyys todettavissa ainoastaan »odotusajan» jälkeen? Jos vaadittaisiin »ehdotonta varmuutta», niin vastaus epäilemättä olisi myöntävä. Edellä on kuitenkin todettu, ettei tällaista vaatimusta voida asettaa edes nykyisyyteen tai menneisyyteen kohdistuville mielikuville. Edellytyksestä on sitä paitsi luovuttu myös tulevaisuuteen nähden hyväksyttäessä »laskettavissa oleva» tulevaisuus erehdyksen kohteeksi. Taivaankappaleiden liikkeet ja niiden aiheuttamat vaikutukset ovat tosin edeltäkäsin laskettavissa, mutta laskelmien oikeellisuuden puolesta puhuvat vain erittäin vahvat todennäköisyssyyt; varmuutta niiden oikeaan osumisesta ei voi olla. Sitä paitsi on otettava huomioon, että rikosoikeudessa operoidaan varsin runsaasti tulevaisuudella ja lähdetään siitä, että asioiden tuleva kehitys saattaa olla ennalta arvattavissa. Kausaalisuusopissa on adekvaattisuusvaatimusta perusteltu sillä, ettei ketään voida saattaa vastuuseen tekonsa muista seuraamuksista kuin niistä, jotka yleisen kokemuksen mukaan ovat otettavissa lukuun jo teon hetkellä.⁶⁹ Syyksiluettavuusopissa on joskus edellytetty (kysymyksen ollessa tahallisesta teosta) tulevaisuuden seikkojen ennalta-arvaamista, »Voraussicht der künftigen Tatsachen des Erfolgs».⁷⁰ Ja vaikkei tätä vaatimusta kaikkien mielestä olekaan voitu hyväksyä, on kuitenkin edellytetty, että kausaalisuuden kulku on ollut ex ante objektiivisesti arvattavissa.⁷¹ Myös yritysopissa on katsottu tilanteen vastaisen kehityksen voivan olla arvatavissa etukäteen.⁷² Tuntuu siis siltä, kuin tulevaisuuteen liittyvän seikan arvostelemista ex ante ei yleensä pidettäisi mahdottomana rikosoikeudessa. Näin ollen en katso voivani rajoittaa erehdys-sanan sisältöä tähänkään suuntaan, sillä mitään perustetta ei nähdäkseni, juuri esitetyt näkökohdat huomioonottaen, ole olemassa, jonka nojalla olisi pääteltävissä, ettei ennalta-arvaaminen milloinkaan voisi saavuttaa sitä todennäköisyyden astetta, jota arvioinnissa on pidettävä riittävänä. Yhteenvedollisesti voidaan lausua näin: Tulevaisuuden seikkaan voi kohdistua mielikuva; tämä mielikuva voi olla todellisuutta vastaamaton; sen virheellisyyden ennalta-arvaaminen vaadit-

⁶⁹ Esim. *Honkasalo* I s. 137.

⁷⁰ Esim. *Mezger*, *Lehrbuch* s. 310.

⁷¹ Näin *Honkasalo* II s. 100.

⁷² Ks. esim. *Honkasalo* vmt. s. 153, *Salovaara*, *Yritys* s. 234 ja *Serlachius* I s. 122 s.

tavalla todennäköisyydellä ei ole mahdotonta; ergo: ei ole mitään syytä sulkea tulevaisuuteen kohdistuvia mielikuvia erehdys-käsitteen ulkopuolelle.⁷³

Edellä on selvitetty ne merkitykset, joita erehdys-sanalla yleiskielessä rikoslain säätämisen aikoihin on voinut olla, ja siis piirretty se ympyrä, jonka sisäpuolella niiden ilmiöiden on oltava, joita rikoslain 36 luvun 1 §:n tarkoittamalla erehdys-sanalla on voitu pyrkiä kuvaamaan. Osuuko mainitun lainkohdan erehdys-sanan sisältö täydellisesti yksin sanan yleiskielellisten merkitysvivahteiden kanssa, vai onko sanaa käytetty muussa merkityksessä, on kysymys, joka on arvosteltavissa vain itse lain pohjalta. Yhteenvetona yleiskieleen pohjautuvasta tarkastelusta voidaan todeta:

Erehdys-sanalla voidaan ymmärtää 1. todellisuutta vastaamatonta mielikuvaa (ei sen sijaan mielikuvan puuttumista) jostakin seikasta, jolle ei voida asettaa mitään sen paremmin laatu- kuin ajallisia vaatimuksia,⁷⁴ sekä 2. hairahdusta, harha-askelta.⁷⁵

Erehdys on rikoslain 36 luvun 1 §:n mukaan toisen henkilön toimesta saatava aikaan tai pidettävä vireillä valheellisen asianlaidan esiintuomilla taikka todellisen asianlaidan vääristämisellä tai salaamisella.

Ajateltiinpa erehdys-ilmiötä missä sen edellä esitetyistä merkitysvivahteista tahansa, tuntuu selvältä, että kysymyksessä on sellainen »sisäinen tapahtuma», jota toinen henkilö ei voi samalla tavoin välittömästi aiheuttaa, kuin aiheutetaan esimerkiksi ruumiinvamma tai omaisuuden menetys. Sekä virheellisen mielikuvan että hairahduksen, harha-askeleen aikaansaaminen (jälkimmäisen vireillä pitämisestä tuskin voitaneen puhua) edellyttää jonkinlaista »yhteistoimintaa» erehdyttävän taholta; virheellinen mielikuva jonkinlaista omaksumistoimintaa, harha-askel, hairahdus taas luonteensa mukaisesti jotakin joko

⁷³ Ks. myös *Ekeberg—Strahl—Beckman* s. 182 ja *Øvergaard* s. 75.

⁷⁴ Ks. myös *Ekeberg—Strahl—Beckman* s. 182, *Andenaes Formuesforbrytelse* s. 45 ja *Skeie* s. 296 s.

⁷⁵ Näiden merkitysvivahteiden yksityiskohtaisemman tarkastelun olen katsonut tässä yhteydessä tarpeettomaksi. Se mitä edellä ilmaisuerehdystilanteista on lausuttu, soveltuu »hairahdukseen» ja »harha-askeleeseen» silloin kun niitä käytetään konkreettisesti merkityksessä. Joko tällainen ilmiö johtuu virheellisestä mielikuvasta tai sitten on kysymyksessä tahdosta riippumaton virhe. Sopivatko viimeksi mainittu ilmiö tai »hairahdus, harha-askel» kuvaannollisessa mielessä petoserehdyksen merkityspiiriin, tulee seuraavassa käsiteltäväksi täsmennettäessä niitä erehdys-sanalla yleiskielellisiä merkityksiä, jotka RL 36:1:ssä tulevat kysymykseen.

aktiivista tai passiivista suhtautumista. Ulkopuolinen voi sillä, mitä hän välittömästi »tekee», vain pyrkiä vaikuttamaan mielikuvan omaksumiseen tai mainittuun suhtautumiseen.

Kun lähemmin tarkastellaan niitä tekemuotoja, joilla laki edellyttää erehdyksen aikaansaataavaksi, ei voitane välttyä siltä huomiolta, että kysymys on henkilön mielikuvamaailmaan liittyvistä ilmiöistä. Säännöksen luettelemilla keinoilla pyritään antamaan (tai säilyttämään) erehdyttävälle väärä kuva asiain todellisesta tilasta joko väärrien tietojen esittämisellä tai sitten pitämällä hänen mielikuvamaailmansa ulkopuolella seikkoja, jotka olisivat tarpeen oikean käsityksen omaksumiselle. Valheellisen asianlaidan esiintuomisella taikka todellisen vääristämällä tai salaamisella voidaan vaikuttaa henkilön mielikuviin ja käsityksiin, mutta sanotun kaltaisella toiminnalla ei voi olla merkitystä harha-askeleksi tai hairahdukseksi kutsutun ilmiön kannalta muutoin kuin juuri sillä aiheutetun todellisuutta vastaamattoman mielikuvan välityksellä.

Sen nojalla, miten laki tarkoittaa erehdyksen aikaansaataavaksi ja vireilläpidettäväksi, tuntuu siis ilmeiseltä, että sanalla on tarkoitettu ilmaista vain virheellistä mielikuvaa. — Petossäännös edellyttää erehdys-ilmiöltä vielä tiettyjä seurauksia. Sen tulee nimittäin aiheuttaa »tavarain tai rahan tappio». Virheellinen mielikuva ei kuitenkaan yleensä voine sellaisenaan välittömästi vaikuttaa henkilön taloudelliseen asemaan.⁷⁶ Ristiriita on kuitenkin vain näennäinen. Mistään ei nimittäin käy ilmi, että laki vaatisi tappion olevan erehdyksen välitön seuraus, ja välillisesti saattaa virheellinen mielikuva luonnollisesti (vaikuttamalla erehdytetyn tahdonmuodostukseen ja siten hänen suhtautumiseensa) aiheuttaa taloudellisen menetyksen.⁷⁷

Jäljellä on vielä sen seikan selvittäminen, olisiko erehdys-sanaa rikoslain 36 luvun 1 §:ssä käytetty tarkoittamaan vain joihinkin tiettyihin seikkoihin kohdistuvia todellisuutta vastaamattomia mielikuvia. Edellä on parissa yhteydessä todettu useiden petosrikosta käsitelleiden tutkijain asettaneen virheelliselle mielikuvalle sen vaatimuksen, että sen on kohdistuttava sellaiseen seikkaan, jota voidaan nimittää asian-

⁷⁶ Ks. esim. *Forsman*, Särskilda s. 371 ja *Salovaara*, Dispositio s. 108 sekä *Hegler* s. 420 ja alav. 1 samalla s:lla, v. *Hippel* s. 255 s., *Maurach* s. 243, *Mezger* BT s. 174 ja *Niethammer* s. 264. — Ks. tämän suhteen tarkemmin jälj. s. 95 s.

⁷⁷ Kuten johdanto-osaan sisällytetystä vertailevasta katsauksesta käy ilmi, on eräitten maitten petossäännöksessä nimenomaisesti asetettu vaatimukseksi, että erehdyksen on aiheutettava tietynlainen suhtautuminen erehdytetyssä; ks. myös jälj. s. 95 ja alav. 1 samalla s:lla.

laidaksi (Saksan oikeuden osalta on kysymys ollut »Tatsache» sanasta). Tällaisesta vaatimuksesta seuraisi välttämättömyydellä, että erehdys-käsitteen merkitysalue kohteensa kannalta olisi yhtä suppea tai laaja kuin asianlaitakäsitteenkin.⁷⁸ Syynä tällaiseen käsitykseen voinee olla vain se, että erehdys lain mukaan on aikaansaattava tai pidettävä vireillä juuri asianlaidan esiintuomisella, vääristämällä tai salaamisella. Nämä tekotavat voivat rajoittaa erehdys-sanana merkitysalueita nähdäkseeni kuitenkin vain sikäli, että sen tarkoittama ilmiö edellytetään olevan aikaansaattavissa (tai vireilläpidettävissä) juuri mainituilla keinoilla. Ennenkuin edellä mainitun kaltainen mielikuvan kohteen laatua rajoittava johtopäätös (jonka merkitys luonnollisesti on sitä vähäisempi mitä laajempi sisältö »asianlaidalla» katsotaan olevan) saatetaan tästä lain vaatimuksesta tehdä, olisikin näin ollen voitava todeta, ettei lain luettelemilla keinoilla ole aikaansaattavissa tai vireilläpidettävissä muihin kuin »asianlaitaseikkoihin» kohdistuvia mielikuvia.

Kun on kysymys valheellisen asianlaidan esiintuomisesta tai todellisen vääristämisestä, niin luonnollisesti tällöin samalla useimmiten aiheutetaan erehdytettävälle todellisuutta vastaamaton mielikuva juuri tästä asianlaidasta. Toisin on kuitenkin tilanne silloin, kun erehdys aikaansaadaan tai pidetään vireillä salaamalla todellinen asianlaita. Tällöinkin on luonnollisesti mahdollista, että henkilö, jolta oikea asianlaita salataan, on omaksunut tästä asianlaidasta virheellisen mielikuvan, mutta »normaali» tapaus lienee se, ettei hänellä ole siitä mitään mielikuvaa. Tällöin, koska hän on erehtynyt ja erehdys ei voi olla pelkkä mielikuvan puuttuminen, hänellä täytyy olla virheellinen mielikuva jostakin muusta seikasta kuin siitä »asianlaidasta», jota erehdyttämisessä käytettiin »tekovälineenä». Tämä ei tietystikään osoita sitä, ettei se seikka, johon hänen virheellinen mielikuvansa kohdistui, myöskin voisi olla asianlaita, mutta se todistaa, ettei erehdyksen välttämättä tarvitse kohdistua juuri siihen seikkaan, jota erehdyttämisessä lain edellyttämin tavoin käytetään. Tästä johtuu myöskin, ettei petoserehdyksen merkitysalueen rajoittamista koskemaan vain asianlaitaseikkoihin kohdistuvia virheellisiä mielikuvia voi perustella viittaamalla lain vaatimiin erehdyttämis-keinoihin.

Kaiken edellä olevan perusteella katson erehdys-sanana RL 36: 1:ssä tarkoittavan sellaista virheellistä, todellisuutta vas-

⁷⁸ Ks. *Alanen*, Petosrikoksesta s. 899, *Estlander* s. 7 ss., s. 16 s. ja s. 29, *Forsman*, Särskilda s. 377 ss. ja *Voipio* s. 170 sekä *Frank II* s. 129, *Maurach* s. 242 (vrt. kuit. s. 239) ja *Schönke—Schröder* s. 1075 ss.

taamatonta mielikuvaa jostakin seikasta, (jonka suhteen ei ole olemassa sen paremmin laadullisia kuin ajallisiakaan vaatimuksia) joka kykenee vaikuttamaan sen omaksuneen henkilön tahdonmuodostukseen.

B. Erehdyksen aikaan saaminen ja vireillä pitäminen

1. Yleistä

Tekijän on »aikaan saatava tai vireillä pidettävä» erehdys. Kun erehdys ymmärretään virheellisen mielikuvan merkityksessä ilman mitään rajoituksia, ei erehdyksen aikaansaamisesta voi olla kysymys muulloin kuin silloin, kun erehdytettävällä on alun perin ollut erehdyksen kohteena olevasta seikasta oikea mielikuva tai milloin hänellä ei ole siitä ollut mitään mielikuvaa.¹ Vireilläpitäminen taas puolestaan edellyttää, että henkilöllä on jo valmiiksi todellisuutta vastaamaton mieli-kuva.²

Erehdyksen aikaansaamista on suhtautuminen, joka aiheuttaa sen, että henkilö omaksuu jostakin seikasta sellaisen todellisuutta vastamattoman mielikuvan,^{3 4} joka kykenee vaikuttamaan hänen tahdonmuodostukseensa. Erehdyksen aikaansaamista ei ole sellainen toiminta, joka ainoastaan vaikuttaa mielikuvan oikeellisuuteen siten, että alun

¹ Ks. myös *Andenaes*, *Formuesforbrytelsene* s. 43. — Kuten jäljempänä osoitetaan saattaa RL 36:1:ssä tarkoitetun erehdyksen aikaansaamisen lähtökohtatilanteena poikkeuksellisesti olla jo omaksuttu virheellinen mielikuva, ks. s. 45 s.

² Ks. esim. *Forsman*, *Särskilda* s. 377 ja *Honkasalo E I* s. 173

³ Kuten edellä (s. 35 s.) ohimennen mainittiin, ei erehdyttäjä voi ilman erehdytettävän omaa suhtautumista aiheuttaa virheellistä mielikuvaa. Hän voi toiminnallaan ainoastaan asettaa ne edellytykset tai vaikuttaa niihin, joista mielikuvan omaksuminen tietynlaisena riippuu. Tällöin on yhdentekevää, katsotaanko mielikuvan tiettyjen edellytysten vallitessa luonnonlain välttämättömyydellä saavan määrätyn muodon vai lähdetäänpö siitä, että käsitys muotoutuu täysin vapaan ajatustoiminnan tuloksena. Kummassakin tapauksessa on kysymys toisen henkilön mielessä tapahtuvan prosessin tuloksesta, mihin prosessiin ulkopuolinen ei välittömästi voi vaikuttaa.

⁴ Jäljempänä tulee osoitettavaksi, että erehdyksen aikaansaamista RL 36:1:n tarkoittamassa mielessä saattaa olla myös suhtautuminen, jolla vain vahvistetaan jo omaksuttua virheellistä mielikuvaa, ks. s. 45 s.

perin todellisuutta vastaava mielikuva sen kohteessa tapahtuvien muutosten johdosta muuttuu virheelliseksi. Esim. A:lla on (todellisuutta vastaava) mielikuva siitä, että hänellä on tallissaan kolme autoa. B, joka varastaa sieltä yhden auton, aiheuttaa tällä toiminnallaan sen, että A:n mielikuva muuttuu virheelliseksi. Vaikka A:n voidaan auton anastuksesta lähtien katsoa olleen »erehdysten vallassa», ei B:n saateta sanoa aikaansaaneen tätä A:n erehdystä, sillä hän ei ole aiheuttanut A:n mielikuvaa. Vastaavanlainen on tilanne, kun kulkuri B, sen jälkeen kun junailija A on tarkastettuaan kaikkien junassa olevien matkaliput omaksunut mielikuvan siitä, että kaikki matkustajat ovat suorittaneet säädetyn maksun, pudottautuu liikkuvan junan katolle ja piiloutuu sen käymälään. Tällöin B:n toiminta on syynä siihen, että A:n mielikuva ei enää olekaan oikea, mutta A:n erehdystä hän ei ole »aikaansaanut».⁵

Erehdyksen aikaansaajan on siis suhtautumisellaan aiheutettava, että erehdytettävälle muodostuu mielikuva, joka ei vastaa todellisuutta;⁶ erehdyttäjän suhtautumisen aiheuttamisvaiikutuksen on ulotuttava myös itse mielikuvan omaksumiseen, eikä pelkästään sen virheellisyyteen. Niinpä henkilö, joka tekee tavaratilauksen tms. ollessaan hyvässä taloudellisessa asemassa, mutta joka sittemmin, ennen kuin tilaus on täytetty, tuhlaa kaiken omaisuutensa, ei »aikaansaa» tilauksen täyttäjän erehdystä, vaikkakin hänen toimintansa aiheuttaa sen, että tämän (alunperin oikea) mielikuva asiakkaansa mahdollisuuksista maksaa tilauksensa muuttuukin virheelliseksi.⁷

Erehdyksen vireillä pitäminen edellyttää, kuten juuri todettiin, lähtökohtanaan jo olevaa todellisuutta vastaamatonta mielikuvaa. Tällöin on yhdentekevää, mistä syystä ja millä tavalla virheellinen mielikuva on syntynyt. Sen on voinut »aikaansaada» kuka tahansa. Myös mielikuva, joka edellä esitettyjen esimerkkien osoittamalla tavalla on jonkun henkilön suhtautumisen vuoksi vain kohteessa tapahtuvan muutoksen johdosta muuttunut virheelliseksi, kelpaa »vireilläpitämisen» lähtökohdaksi.

Erehdys rajoittamattomassa virheellisen mielikuvan merkityksessä pysyy vireillä niin kauan, kunnes mielikuvan omaksunut henkilö siitä luopuu, ja vaikka sen intensiteetissä siihen hetkeen saakka saattaa ta-

⁵ Ks. myös. *Bockelmann* s. 439, *Jahn* s. 22 ss. ja s. 52 s. sekä *Schönke—Schröder* s. 1082.

⁶ Ks. esim. *Bockelmann* s. 438 s., *Frank* II s. 128 ja *Welzel* s. 270 (»Ein Irrtum der... durch blosse Änderung der tatsächlichen Verhältnissen verursacht ist, kommt nicht in Frage.»).

⁷ Ks. *Bockelmann* s. 444.

pahtua niin positiivisia kuin negatiivisiakin muutoksia, ei näillä sinänsä ole merkitystä mielikuvamaailman tilan pysymiselle erehdyskategorias-⁸ Petoserehdyksen kannalta on negatiivisten muutosten suhteen kuitenkin tehtävä eräs varaus. Edellä nimittäin todettiin, että RL 36: 1 tarkoittaa erehdyksellä vain sellaisia virheellisiä mielikuvia, jotka kykenevät vaikuttamaan henkilön tahdonmuodostukseen. Näin ollen on mahdollista, että erehdys RL 36: 1:n mielessä lakkaa jo ennen, kuin mielikuvasta on luovuttu; mielikuvan voimakkuusaste saattaa painua alle sen, mitä siltä vaaditaan, jotta sillä voisi olla mainitun kaltainen vaikutus. Virheellisen mielikuvan mahdollisella vahvistumisella ei sen sijaan ole välitöntä merkitystä sen säilymisen kannalta, minkä vuoksi erehdyksen vireillä pysymisen välttämättömänä edellytyksenä ei voida pitää sen vahvistumista, vaikkakin suhtautuminen, joka pitää virheellisen mielikuvan vaadittavien rajojen sisäpuolella, luonnollisesti saattaa sitä samalla vahvistaa. Tästä johtuu myös, ettei pelkästään siitä, että määrätty suhtautuminen on vahvistanut erehdystä, voida päätellä suhtautumisen pitäneen erehdystä vireillä. Tämän vuoksi en voikaan pitää täsmällisenä sitä meillä esim. *Forsmanin*⁹ ja *Honkasalon*¹⁰ esittämää ja myöskin ulkomaisessa tieteisopissa¹¹ varsin vankan jalansijan saanutta mielipidettä, että erehdyksen vireillä pitämisellä tarkoitetaan — joko vaihtoehtoisena jonkin muun tavan kanssa tai pelkästään — sen vahvistamista.

Edellä totesin erehdyksen — RL 36: 1:n tarkoittamassa mielessä — lakkaavan, mikäli omaksuttu virheellinen mielikuva heikkenee siinä määrin, ettei sillä enää voi olla vaikutusta kysymyksessä olevan henkilön tahdonmuodostukseen. Erehdys lakkaa luonnollisesti myöskin silloin, kun erehtynyt pääsee selvyYTEEN sen kohteen todellisesta tilasta. Nämä eivät kuitenkaan ole ainoat mahdollisuudet. On varsin hyvin ajateltavissa, että henkilö pääsee perille mielikuvansa virheellisyydestä,

⁸ Ks. ed. s. 29.

⁹ *Forsman*, *Särskilda* s. 377: »Underhållande af villfarelse innefattar... verksamhet, som kan bestå dels i ett förstärkande af en bestående villfarelse...».

¹⁰ *Honkasalo*, *Erinäiset* s. 66: »Erehdys vireilläpidetään, kun sitä vahvistetaan...» sekä *E I* s. 173: »Erehdys pidetään vireillä silloin, kun tekijä... on kausaalisesti vaikuttanut siihen, että... erehdys uhrissa vahvistuu tai uhri estyy sitä havaitsemasta.»

¹¹ Ks. esim. *Allfeld* s. 473, *Berner* s. 571, *Bockelmann* s. 441, v. *Cleric* s. 47, *Hainz* s. 23 ja *Maurach* s. 243. — Vrt. *Binding* s. 349, jonka mukaan »Unterhalten des Irrtums ist mehr als Bestärken». Vrt. myös *Schönke—Schröder* s. 1082; vielä teoksen edellisessä (10.) painoksessa mainitaan vahvistaminen eräänä vireilläpitämiskeinona (s. 1017).

jolloin hän luonnollisesti luopuu siitä, ilman että hän silti tulisi tietämään asian todellista laitaa. Tämän vuoksi ei myöskään tunnu olevan paikallaan vaatia erehdyksen vireilläpitävältä suhtautumiselta, että se käsittäisi erehtyneen ehkäisemisen pääsemästä selville mielikuvansa kohteen oikeasta tilasta.¹² — Koska mielikuvan puute ei ole erehdys RL 36: 1:n tarkoittamassa mielessä, käsittää myöskin sellainen ihmisen mielikuvamaailman tilan muutos, jonka tuloksena hänellä ei enää ole mitään mielikuvaa seikasta, josta hänellä aikaisemmin oli virheellinen mielikuva, erehdyksen lakkaamisen. Tämä muutos voi luonnollisesti tapahtua ilman, että ko. henkilö edes huomaisi erehdystään, minkä vuoksi erehdyksen vireilläpitämistä ei ole myöskään syytä rajoittaa suhtautumiseen, jonka kautta »sen huomaaminen ehkäistään».¹³

Tulenkin tulokseen, että RL 36: 1:n tarkoittamalla »erehdyksen vireillä pitämisellä» on ymmärrettävä kaikkea sellaista suhtautumista, jolla ehkäistään lainkohdan tarkoittaman erehdystilan lakkaaminen, ajateltiinpa lakkaamisen sitten tapahtuvan omakсутun mielikuvan heikkenemisellä sellaiseksi, ettei sillä enää saata olla vaikutusta tahdonmuodostukseen, taikka mielikuvan virheellisyyden oivaltamisella tai sen muusta syystä tapahtuvalla poistumisella henkilön mielikuvamaailman piiristä.¹⁴

Edellä esitetystä johtuu, ettei jo olevan erehdyksen hyväksi käyttäminen, ellei se samalla sisällä erehdystilan lakkaamisen ehkäisevää suhtautumista, ole erehdyksen vireilläpitämistä edes sanan

¹² Vrt. *Binding* s. 349, jonka mukaan erehdyksen vireilläpitäminen »besteht in dem ... Abhalten von der Erkenntnis des richtigen Sachverhaltens».

¹³ Vrt. *Honkasalo*, Erinäiset s. 66 ja E I s. 173. Vrt. myös *v. Cleric* s. 47, jonka mukaan erehdys pidetään vireillä (paitsi vahvistamalla) siten, että milloin »in der Psyche des Irrenden bereits den Irrtum beseitigen Bedingungen vorhanden sind», eliminoidaan nämä erehdyksen poistamiseen suuntautuneet edellytykset niin, että erehtynyt estyy havaitsemasta mielikuvansa virheellisyyttä.

¹⁴ Vireilläpitämissuhtautuminen ei siis edellytä seurauksenaan mitään positiivista (tai negatiivista) muutosta. Sen seurauksena on määrätyn tilan (erehdyksen) pysyminen kvalitatiivisesti ennallaan, ja mikäli tilan intensiteetissä samalla suhtautumisen seurauksena tapahtuu muutoksia, ei näillä ole välitöntä merkitystä. Niinpä *Bockelmannin* esitystä, jossa hän perustellessaan kielteistä kannanottoaan kysymykseen erehdyksen vireilläpitämisen mahdollisuudesta laiminlyönnillä, lausuu, ettei petossäännöksen voida katsoa rangaistuksen uhalla määränneen ryhdyttäväksi toimenpiteisiin syntyneen tilan (erehdyksen) ennalleen saattamiseksi, voitaisi pitää tältä osin oikeaan osuneena ainakaan Suomen oikeuden kannalta. Erehdyksen vireilläpitämisen kiellettyä seurauksenahan tekstissä esitetyn mukaisesti on juuri tilan säilyminen erehdyskategoriasa. Ks. *Bockelmann* s. 445 ss., erit. s. 447 ja s. 454 s.

kielellisessä merkityksessä.¹⁵ Vallitseva ja tietävästi yksimielinen käsitys tieteisopissa katsookin, ettei Suomen RL:n petosrikosta periaatteessa voida toteuttaa pelkästään erehdyksen hyväksikäyttämällä.¹⁶ Tätä mielipidettä onkin pidettävä oikeana. Mistään ei nimittäin ole pääteltävissä, että lainkohdan käyttämällä tekemuotoa osoittavilla verbeillä olisi haluttu kuvata myös niiden kielellisen merkityksen ulkopuolelle ulottuvaa suhtautumista. Päinvastoin tuntuu RL:n valmistelutöiden perusteella siltä, kuin olisi lakiin otettuja tekemuotoja osoittavia ilmaisuja käytetty nimenomaan säännöksen soveltamisalan selventämiseksi.¹⁷ — Esitetyn periaatteellisen kannan käytännöllinen merkitys supistuu kuitenkin verraten vähiin, mikäli erehdyksen vireilläpitäminen katsotaan voitavan toteuttaa myös laiminlyönnillä. Mikäli nimittäin passiivisen suhtautumisen »kausaalisuus» tunnustetaan ja katsotaan, että laiminlyönti on »aiheuttanut» seurauksen, mikäli laiminlyöty suhtautuminen olisi ehkäissyt sen syntymisen, sekä että tämä laiminlyönti on rangaistava, mikäli laiminlyöjällä on ollut erityinen oikeusvelvollisuus ryhtyä ko. toimintaan,¹⁸ muodostuu RL 36:1:n soveltamisala käytännöllisesti katsoen yhtä laajaksi kuin niiden säännösten, joissa

¹⁵ Koska erehdyksen aikaansaaminen edellyttää lähtökohtaisesti sitä, ettei ko. henkilöllä vielä ole RL 36:1:ssä tarkoitettua erehdystä, on itsestään selvää, ettei erehdystä voida »aikaansaada» sitä »hyväksi käyttämällä».

¹⁶ Ks. esim. *Forsman*, Särskilda s. 377, *Estlander* s. 47, *Honkasalo*, Erinäiset s. 66 ja E I s. 170 sekä *Serlachius* II s. 258. Ks. myös KKO 1929 II 511; vrt. KKO 1921 II 693, jossa A tuomittiin petoksesta, kun hän oli »hankkiakseen itselleen laitonta aineellista hyötyä, käyttämällä hyväkseen (B:n) erehdystä» saanut B:n allekirjoittamaan erään kauppakirjan. Vm. ratkaisun perustelun sanamuoto viittaisi siihen, että KKO olisi siinä omaksunut tekstissä esitetystä poikkeavan kannan; tosiasiaa on kysymyksessä vain huono sanojen valinta. Ko. tapauksessa oli A selvästikin syyllistynyt joko aktiiviseen erehdyksen aikaansaamiseen (esittämällä allekirjoitettavaksi virheellisen kauppakirjan) tai laiminlyönnillä tapahtuneeseen erehdyksen vireilläpitämiseen (laiminlyömällä huomauttaa kauppakirjassa olevasta virheellisyydestä). — Tässä puollettu kanta on vallitsevana myös StrGB 263 §:n osalta; ks. esim. *Allfeld* s. 473, alav. 19, *Bockelmann* s. 445, *Berner* s. 571, *Drexler* s. 3 *Frank* II s. 129, *Hegler* s. 423, *Maurach* s. 243, *Rotering* s. 207 ja *Betrug* s. 261 sekä *Schönke—Schröder* s. 1082. — Sveitsin vanhemman oikeuden kannalta ks. esim. v. *Cleric* s. 47 ja Ruotsin rikoslain 22 luvun 1 §:n kannalta sen alkuperäisessä muodossa *Sterzel* s. 73 ja *Stjernberg*, Några ord s. 278.

¹⁷ Ks. esim. *Strafflagsutskottets betänkande* s. 85. — Voidaan myös panna merkille, että esim. RL 38:10:ssä, jossa ei edellytetä aiheuttamisyhteyttä tekijän syyttä syntyneen teon hetkellä olevan tilan ja tekijän suhtautumisen väliltä, on tekemuodon osoittamiseksi nimenomaan käytetty sanontaa »käyttäen hyväkseen».

¹⁸ Ks. jälj. s. 69 ss.

(oikeudenvastainen) hyväksikäyttäminen on mainittu säännönmukaisena toteuttamistapana.¹⁹ Koska sana »vireilläpitää» ei sinänsä korosta suhtautumisen positiivisuutta, vaan ainoastaan seurauksen (erehdyksen säilymisen) aiheuttamista, ei nimittäin laiminlyönnin kausaalisuuden hyväksymisen jälkeen ole lainkaan tarpeen pohtia syytetyn vahingoksi tapahtuvan analogisen soveltamisen sallittavuutta,²⁰ vaan riittää sään-

¹⁹ Ks. esim. *Andenaes*, *Formuesforbrytelse* s. 44 s., *Hafter* s. 264, *Hurwitz* s. 445, *Krabbe* s.679, *Lammasch* s. 101 s. ja *Thormann—v. Overbeck* s. 104 s.

²⁰ Oikeustieteessä puhutaan analogisesta soveltamisesta kahdessa eri merkityksessä. *Oikeusanalogiassa* on kysymys niitten yleisten periaatteiden selvittämisestä, joiden ilmauksia positiiviset oikeussäännökset ovat, jotta niitä voitaisiin soveltaa käytännössä esiintyviin tapauksiin; siinä ei ajattelun lähtökohtana ole vain jokin yksityinen säännös, vaan ryhmä säännöksiä tai lain yleinen henki (*Alanen* s. 100; ks. myös *Honkasalo* I s. 49 ja *Granfelt* s. 24). Syytetyn vahingoksi tapahtuvan oikeusanalogian kiellettävyydestä ollaan meidän tietoisopissamme yksimielisiä (ks. esim. *Alanen* s. 100, *Granfelt* s. 24, *Honkasalo* I s. 51 ja *Livson* s. 147). — Varsinaisen tulkinnan ja toisen analogian lajin, *lainanalogian*, erosta lausuu *Honkasalo* (I s. 48): »Varsinaisen tulkinnan alaan kuuluu säännöksen sanamuodon rajoissa tapahtuva soveltaminen. Analogia on lain sanamuodosta vapautunutta soveltamista, laista ilmenevän oikeusajatuksen käyttämistä esiintyvien oikeustapausten ratkaisemisessa»; (ks. myös *Alanen* s. 99, *Ellilä* s. 61 ja *Salmiala*, RL 38:1 §:n tulkinnasta s. 215 alav. 10); jossakin määrin eri tavalla määrittelee *Forsman* tulkinnan ja analogian (*Allmänna* s. 460): »Den extensiva tolkningens hänför lagen på sådana fall, hvilka enligt lagens mening skola därunder inbegripas, och sålunda innehåller ett beriktigande af lagens uttryck efter den i lagen egentligen inneboende tanken, medan analogin hänför sig på fall, på hvilka lagstiftaren inte tänkt men hvilkas subsumerande under lagen fordras af lagens konsekvens..».

Huolimatta siitä, että meillä varsin yksimielisesti katsotaan *nullum crimen sine lege*, *nulla poena sine lege* poenali-periaatteen sisältyvän meidän rikosoikeutemme (nimenomaista säännöstä ei tästä kirjoitettuun lakiin sisälly; ks. kuit. OK 24:3, jonka mukaan jokainen tuomio on perustettava lakiin eikä mielivaltaan), eivät meillä kaikki rikosoikeusoppineet suinkaan suhtaudu kielteisesti syytetyn vahingoksi tapahtuvaan lainanalogiaan. Myönteistä kantaa edustavat *Alanen* s. 100 s. (joskin varsin epäröiden), *Granfelt* s. 24, *Honkasalo* (esim.) I s. 53 ja DL-51 s. 71, *Ignatius* s. 267 s. ja *Livson* s. 147 s. (Todettakoon muuten, että *Honkasalo*, joka aikaisemmin, *Erinäiset* s. 60, sovelsi analogisesti RL 31 luvun 4 §:ää siihen, joka ryöstön edellyttämää vähäisempää uhkausta käyttämällä ottaa toiselta taloudellisen edun, katsoo nyttemmin, E I s. 134 s., kysymyksessä olevan yksin teoin tehdyt varkaus ja pakottaminen). — Kielteisesti syytetyn vahingoksi tapahtuvaan lainanalogiaan suhtautuvat *Ellilä* s. 61 alav. 7 ja *Salmiala* vmk. s. 214 ja 227. Myös *Forsman* lausuu katsovansa lainanalogian olevan kiellettyä lukuun ottamatta määrättyjä rangaistuksen mittaamiseen normaaliasteikon puitteissa vaikuttavia seikkoja (*Allmänna* s. 460 s.), vaikkakaan hän ei ilmeisesti — ottaen huomioon sen laajan sisällön, jonka hän on tulkinnan käsitteelle antanut — suhtaudu kielteisesti kaikkeen sellaiseen syytetyn vahingoksi tapahtuvaan soveltami-

nöksen soveltamisen kannalta tässä suhteessa — mainitun oikeusvelvollisuuden vaatimuksen ollessa täytettynä — pelkkä toteamus kulloinkin tarkasteltavana olevan suhtautumisen vaikutuksesta erehdyksen säily-

seen, joka esim. *Honkasalon* mukaan olisi analogiaa (ks. myös *Ellilä* s. 61). — Tuntuu siltä, kuin syytetyn vahingoksi tapahtuvan analogian salliminen olisi muodollisesti varsin vaikeasti perusteltavissa niin kauan kuin edellä mainittu rikosoikeuden legaliteettiperiaate tunnustetaan osaksi voimassa olevaa oikeutta. Vaikka *Honkasalo* lausuukin, ettei analogian käyttämisellä rikota sanottua periaatetta vastaan (esim. DL-51 s. 71), ei kuitenkaan voitane kiistää, että analogian salliminen avaisi sulut sellaiselle rikosoikeudenhoidolle, jonka ehkäisemiseksi ko. periaate on olemassa. *Salmialan* tapaan voitaisiin kysyä: »Missä kulkee raja, kun analogialle in malam partem on avattu ovi?» (*Salmiala*, vmk. s. 216). Mainittuun tutkiin voidaan yhtyä myös siinä, että analogiapäätelmä voi riippua kokonaan lainkäyttäjän subjektiivisista näkemyksistä, maailmankatsomuksesta ja poliittisesta asennoitumisesta; rajan asettaminen jäisi aina hänen henkilökohtaisten käsitystensä varaan (mk. s. 217). Varsin epämääräisen ja häilyvän suojan muodostaisi vaatimus, että analogian käyttäminen olisi sallittava vain »pakottavien» syiden vaatiessa (*Honkasalo* I s. 54; vrt. *Salmiala* mk. s. 217). — Kun edellä oleva otetaan huomioon, tulisi ainakin erittäin painavien aineellisten perusteiden puoltaa myönteistä kannanottoa, ennen kuin poikkeus nolla poena-säännöstä (sillä poikkeuksen analogian salliminen siitä muodostaa) olisi periaatteessa oikeutettu. Analogian sallimista on perusteltu mm. sillä, ettei oikeustajunta voisi sopeutua ajatukseen, että rikosoikeudellisesti täysin samanarvoiset teot saattaisivat tulla toisessa tapauksessa rangaistavaksi, toisessa taas jäädä rankaisematta, samoin kuin sillä oikeudellisen ajattelun »aksiomaattisesti» omaksumalla lailla, että yhtäläisistä teoista on tultava yhtäläinen seuraamus (*Honkasalo* I s. 52 ja häneen varauksettomasti yhtyen *Livson* s. 147). Poikkeaminen tästä kansan oikeustajunnan mukaisesta periaatteesta olisi omiaan — niin on sanottu (*Livson* s. 147; sama ajatus esiintyy *Honkasalolla*, ks. esim. Nolla poena s. 74) — järkyttämään lainkäytön arvovaltaa, sillä kansan olisi mahdotonta ymmärtää, miksi oikeudelliset ratkaisut poikkeaisivat samanlaisissa tapauksissa toisistaan. On kuitenkin huomattava, ettei teko, jota ei expressis verbis ole säädetty rangaistavaksi, ole rikosoikeudellisessa suhteessa kriminalisoidun teon kanssa samanarvoinen (aiivan oikein huomautetaan teoksessa v. *Liszt* Allg. s. 110 alav. 6: »Der Strafgesetzer will eben nur eine gleiche Behandlung der von ihm für strafbaren erklärten Handlungen.»; ks. myös *Alanen* s. 101 alav. 2). Eettiseltä ja moraaliselta kannalta teot saattavat luonnollisesti olla samanarvoiset ja yhtä voimakkaan paheksumisen ansaitsevia, mutta lainkäyttäjän toimesta tapahtuva rikoslain muovaaminen jonkinlaiseksi, vain osittain kirjoitetun muodon saaneeksi eettisten normien koodeksiksi johtaisi ennen pitkää rikosoikeudenhoidon kaaokseen (vrt. *Alanen* s. 100 s., joka perustelee analogian sallimista mm. juuri sillä, että se tekisi mahdolliseksi sosiaalisesti ja eettisesti samanarvoisten tekojen samanlaisen rikosoikeudellisen käsittelemisen). — Mitä sitten tulee edellä viitattuun *Livsonin* esittämään lisäperusteeseen, merkitsisi sen hyväksyminen itse asiassa sitä, että lainanalogiaa olisi periaatteessa — lainkäytön arvovalan säilyttämiseksi — käytettävä aina, kun tuomioistuin »kansan» terveen oikeuskäsityksen heijastajana

misen kannalta.²¹ Varsin osuvasti lausuukin *Maurach*, joka ymmärtää laiminlyönnin rangaistavuuden edellytykset edellä kuvatuin tavoin, että »die Rechtspflicht zur Offenbarung ist in diesen Fällen praktisch der einzige Massstab für die Abgrenzung des tatbestandmässigen »Unterhalten« vom nicht straffbaren »Benutzen« eines Irrtums».²²

Edellä on todettu, ettei suhtautuminen, vaikka se vahvistaisikin jo olevaa virheellistä mielikuvaa, ole erehdyksen vireilläpitämistä ellei sillä ole samalla ollut vaikutusta erehdyksen säilymisen kannalta. Kuitenkin saattaa tuo virheellisen mielikuvan voimakkuuteen positiivisesti vaikuttava suhtautuminen aiheuttaa sen, että henkilö erehdyksen johdosta ryhtyy toimeen, josta hänelle tulee »tavarain tai rahan tappio». Edellytyksenä sille, että suhtautumisella voitaisiin katsoa olleen sanotun kaltainen vaikutus, on, ettei vahvistamaton mielikuva vielä ollut tarpeeksi voimakas kyetäkseen vaikuttamaan erehtyneen henkilön tahdonmuodostukseen. Esim. henkilöllä A on (virheellinen) mielikuva jonkin esineen arvosta. Hän on kuitenkin siinä määrin epävarma mieliku-

katsoisi jonkin suhtautumisen olevan määrätyn, rangaistuksen uhalla kielletyn teon kanssa samanarvoinen. Voidaan nähdäkseni hyvällä syyllä kysyä, kumpi on lainkäytön arvovalan säilymisen kannalta parempi, pitäytyminen rikoslain sanamuodon pohjalla pysyvään tulkintaan vaiko turvautuminen yksilön (»kansan» jäsenen) oikeusturvaa heikentävään analogiaan. Käsittääkseni »kansan» on helpompi ymmärtää, että henkilö joudutaan laissa olevan, lainsäädäntötoimin täytettävissä olevan aukon vuoksi vapauttamaan, kuin että syytetty tuomitaan rangaistukseen, vaikkei hänen tekoaan ole laissa julistettu rangaistavaksi.

Omalta kohdaltani katsonkin, ettei ole olemassa riittäviä syitä syytetyn vahingoksi tapahtuvan lainanalogian periaatteelliselle sallimiselle edes rajoitetussa määrässä. Eri asia on sitten, saatetaanko tätä kieltoa käytännössä aina noudattaa ja voidaanko siitä härkäreikäisesti kiinnipitämistä kaikissa yksityistapauksissa pitää järkevän ja tarkoituksenmukaisen rikosoikeudenhoidon etujen mukaisena. Pitäisin kuitenkin pienempänä ja vähemmän vaarallisena kahdesta pahasta sitä, että tuomioistuimissa jossakin yksityistapauksessa — ellei se katso voivansa noudattaa ehdotonta analogiakieltoa — tietoisesti rikkoen tämän periaatteellisen kiellon, kuin että analogiaa edes rajoitetussa määrässä pidettäisiin periaatteessa sallittuna. — Viimeksi esitetyn mukaisesti meillä käytännössä lienee toimittukin: tuomioistuintäytäntöä löytyy ratkaisuja, jotka ilmeisestikin perustuvat lainanalogiaan, mutta näitä ratkaisuja on — koskei lainanalogiaa voida pitää periaatteessa hyväksyttävänä — seurannut lainsäädäntötoimi, jolla laissa ollut aukko on paikattu (ks. myös esim. *Ellilä* s. 61 alav. 7). — Lainanalogian sallimista vastaan olevien sekä sitä puoltavien näkökohtien suhteen ks. lisäksi esim. *Jost* s. 358 ss. ja *Mittermaier* s. 403 ss.

²¹ Vrt. *Livson* s. 144 ss. — Laiminlyönnistä petosvastuun perustavana ks. tarkemmin jälj. s. 78 ss.

²² *Maurach* s. 243; ks. myös *Bockelmann* s. 446 ja *Honkasalo* E I s. 170.

vansa oikeudesta, ettei hän sen perusteella uskalla maksaa esineestä sitä hintaa, mikä sen arvoa vastaisi, jos mielikuva olisi oikea. Ajatellaan edelleen, että henkilö B tekee jotakin, mikä siinä määrin vahvistaa A:n mielikuvaa, että hän päättää ostaa esineen sen todelliseen arvoon nähden aivan liian korkeasta hinnasta. B:n toiminnan voidaan ajatella olleen täysin irrelevanttia A:n virheellisen mielikuvan säilymisen kannalta; se olisi pysynyt voimassa — tosin heikompana — ilman B:n toimintaakin. Edellä (s. 37 s.) todettiin, ettei RL 36: 1 ole ottanut efektiiviseen käyttöönsä erehdys-käsitteen yleiskielellistä merkitysalaa (»virheellinen mielikuva») koko sen laajuudessa, vaan että se erehdyksestä puhuessaan tarkoittaa vain sellaisia todellisuutta vastaamattomia mielikuvia, jotka ovat voimakkuudeltaan riittäviä vaikuttamaan henkilön tappiolliseen suhtautumiseen johtavaan tahdonmuodostukseen. Näin ollen A ei huolimatta omaksumastaan virheellisestä mielikuvasta ollut lähtökohtaisesti erehdyksen vallassa RL 36: 1:n tarkoittamassa mielessä. Hänen mielikuvansa saavutti vaadittavan voimakkuuden vasta B:n suhtautumisen johdosta; B toisin sanoen aikaansai A:n erehdyksen.²³ Voidaan siis todeta, että vaikkei virheellisen mielikuvan vahvistamisella (joka ei vaikuta mielikuvan pysyvyyteen) voidakaan ymmärtää erehdyksen »vireilläpitämistä», voi tällainen toiminta kuitenkin, jos se on syynä henkilön tappion aiheuttaneeseen suhtautumiseen, olla RL 36: 1:n tarkoittamaa erehdyksen »aikaansaamista».^{24 25}

²³ Ks. myös *Estlander* s. 48 sekä *Ekeberg—Strahl—Beckman* s. 180 (»Även ett förstärkande av en oriktig föreställning kan utgöra bedrägerihandling, såvida villfarelsen först därigenom når sådan bestämdhet att dispositionen företages.»), *Thyrén*, Utkast s. 143 s. (»Att inkulpanten är orsak till villfarelsen betyder att den utan honom icke skulle haft den varaktighet eller styrka, varigenom den lett till dispositionen.») sekä *Schönke—Schröder* s. 1082 s.

²⁴ Mikäli henkilöllä jo lähtökohtaisesti oli erehdykseksi kelpaava virheellinen mielikuva, ei vahvistamisella sen paremmin aikaansaada kuin vireilläpidetäkään erehdystä. Petoksena ei myöskään voi edellä esitetyn tulkinnan mukaan tulla rangaistavaksi suhtautuminen, jolla henkilö saadaan ryhtymään (tappiolliseen) toimintaan jo aikaisemmin omaksumansa, riittävän voimakkaan mielikuvan perusteella; kysymyksessä on pelkkä erehdyksen hyväksikäyttäminen. Näin on esim., jos henkilö on muodostanut itselleen virheellisen mielikuvan jostakin asiasta ja päättänyt tämän mielikuvansa perusteella ryhtyä heti tilaisuuden tullen toimintaan. Jos nyt toinen henkilö, tietoisena päätöksestä ja virheellisestä mielikuvasta, saa aikaan päätöksen toteuttamisen, on hän korkeintaan syyllistynyt kenties paheksuuttavaan erehdyksen hyväksikäyttämiseen, ei sen sijaan petokseen.

²⁵ Norjan rikoslain 270 §:n »styrke» on ymmärretty suunnilleen tällä tavalla; ks. *Andenaes*, *Formuesforbrytelsene* s. 43.

2. Asianlaita

Meidän rikoslakimme ei ole tyytynyt toteamaan petokseen vaadittavan erehdyksen aikaansaamista tai vireilläpitämistä, vaan se on nimenomaisesti luetellut ne tavat, joilla erehdyttäminen edellytetään toteutettavaksi. Tekijän tulee »esiintuoda valheellinen asianlaita» (sakförhållande) taikka »vääristää» tai »salata todellinen asianlaita».

Skandinavian maiden voimassaolevissa rikoslaeissa lainsäätäjä ei ole luetellut meidän lakimme tapaan petoksen edellyttämiä erehdyttämistapoja. Näin ollen on myös luonnollista, ettei sikäläisessä aihetta koskevassa kirjallisuudessa ole tarvinnut lain sanamuodon pohjalta ulottaa tarkastelua tältä osin pitemmälle kuin sen seikan selvittämiseen, miten petoksen edellyttämä erehdyttäminen yleensä on suoritettavissa.¹

Sen sijaan tarjoaa saksankielinen petosrikosta käsittelevä kirjallisuus varsin runsaasti vertailuaineistoa tässäkin suhteessa. Edellytetäänhan erehdys StrGB 263 §:n mukaan aikaansaatavaksi tai vireilläpidettäväksi »durch Vorspiegelung falscher oder durch Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen».²

Siitä esikuva-asemasta johtuen, joka nimenomaan StrGB 263 §:llä on Suomen RL:n petossäännökselle ollut, on varsin luonnollista, että viimeksi mainitun luettelemien erehdyttämistapojenkin tulkinnassa on varsin suuressa määrässä saatu vaikutteita niistä tuloksista, joihin on päädytty ensiksi mainitun sisältämien vastaavien tunnusmerkistötekijöiden tarkastelussa. Liian pitkälle kuitenkin mennään, jos katsotaan, että RL 36:1:n tulkinnassa ilman muuta voitaisiin näihin nojautua.³ Näin olisi nähdäkseni asia siinäkin tapauksessa, että voitaisiin varmuudella todeta sanotun lainkohdan laadinnassa pyrityn vain mahdollisimman sanatarkan ja tunnollisesti suoritettun käännöksen aikaansaamiseen, mistä kuitenkin tuskin voitaneen lähteä.⁴ Toisaalta olisi luonnollisesti

¹ Ks. esim. *Andenaes*, *Formuesforbrytelsene* s. 45, *Ekeberg—Strahl—Beckman* s. 182 ja *Øvergaard* s. 71.

² Myös Sveitsin vanhemmat kantonaaliset rikoslait edellyttivät useimmissa tapauksissa »Tatsachen» välityksellä tavalla tai toisella tapahtuvaa erehdyttämistä, ks. v. *Cleric* s. 11 ja alav. 1 samalla s:lla.

³ Vrt. *Voipio* s. 162, joka katsoo lainkohtien yhtäläisyydestä johtuvan, että RL 36:1:n tulkinnassa voidaan ilman muuta omaksua vastaava saksalainen tulkinta.

⁴ Vrt. *Serlachius* II s. 258 alav. 1, joka katsoo, että sanalla asianlaita on »silminnähtävästi» tavoiteltu Tatsache-sanan vastinetta.

aiheetonta ja metodisesti virheellistä jättää käyttämättä sitä tukea, mitä meidän lakimme sisältämän petossäännöksen tulkinnassa on saatavissa mm. juuri saksalaisesta aiheesta käsittelevästä kirjallisuudesta. Miellessä on kuitenkin pidettävä, että koska päämääränä on nimenomaan Suomen rikoslain 36 luvun 1 §:n tulkitseminen, on myös lähtökohtana oltava sen sanamuoto sellaisena, kuin se voimassa olevassa laissa on.⁵

Jokseenkin yleisesti on asianlaita (sakförhållande)-sanassa tahdottu nähdä petoserehdyksen aikaansaamis- ja vireilläpitämistapoja rajoittava tekijä.⁶ Sama koskee saksankielisen kirjallisuuden osalta sanaa »Tatsache». Varsin erilaisia mielipiteitä on esitetty näitten sanojen merkityssisällöstä.⁷

Forsmanin käsityksen mukaan sakförhållande-sanana käsitteisältö on varsin suppea. Hänen mukaansa sanalla olisi ymmärrettävä sellaisia tosiseikkoja tai tosiasiallisia olosuhteita (fakta eller faktiska omständigheter), jotka esiintyvät ulkoisessa todellisuudessa (yttre realiteten) ja jotka liittyvät menneeseen tai nykyaikaan.⁸ Käsitteen piiristä *Forsmanin* nimenomaan erottaa ihmismielen sisäiset tilat ja tapahtumat (inre fakta), kuten käsitykset, aikomukset, tarkoitusperät jne.⁹ Myöskään pelkästään tulevaisuuteen liittyvä seikka ei tämän tulkinnan mukaan

⁵ Ks. myös *Forsman*, Särskilda s. 379.

⁶ Edellä on jo pyritty osoittamaan, ettei ko. sanalla ainakaan sikäli ole rajoittavaa merkitystä, että petossäännöksessä tarkoitettaisiin erehdyksellä ainoastaan »asianlaitaan» — mikä merkitys tällä sanalla sitten katsotaankin olevan — kohdistuvaa virheellistä mielikuvaa. Ks. ed. s. 36 s.

⁷ Tatsache-sanana osalta ks. esim. *Frank* II s. 125 s.: »Tatsache ist alles was wahrnehmbar ist oder war. Etwas Zukünftiges ist ebensowenig eine Tatsache wie ein Weizenkorn schon Weizen ist.», *Olshausen* I s. 528: »Eine Tatsache ist etwas vorhandenes oder Geschehenes, d.h. alles was der Gegenwart oder Vergangenheit, nicht aber was der Zukunft angehört.» Ks. myös *Olshausen* II s. 1073, *Schönke—Schröder* s. 1075: »Unter Tatsachen sind alle konkreten, vergangenen oder gegenwärtigen Geschehnisse oder Zustände der Aussenwelt und des menschlichen Innenlebens zu verstehen.» Suunnilleen samoin ovat käsitteen ymmärtäneet myös *Maurach* s. 238 s., *Mezger* BT. s. 169 (vrt. kuit. Lehrbuch s. 310) ja *Niethammer* s. 264 s., ks. myös esim. *Allfeld* s. 471 s., *Bader*, s. 32, v. *Cleric* s. 43, *Dalcke—Fuhrman—Schäfer* s. 238 ja 331 s., *Finger* s. 355 s. ja *Haft* s. 260 s.

⁸ *Forsman* Särskilda s. 378.

⁹ Mt. s. 379. Mikäli kuitenkin on kysymys toisen henkilön käsityksestä tms., voi sitä koskeva valheellinen ilmoitus käydä asianlaidan esiintuomisesta. Esitettäessä tällainen väite voidaan nimittäin samalla katsoa väitettävän, että käsitys on tullut esittäjän tietoon ao. toisen henkilön ulkoisen toiminnan välityksellä. Tällöin siis samalla esitetään se asianlaita, että ko. käsitys on jollakin tavoin ilmaistu; mt. s. 381.

voi olla asianlaita eikä siis erehdyttämistoiminnan »kohteena», vaikkakin, kuten Forsman huomauttaa, väite tulevaisuuden seikasta, milloin se samalla implicite sisältää ilmoituksen jostakin nykyisyyden tai menneisyyden ilmiöstä, voi käydä asianlaidan esiintuomisesta.¹⁰

Serlachiuksen puheena olevaa sanaa koskeva käsitelmääritys on toisaalta suppeampi, toisaalta taas laajempi kuin Forsmanin. Häinkin katsoo, ettei tulevaisuuden ilmiö voi olla asianlaita, mutta vaatii myös pääsääntöisesti nykyisyyden ja menneisyyden seikoilta »aistein havaittavuutta».¹¹ Ajatteleamalla tehdyt johtopäätökset, mielipiteet tai arvostelut¹² eivät sisälly asianlaita-käsitteeseen. Kaikkia sisäisiä seikkoja *Serlachius* ei kuitenkaan halua sulkea käsitesisällön ulkopuolelle. Niinpä seikat, joita tosin ei voida aistimin havaita, mutta jotka ovat »itsehavainnon» tuloksia, kuten aikomus tai tieto, kuuluvat käsitteen piiriin.¹³

Varsin lähellä *Serlachiuksen* käsitystä on *Honkasalon* asiasta esittämä mielipide, jonka mukaan asianlaidalla on ymmärrettävä kaikkia konkreettisia menneisyyteen tai nykyisyyteen kuuluvia esineitä, tapahtumia tai tiloja, minkä lisäksi käsitteeseen voidaan sisällyttää myös sielunelämän tapahtumia, kuten tieto tai tahto tahi tarkoitus. Sen sijaan ei *Honkasalokaan* hyväksy ajatustoiminnan tuloksina syntyneitä johtopäätöksiä, mielipiteitä tai arvosteluja asianlaidoiksi.¹⁴

Sen paremmin *Honkasalo* kuin *Serlachiuskaan* eivät tarkemmin perustele, minkä vuoksi he ovat edellä selostetun kaltaisiin tuloksiin päätyneet. Myöskään Forsman ei nimenomaisesti lausu julki kannanottonsa perusteita. Vaikkakin hän ilmeisesti on lähtökohtanaan pitänyt sakförhållande-sanan kielellistä merkitystä,¹⁵ on hänen esityksestään kuitenkin pääteltävissä, että hän on hakenut asianlaita-käsitteen, sellaisena kuin sitä RL 36: 1:ssä käytetään, sisältöä rajoittavia tekijöitä muualtakin. Niinpä hän puhuessaan tulevaisuuden seikoista lausuu mm. »Däremot kan man icke hit hänföra sådana fakta, som hänföra sig till framtiden, ty ett framtida sakförhållande är något

¹⁰ Mt. s. 377.

¹¹ Näin myös esim. *Schlag* s. 12.

¹² Viimeksi mainitut lienevät myös lähinnä olleet *Alasen* mielessä hänen lausuessaan (*Petosrikoksesta* s. 899), ettei »sellainen seikka, josta toinen asiakumppani voi itsenäisesti muodostaa mielipiteensä oman arvostelunsa pohjalta, ole asianlaita rikoslain 36 luvun 1 §:n tarkoittamassa mielessä.» — Se, mikä tällaisen rajoituksen asianlaita-sanan sisällölle juuri RL 36:1:ssä aiheuttaisi, ei käy esityksestä selville.

¹³ *Serlachius* II s. 257 s.

¹⁴ *Honkasalo*, *Erinäiset* s. 64 s. ja E I s. 165 ss.

¹⁵ *Ks. Forsman* mt. s. 379.

som ännu icke finnes... Då man därför talar om ett framtida sakförhållande, är det fråga om en subjektiv uppfattning af eller omdöme om något sådant som kommer att hända. Ett sådant sakförhållande är hvarken sant eller falskt emedan det als icke existerar». (harv. tässä) ¹⁶

Edellä selostetuista suuresti poikkeava on *Estlanderin* käsitys asianlaidan merkityksestä. Hän ottaa lähtökohdaksi sakförhållande-sanana kielellis-loogisen sisällön ja tulee tältä pohjalta tulokseen, ettei mikään estä katsomasta myös sisäisten ja vieläpä tulevaisuuteenkin kohdistuvien seikkojen hyvin voivan muodostaa asianlaitaa.^{17 18} Petossäännöksessä *Estlander* katsoo sanaa käytetyn koko sen kielellisen merkitysalueen laajuudessa, minkä vuoksi hänen mukaansa lainsäätäjä ei meillä ole rajoittanut petosrikosta vain tietynlaisten asianlaitojen välityksellä tapahtuvaan erehdyttämiseen.¹⁹

Koska asianlaita-sanana sisällöstä ilmeisesti voidaan olla eri mieltä ja koska tällä sanalla periaatteessa saattaisi olla varsin tärkeä merkitys rangaistavan ja rankaisematta jäävän erehdyttämissuhtautumisen välisenä rajapyykkinä, on *Estlanderin* lähtökohtaa pidettävä metodisesti oikeana; ensin on mahdollisimman tyhjentävästi selvitettävä tarkastelun kohteena olevan sanan merkitysalue sen käyttämisen aikoihin vallinneen yleiskielen pohjalta;²⁰ sen jälkeen vasta voidaan ryhtyä tarkastelemaan, olisiko vain jokin osa tästä alueesta otettu käytäntöön RL 36: 1:ssä.

Nyt on kuitenkin niin, että yleiskielen merkitysvivahteet (»förhållande som rör sak, någonting verkligt» ja »verkligt förhållande», »faktum») ²¹ tuntuvat tässä kohdin olevan verraten epämääräisiä. Niiden perusteella lienee kuitenkin ilman muuta todettavissa, etteivät kaikki ne seikat, jotka *Serlachiuksen* ja *Honkasalon* mukaan kuuluisivat käsitteen piiriin, voi olla samaa kuin »sakförhållande». Edellä esitetyn mukaisesti *Serlachius* ymmärsi asianlaidalla »kaikkea mitä voidaan aistimilla havaita ja mikä kuuluu joko nykyisyyteen tai menneisyyteen». Tähän joukkoon on epäilemättä luettava myös *Honkasalon* mainitsemat konkreettiset esineet ja tilat samoin kuin myös esim. jonkin esineen ominaisuudet. Kuinka nyt kuitenkin jostakin konkreettisesta esineestä, esim. metallikappaleesta tai sen ominaisuudesta taikka tilasta voitai-

¹⁶ *Forsman* mt. s. 378.

¹⁷ *Estlander* s. 7 ss. ja s. 16 s.

¹⁸ Näin myös *Voipio* s. 170.

¹⁹ *Estlander* s. 53 s.

²⁰ Ks. myös *Drexler* s. 4.

²¹ *Dalin* s. 319 ja *Sundén* s. 304. Ks. myös *Palmér* s. 555.

siin sanoa, että kysymyksessä olisi »verkligt förhållande, förhållande som rör sak»? Onhan selvää, ettei esineen paino sen paremmin kuin henkilön maksukyky tai varallisuusasema sellaisenaan itsessään ole mikään »förhållande». — Tuntuukin siltä, kuin »asianlaidalla» olisi ymmärrettävä jotakin kokonaisuutta, suhdetta, johon tällainen konkreettinen esine tai ominaisuus liittyy vain osana. Jos sanotaan: tämä taulu on Rubensin maalaama ja arvoltaan niin ja niin paljon, taikka: tässä paketissa on kaksi kiloa sokeria, esitetään epäilyksettä kummassakin tapauksessa asianlaita, mutta sinä ei ole taulun arvo tai sen tekijä eikä vastaavasti pakkauksen sisältö tai laatu sellaisenaan. Asianlaitana lausunnoissa on se ajatuksellinen kokonaisuus, että taulu on Rubensin maalaama ja sen arvo on väitetyn suuruinen, sekä vastaavasti, että tarkastelun kohteena oleva paketti sisältää kaksi kiloa sokeria.²²

Puhuessaan asianlaidan esiintuomisesta edellyttää laki siltä »valheellisuutta». StrGB 263 §:ssä käytetään vastaavasti sanoja »falsche Tatsachen». Viimeksi mainittuun sanontaan onkin saksankielisessä petosta käsittelevässä kirjallisuudessa kiinnitetty huomiota ja pidetty sitä lainsäätäjän taholta tapahtuneena epätasällisyytenä. On nimittäin varsin yleisesti katsottu sanan »Tatsache» olevan käsite, joka edellyttää tunnusmerkkinään sitä, että se on »tosi». ²³ Mikäli asianlaita-sana ymmärretään Honkasalon ja Serlachiuksen tapaan, täytynee sama huomautus tehdä myös RL 36: 1:n osalta; miten nimittäin voitaisiin puhua aistein havaittavasta konkreettisesta menneisyyteen tai nykyisyyteen kuuluvasta esineestä, tapahtumasta ja tilasta, joka olisi »valheellinen»? Jos sen sijaan sanalla katsotaan sen edellä esitettyjen yleiskielellisten merkitysvivahteiden perusteella tarkoitettavan tällaista esinettä jne. otettuna ajatuksellisen tarkastelun kohteeksi, ei ristiriitaa synny. Vaikkakin asianlaita tällaisena ajatuksellisena yhteytenä edellyttää jonkinlaista kohdetta, ei tästä suinkaan johdu, että kohteen täytyisi todellisuudessa olla ajatusyhteyden mukainen.²⁴ Mikäli esitetty asianlaita vastaa tosiasiallista tilannetta, on se oikea, »todellinen», päinvastaisessa tapauksessa taas »val-

²² Ks. *Estlander* s. 8: »Att något framstår såsom ett sakförhållande, förutsätter en tankeoperation, ett omdöme om att förhållandet mellan gifvna saker är det ifrågasvarande».

²³ Ks. esim. v. *Cleric* s. 44 (»Es gibt keinen 'falschen' Tatsachen»), *Hafters* s. 259 (»Eine Tatsache ist immer wahr») ja *Maurach* s. 238 (»'Falsche' Tatsachen sind ein Widerspruch in sich, es ist Merkmal jeder Tatsache, dass sie 'wahr' ist»); ks. myös *Drexler* s. 12, *Hoffman* s. 3, *Mezger* BT s. 171, *Rech* s. 20 ja *Schmid* s. 30 s.

²⁴ Ks. myös esim. *Hegler* s. 421 ja *Schönke—Schröder* s. 1075.

heellinen»,²⁵ mutta kumpaisessakin tapauksessa kysymyksessä silti on asianlaita (»förhållande som rör sak»). Asianlaita ei nimittäin edellä esitetyn tavoin ymmärrettynä käsitteenä itsessään, asetettiinpa sen »kohteelle» tällaisia vaatimuksia tahi ei, ole mitään konkreettista, vaan puhtaasti inhimillisen ajatustoiminnan kohteena oleva abstraktinen suhdeilmiö.^{26 27} Vasta sitten, kun halutaan ottaa esitetyn asianlaidan oikeus tarkastelun kohteeksi, joudutaan kiinnittämään huomio siihen, vastaako tämä myös todellisuutta. Jos henkilö luottoa pyytäessään ilmoittaa omistavansa osake-enemmistön X Oy:ssä, on hän esittänyt asianlaidan, joka ei käsitteellisesti ole lainkaan riippuvainen yhtiön osakkeiden todellisista omistussuhteista. Asianlaitana ilmoituksessa on se, että henkilö omistaa enemmistön X Oy:n osakkeista, ja sellaisena se on täysin riippumaton ilmoituksen paikkansapitävyydestä; se ei menettäisi asianlaita-ominaisuuttaan siinäkään tapauksessa, ettei ko. yhtiötä lainkaan olisi olemassa.

Kun asianlaita-sana ymmärretään tällä tavoin, ei siltä ole mitään syytä käsitteellisesti edellyttää »aistein havaittavuutta». Esim. toteamus jonkin asiakirjan oikeudellisesta luonteesta tai luoton vakuudeksi annettujen panttien riittävytydestä sisältää varmasti asianlaidan, vaikka sen paremmin asiakirjan laadun kuin vakuuksien riittävytydenkään toteaminen ei voi tapahtua pelkästään aistihavainnon välityksellä, vaan vaatii havainnon lisäksi ajatustoimintaa.²⁸

Edellä todettiin, ettei konkreettinen esine, tila tms. voi sellaisenaan olla asianlaita. Sama koskee inhimillisen ajatusmaailman ja sielunelämän liikkeitä ja tiloja eli nk. sisäisiä seikkoja, kuten tietoa, aikomusta, tarkoitusta jne. Mutta liian pitkälle mielestäni mennään, jos väitetään, etteivät tällaiset ilmiöt saata olla asianlaitaväitteen osana. Ilmoitukset

²⁵ Kun tässä puhutaan »valheellisuudesta», tarkoitetaan sillä »objektiivista» virheellisyyttä kiinnittämättä lainkaan huomiota asianlaidan esittäjän omiin käsityksiin (»subjektiiviseen» virheellisyyteen). Kysymys asianlaidan esiintuojan tietoisuudesta asianlaidan oikeellisuudesta on nähdäkseni puhtaasti petosrikoksen edellyttämää syyksiluettavuutta koskeva probleemi, jota ei ole syytä kytkeä lainkohdan tarkoittaman asianlaita-käsitteen sisältöä koskevan kysymyksen selvittämiseen. Ks. *Estlander* s. 12. Vrt. *Forsman*, *Särskilda* s. 373 s.

²⁶ Ks. myös *Estlander* s. 8 (»I sakförhållandets begrepp ligger altså intet, som skulle angifva att detsamma allenast omfattade hvad som vore att anses för sant, verkligt, bevisadt, erkänt rön, faktum»).

²⁷ Näin ollen ei asianlaidalta voida käsitteellisesti vaatia todettavuutta; vrt. toisin *Tatsache*-sanana osalta esim. *Frank* II s. 128 ja v. *Cleric* s. 39.

²⁸ Vrt. *Honkasalo* *Erinäiset* s. 64 s. ja *Serlachius* II s. 257 s. *Tatsache*-sanana osalta ks. esim. v. *Cleric* s. 39 s. ja *Olshausen* II s. 1073.

»minä tiedän», »minä aion», »tarkoitukseni on» jne. sisältävät sen asianlaidaksi katsottavan suhteen, että minulla on tämä tieto, aikomus tai tarkoitus.²⁹ Sisäisten seikkojen suhteen on kuitenkin nimenomaan huomattava, ettei niiden yhteydessä asianlaitana ole se yhteys, joka vallitsee niiden ja sen ulkomaailman ilmiön välillä, johon ne kohdistuvat, vaan se suhde, jonka sisäistä seikkaa koskeva väite paljastaa vallitsevan tämän seikan ja subjektin välillä.³⁰ Joka esim. ilmoittaa aikovansa maksaa velkansa määräpäivänä, ei (välttämättä) esitä mitään itse velkaan tai sen suorituspäivään välittömästi liittyvää asianlaistaa, vaan sen asianlaidan, että hänellä on ilmoituksen mukainen aikomus. Tämän huomioon ottaen ei ole tarpeen tehdä eroa »itsehavainnon» ja »ajatustoiminnan» tuloksena syntyneitten sisäisten seikkojen välillä.³¹ Ei ole siis mitään syytä sulkea esim. mielipiteitä, arveluja,

²⁹ Ks. esim. *Estlander* s. 16 ss., *Honkasalo*, Erinäiset s. 64 ja *E I* s. 165 s. sekä *Voipio* s. 170; toisin *Forsman*, *Särskilda* s. 379. — Oikeuskäytännössä ei ole epäroity katsoa petokseksi tapauksia, joissa uhri on erehdytetty toisen »aikomusten» tai »tarkoitusten» suhteen; ks. esim. KKO 1920 II 376 (A:lla ei ollut ollut aikomustakaan toimittaa lupaamiaaan halkoja), 1924 II 365 (»ei aikomustakaan maksaa»), 1931 II 2 (A, jolla oli osa eräässä yhtiössä merkitsemiensä osakkeiden hinnasta maksamatta, oli saanut ne haltuunsa ilmoittamalla panttaavansa ne ja suorittavansa loppuerän näin saamallaan rahoilla »vaikkei hänellä ilmeisestikään ollut ollut sellaista aikomusta»), 1935 II 420 (A oli saanut B:ltä lainaksi kirjoituskoneen ja luvannut palauttaa sen, »vaikka hänellä ilmeisesti ei ollut ollut sellaista aikomusta»), 1947 II 46 (A oli myydessään kiinteistönsä vakuuttanut ostajalle hankkivansa kaupan vaimonsa suostumuksen, vaikkei hänellä ollut ollut aikomustakaan sitä tehdä) sekä 1948 II 145, 1948 II 453, 1960 II 93, p. 7. 11. 1958 no. 2251, 14. 1. 1959 no. 95, 11. 1. 1960 no. 28, 29. 6. 1960 no. 1813, 16. 8. 1960 no. 2032, 6. 10. 1960 no. 2595, 14. 11. 1960 no. 3053 ja 7. 8. 1961 no. 2313.

Tatsache-sanana osalta voidaan tätä käsitystä pitää vallitsevana; ks. esim. *Allfeld* s. 472, *Binding* s. 347 (»Eine der wichtigsten Tatsachen im rechtsgeschäftlichen Leben ist die Absicht der Parteien»), *Dalcke—Fuhrmann—Schäfer* s. 333, *Daude* s. 299, *Drexler* s. 11, *Frank* II s. 125 s., *Germann* s. 130 s., *Haft* s. 260, *Hegler* s. 420 alav. 8, *Heilbronner* s. 16, v. *Hippel* s. 256, v. *Liszt—Schmidt* s. 514 ja 670 *Maurach* s. 238, *Mezger* BT s. 169, *Niethammer* s. 265, *Olshausen* II s. 1073, *Schönke—Schröder* s. 1076 ja *Zimmermann* s. 142; vrt. *kuitt. Merkel Abhandlungen* s. 239 s. ja *Meyer* s. 581, joka periaatteessa hyväksyy vain toisen henkilön aikomukset jne. Tatsache-käsitteen piiriin. Tämän johdosta ks. esim. *Hegler* s. 420 alav. 8.

³⁰ Ks. myös *Finger* s. 355.

³¹ Vrt. *Honkasalo* Erinäiset s. 65 ja *Serlachius* II s. 258. — Tatsache-käsitteen katsotaan yleensä kuuluvan määrätynlainainen »Gewissheit» tai »Bestimmtheit»; ks. esim. *Hegler* s. 420 ja *Schönke—Schröder* s. 1075 s. Tämän vuoksi on kelpaamattomiksi katsottu esim. sellaiset sisäiset seikat kuin luulo, toivomus ja tunne; ks. esim. v. *Cleric* s. 42 (»Denn gerade nach Seite des Inhaltes werden die

luuloja yms. »subjektiivisia» sisäisiä seikkoja asianlaitakäsitteen ulkopuolelle. Joka ilmoittaa mielipiteenään, että jokin määrätty taideteos on aito, esiintuo sen asianlaidan, että hänellä on ilmoituksensa mukainen mielipide. — Tämän asianlaidan valheellisuus ei ole riippuvainen taideteoksen alkuperästä, vaan ainoastaan siitä, oliko ko. henkilöllä ilmoituksen tehdessään väittämänsä mielipide vaiko ei.

Kun on kysymys ulkoista seikkaa koskevasta asianlaidasta, on sen (objektiivinen) valheellisuus riippumaton esittäjänsä käsityksistä.^{32 33 34} Viimeksi mainitut tulevat tarkastelun kohteeksi ainoastaan erehdyttämistoimen syyksiluettavuutta arvosteltaessa. Mikäli tahallisuuden lievin aste, dolus eventualis, katsotaan erehdyttämisessä riittäväksi,³⁵ on mahdollista, että henkilö saattaa joutua vastuuseen petoksesta esittämällä objektiivisesti valheellisen asianlaidan, vaikka tämä vastaisikin hänen omaa käsitystään asiain todellisesta tilasta ja vaikka siis ulkoisen asianlaidan samalla sisältämä sisäinen asianlaita olisikin »todellinen».³⁶ On nimittäin mahdollista, että henkilö esittäessään väitteen, joka vastaa

psychischen Vorgänge des Gläubens, Hoffens und Fühlens oft der erforderliche Bestimmtheit entbehren.), *Hafters* s. 260 (»Die ... Vorspiegelung eines Glaubens oder einer Hoffnung ist nicht Tatsachenbehauptung»). Ks. myös *Binding* s. 346, *Drexler* s. 11 ja *Frank II* s. 125. Jos kuitenkin lähdetään siitä, että sisäisissä asianlaidoissa on kysymys vain sisäisen seikan ja sen subjektin välisestä suhteesta, ei tällä perusteella tapahtuva sisäisten seikkojen jaoittelu eri kategorioihin tunnu perustellulta. Ks. myös *v. Cleric* s. 40 s., joka katsoo, että puhtaasti psykologiselta kannalta arvosteltuna mahtuisivat kaikki sisäiset seikat Tatsache-käsitteenkin piiriin.

³² Värisokea, joka väittää punaiseksi maalattua esinettä vihreäksi, esittää objektiivisesti arvostellen valheellisen asianlaidan, vaikkakin hän tekee sen »hyvässä uskossa». On huomattava, että sisäisissä asianlaidoissa »objektiivinen» ja »subjektiivinen» valheellisuus yhtyvät; ei voida ajatella, että joku saattaisi hyvässä uskossa väittää omaavansa jonkin käsityksen tai aikomuksen, jota hänellä tosiasiallisesti ei ole.

³³ Yleensä väite, joka sisältää ulkoisen asianlaidan samalla sisältää sisäisenkin, mutta arvosteltaessa sen esittäjän syyllisyyttä, ei ole syytä pohtia viimeksi mainitun mahdollista totuudenmukaisuutta, vaan huomio kohdistetaan vain siihen tietoisuuteen, joka henkilöllä on ollut ulkoisen asianlaidan objektiivisesta valheellisuudesta. — Ks. esim. *Kohlrausch—Lange* s. 452 (»...jede tatsächliche Behauptung (enthält) ein Urteil...»).

³⁴ Vrt. kuitenkin esim. *Forsman Särskilda* s. 373.

³⁵ Ks. jälj. IV. B. — Silloin kun on kysymyksessä sisäinen asianlaita, ei sen valheellisuuteen nähden luonnollisestikaan saata tulla kysymykseen dolus eventualis, ks. esim. *Daude* s. 290 ja *Kohlrausch—Lange* s. 575.

³⁶ Vrt. *Binding* s. 347 alav. 5.

hänen omaa käsitystään asiasta, kuitenkin on mieltänyt mahdolliseksi väitteensä sisällön objektiivisen valheellisuuden ja suhtautunut siihen välinpitämättömästi, mikä sielullinen suhde on riittävä konstituimaan dolus eventualis-asteisen tahallisuuden.³⁷ Tämän vuoksi ei ole merkityksetöntä, katsotaanko lausuman, joka on luonteeltaan arvioiva tai arvosteleva (Werturteil) koskaan voivan sisältää ulkoisen asianlaidan. Useimmissa tapauksissa kysymyksessä luonnollisesti on vain mielipiteen-ilmaisu, sen sisäisen asianlaidan esittäminen, että ilmoittajalla on arvosteleman mukainen käsitys asiasta, mutta tällainen lausuma saattaa sisältää myöskin objektiivisen väitteen arvostelman kohteesta.

Saksalaisessa kirjallisuudessa on varsin yleinen se mielipide, ettei »Werturteil» ole »Tatsache».³⁸ Sama käsitys on esitetty myös asianlaidan suhteen.³⁹ On totta, että arvostelulausuman sisältämän suhteen oikeellisuuden tai valheellisuuden toteaminen on usein varsin vaikeaa,⁴⁰ mutta tämä ei käsitteellisesti ole esteenä sille, että arvostelma sisältäisi ulkoisen asianlaidan; asianlaitasuhdehan on edellä esitetyn mukaan riippumaton mahdollisuuksista verrata sitä asiain todelliseen tilaan. — Onkin vaikeata nähdä »tosiasiaväitteen» ja arvostelman välistä eroa tässä suhteessa. Kyllähän jälkimmäisessäkin on kysymys samanlaatuisesta ajatusyhteydestä, »förhållande som rör sak», (väitetty) »verkligt förhållande». On vielä huomattava, että puhumattakaan siitä, että »tosiasiaväitteen» ja arvostelman välinen rajanveto usein on vaikeata ja epävarmaa,⁴¹ sisältyy arvostelmaan yleensä samalla väite niistä seikoista,

³⁷ Tahallisuuden eri asteista ks. esim. *Honkasalo* II s. 78 ss. ja jälj. IV. A.

³⁸ Saksan ja Sveitsin oikeuden osalta ks. esim. *Berner* s. 572, v. *Cleric* s. 38 ja s. 43, *Frank* II s. 128, v. *Gerlach* s. 35, *Germann* s. 131, *Haft* s. 260, *Hegler* s. 421, *Kohlrausch—Lange* s. 452, v. *Liszt—Schmidt* s. 514, *Maurach* s. 238, *Mezger* BT s. 169 s., *Niethammer* s. 265, *Rech* s. 25, *Rudolph* s. 11, *Schönke—Schröder* s. 1076 ja *Welzel* s. 269. — Ks. myös *Øvergaard* s. 71.

³⁹ *Alanen*, Petosrikoksesta s. 899, *Forsman* Särskilda s. 377 s., *Honkasalo* Eri-näiset s. 65 ja E I s. 168 sekä *Serlachius* II s. 258; vrt. *Estlander* s. 10 s. ja *Voipio* s. 170.

⁴⁰ On kuitenkin huomattava, ettei tämä vaikeus ole ominainen vain puhtaille arvostelma-asianlaidoille. Ajatellaanpa tapausta, jossa huvilapalstan myyjä ilmoittaa ko. alueella kasvavan koivumetsää. Onko hän esiintuonut valheellisen asianlaidan, mikäli käy ilmi, että tontilla kasvoi vain esim. neljä koivua? Ja ellei näin voida katsoa, niin kuinka monta puuta olisi vaadittava, jotta voitaisiin puhua metsästä? — Ks. myös *Kohlrausch—Lange* s. 452.

⁴¹ Ks. *Rues* s. 14; ks. myös *Honkasalon* lausumaa seur. alav:ssa; mikä on se sanojen »hyvin» ja »runsasti» välinen ero, joka oikeuttaa arvostelemaan ne asianlaitaväitteen kohteeksi kelpaavaisuuden kannalta erilaisiksi?

jotka tekevät esitetyn arvioinnin oikeutetuksi.⁴² — Näin ollen katsonkin, että milloin arvostelmalause ei suuntaudu puhtaasti vain esittäjänsä subjektiivisen käsityksen tai mielipiteen ilmaisemiseen, saattaa se sisältää ulkoisen asianlaidan, jonka (objektiivinen) valheellisuus on täysin riippumaton sen esittäjän omista käsityksistä; nämä tulevat huomion kohteeksi vain tahallisuusarvostelun yhteydessä.⁴³

Kuten edellä viitatuista asianlaita (ja Tatsache)-käsitettä koskevista kannanotoista käy selville, vallitsee yksimielisyys siitä, että asianlaita voi liittyä paitsi nykyisyyden myös menneisyyden ilmiöihin, tapahtumiin jne. Näin on epäilemättä asia myös, mikäli käsite ymmärretään tässä kirjoituksessa tarkoitetulla tavalla.

Melkein yhtä yksimielinen on toisaalta se käsitys, ettei asianlaidasta voi olla puhetta pelkästään tulevaisuuden seikkojen yhteydessä.⁴⁴ Vaikka tulevaisuuteen kohdistuvaan väitteeseen usein saattaa kätkeytyä myös

⁴² Ks. esim. *Honkasalo*, Erinäiset s. 65 (»Asianlaitakäsitteeseen eivät kuulu... arvostelut. Mutta sellaisiin... voi kätkeytyä väite jostakin asianlaidasta. Joka sanoo ravintolan menestyvän hyvin, hän väittää sillä olevan runsaasti asiakkaita.») ja E I s. 168. Ks. myös *Hegler* s. 420 alav. 6, *Maurach* s. 239, *Kohlrausch—Lange* s. 452 ja *Schönke—Schröder* s. 1076.

⁴³ Myös oikeuskäytännössä on ilmeisesti katsottu mahdolliseksi petoksen toteuttaminen arvostelma-asianlaidan esittämisellä; ks. OO 1916 II 874 (A oli myydessään B:lle maa-alueen »försäkrat, att de på parcellen befintliga byggnaderna befunno sig i godt skick»; sittemmin kävi ilmi, että erään rakennuksen perusta oli »alldeles oduglig»), KKO 1918 II 63 (A tuomittiin petoksesta, kun hän oli myydessään erään yhtiön osakkeita B:lle »ej allenast förhålligat, att affärens tillstånd varit dåligt och att den samma under nästföregående år gått med förlust... utan fastmer försäkrat, att affärens ställning varit synnerligen god.») ja 1938 II 50 (A oli ottaessaan maksua vastaan henkilöitä parturinoppiin uskotellut näille opetuksen olevan taroituksenmukaista ja menestyksellistä, vaikka oppilaat sittemmin olivat jääneet vaille »vaatimatontakin alkeisopetusta»; RO tuomitsi A:n petoksesta, HO ja KKO sen sijaan hylkäsivät syytteen, mutta vain koska ne katsoivat jääneen »näyttämättä, että A olisi menetellyt petollisesti).

⁴⁴ Ks. esim. *Forsman Särskilda* s. 378, *Honkasalo* Erinäiset s. 64 ja E I s. 167 s. ja *Serlachius* II s. 64. Toisin esim. *Estlander* s. 16 s. ja *Voipio* s. 170. — »Tatsache»-sanana osalta ks. esim. *Allfeld* s. 471 alav. 10, *Berner* s. 572, v. *Cleric* s. 38, *Dalcke—Fuhrmann—Schäfer* s. 333, *Drexler* s. 5, *Finger* s. 356, *Frank* II s. 125 (»Etwas Zukünftiges ist ebensowenig eine Tatsache wie ein Weizenkorn schon Weizen ist.»), v. *Gerlach* s. 35, *Hafters* s. 260, *Hegler* s. 421, *Heilbronner* s. 16, v. *Hippel* s. 256, v. *Liszt—Schmidt* s. 514, *Maurach* s. 238, *Niethammer* s. 265, *Olshausen* I s. 528, *Rech* s. 19 ja 25, *Rudolph* s. 11 sekä *Schönke—Schröder* s. 1076. Toisin kuit. *Binding* s. 346 ja *Haager* s. 578. Vrt. myös *Welzel* s. 269, joka lukee käsitteen piiriin sellaiset tulevaisuuden seikat, jotka »als unverbrüchlich notwendig eintretend hingestellt wird», kuten auringonpimennys, vuodenajat, mutta ei sen sijaan »blosse Möglichkeiten».

väite nykyisyyden tai menneisyyden ulkoisesta seikasta⁴⁵ ja vaikka se säännönmukaisesti sisältää myös väitteen siitä, että esittäjällä tällä hetkellä on ilmoituksensa mukainen aikomus taikka käsitys tapahtumien tulevasta kehityksestä ja siis sisäisen asianlaidan,⁴⁶ on tulevaisuutta koskevalla väitteellä myös itsenäinen merkityksensä asianlaitakäsitteen kannalta. Tässä suhteessa pitää vastaavasti paikkansa se, mitä edellä on esitetty arvostelmien suhteen.

On vielä huomattava, että henkilön tuomitsemiseksi petoksesta ei suinkaan riitä, että todetaan hänen esittäneen valheellisen asianlaidan; lisäksi edellytetään, että tämä toiminta on aiheuttanut toisessa erehdyksen. Ajatellaan esimerkiksi, että A saa esittämällä vastoin omaa mielipidettään sittemmin paikkaansa pitämättömäksi osoittautuneen väitteen jostakin tulevaisuuden seikasta B:n suorittamaan tappiota tuottavan toimen. Mikäli puhtaasti tulevaisuuteen kohdistuvan väitteen ei voitaisi katsoa sisältävän asianlaitaa, edellyttäisi A:n saattaminen vastuuseen petoksesta vielä sitä, että B:n todetaan mieltäneen myös väitteen sisältämän sisäisen asianlaidan, ts. sen, että A esittää väitteessään oman mielipiteensä. Mikäli B ei lainkaan kiinnittänyt huomiotaan väitteen sisältämään sisäiseen asianlaitaan, on hän tosin erehtynyt tulevaisuuden seikan suhteen⁴⁷ (mikä, kuten edellä on osoitettu, on käsitteellisesti mahdollista), mutta tätä virheellistä mielikuvaa ei kuitenkaan ole saatu aikaan »asianlaidan» (mikäli nimittäin tulevaisuutta ei kelpuuteta asianlaita-väitteen kohteeksi) esiintuomisella, vaan puhtaasti tulevaisuutta koskevan väitteen esittämällä (henkilön mielikuvitusmaailmaan ei hevin voitane ajatella vaikutettavan esittämällä jotakin, joka jää ko-

⁴⁵ Ks. esim. *Forsman* mt. s. 378 sekä *Honkasalo*, Erinäiset s. 63 ja E I s. 167 sekä *Niethammer* s. 265.

⁴⁶ Maksulupaukseen voidaan esim. olosuhteista riippuen katsoa sisältyvän väite lupaaajan sen hetkisistä aikomuksista, ks. *Honkasalo*, Erinäiset s. 63 s.

⁴⁷ Edellä on pyritty osoittamaan (ks. s. 36 s.), että RL 36:1:n tarkoittamalla erehdyksellä ei välttämättä tarkoiteta vain asianlaitaan kohdistuvaa virheellistä mielikuvaa. Mikäli omaksumani käsityksen vastaisesti erehdyksen kohteeksi kelpuutetaisiin vain asianlaita, niinkuin varsin yleisesti on tehty (ks. ed. s. 15), olisi esimerkin tarkoittama tilanne varsin outo: Jos B:llä ei ollut mitään mielikuvaa A:n väitteen sisältämästä nykyisyyteen tai menneisyyteen kohdistuvasta asianlaidasta, ei hän myöskään ollut sen suhteen erehtynyt. Hänellä tosin oli sittemmin virheelliseksi osoittautunut mielikuva tulevaisuuden seikasta, mutta jos väitteessä ei tulevaisuuden osalta voinut olla kysymys asianlaidasta eikä erehdyksen kohteeksi kelpaisi muu kuin asianlaita, ei B:n voitaisi lainkaan sanoa erehtyneen!

henkilöltä tyystin huomaamatta).⁴⁸ Mikäli sen sijaan tulevaisuuteenkin kohdistuvan väitteen voitaisiin sellaisenaan katsoa sisältävän asianlaidan, ei A:n vastuuseen saattamiseksi olisi tarpeen kiinnittää huomiota mahdollisiin sisäisiin asianlaitoihin, vaan ainoastaan tarpeellisen syyksiluettavuusasteen olemassa oloon. Mutta niissäkin tapauksissa, joissa erehdytetyt voidaan katsoa ainakin osaltaan perustaneen virheellisen mielikuvansa tulevaisuuden väitteestä »luettavissa» olevaan sisäiseen asianlaitaan, ei tilanne aina ole yksinkertainen. Näissäkään tapauksissa ei nimittäin tunnu riittävän se, että vain »katsotaan» väitteen sisältäneen myös jonkin nykyisyyteen tai menneisyyteen kuuluvan asianlaidan. Lisäksi olisi kai vaadittava, että tulevaisuutta koskevan väitteen esittäjän on täytynyt ainakin mahdollisena mieltää väitteensä voivan tulla ymmärretyksi ilmoitukseksi tästä asianlaidasta.⁴⁹ Ajatellaan esimerkiksi, että A tarjoaa helmikuussa B:lle ostettavaksi X Oy:n osinkolippuja ja ilmoittaa yhtiön tulevan jakamaan edellisen vuoden voitosta osinkoa 10 mk osaketta kohti. Tällöin voitaneen väitettä objektiivisesti arvosteltaessa »katsoa» sen sisältävän ilmoituksen esim. siitä, että ko. yhtiön hallitus on päättänyt esittää yhtiökokoukselle sanotun suuruisen osingon maksamista. Mikäli B näin päättelee, hän erehtyy (tulevaisuuden seikan suhteen) sen vuoksi, että hänen mielikuvitusmaailmaansa on saatettu objektiivisesti valheellinen (menneisyyden kohdistuva) asianlaita. Mahdollista kuitenkin on, että A ei väitteellään laisinkaan halunnut viitata mihinkään menneisyyden tapahtumiin, joista hän kenties ei ollut edes tietoinen, tai ettei hän ottanut huomioon (mieltänyt) sitä mahdollisuutta, että hänen tulevaisuuteen kohdistuva väitteensä näin ymmärrettäisiin. Jotta A tällöin voitaisiin tuomita petoksesta, edellyttäisi se nähdäkseni »tulevaisuuden» asianlaitojen hyväksymistä.

⁴⁸ Voitaneen tosin väittää, ettei kukaan järkevä ihminen perusta toimintaansa pelkästään tulevia tapahtumia koskevan lausunnon varaan ilman, että hän ottaisi lukuun ja luottaisi siihen, että väitteen esittäjä nojautuu joihinkin nykyisyyden tai menneisyyden tapahtumiin tai ainakin itse uskoo tilanteen kehittyvän väitteen edellyttämällä tavalla. On kuitenkin kyseenalaista, olisiko oikeutettua ainakaan kaikissa tapauksissa nojautua ratkaisussa tällaiseen edellyttämukseen; arvostelun pohjaksi täytynee ainakin pyrkiä asettamaan kysymys »mikä on tosiasiaa aiheuttanut virheellisen mielikuvan?».

⁴⁹ Tämän johdosta ei se sinänsä uskottavalta tuntuva toteamus, että jokaisesta tulevaisuuteen kohdistuvasta väitteestä olisi sitä objektiivisesti tarkasteltaessa löydettävissä jokin menneisyyteen tai nykyisyyteen kohdistuva asianlaita (esim. *Drexler* s. 6 s.) vielä riitä kaikissa tapauksissa selvittämään kysymystä sellaisen henkilön syyllistymisestä petokseen, joka on esittänyt epätodeksi osoittautuneen väitteen tulevaisuuden tapahtumista. Ks. myös *Dalcke—Fuhrmann—Schäfer* s. 333 ja *Hegler* s. 420 alav. 8.

Mielestäni ei ole mitään syytä yrittää rajoittaa 36: 1:n soveltamisalaa asianlaita-käsitteen ahtaalla tulkitsemisella. Miksi tulisi katsoa, ettei henkilö syyllisty petokseen esittäessään jonkin valheellisen väitteen ja erehdyttäessään toisen tällä tappiolliseen suhtautumiseen, vain sen vuoksi, että väite on laadultaan sellainen (esim. arvostelma tai tulevaisuuden tapahtumia koskeva), jonka totuudenmukaisuus tai valheellisuus yleensä on vaikeasti todettavissa? Tarpeellinen rajoitus sisältyy nähdäkseni siihen vaatimukseen, että esiintuodun asianlaidan tulee olla valheellinen; mikäli valheellisuutta ei yksityistapauksessa voida todeta, ei petoksesta voida tuomita, mutta tämä ei johdu siitä, ettei kysymyksessä ole ollut »asianlaita», vaan siitä, ettei voida sanoa, että toinen olisi esittänyt valheellisen asianlaidan. Eikä se, että arvostelmalauseen tai tulevaisuutta koskevan väitteen »valheellisuus» useimmiten on toteamismahdollisuuksien ulkopuolella, voine olla riittävä syy katsoa, ettei RL 36: 1 soveltuisi silloinkaan, kun tämä toteamus on yksityistapauksessa tehtävissä.⁵⁰

⁵⁰ Käytännön tapauksissa, joissa on kysymys tulevaisuuteen kohdistuvasta väitteestä, voidaan, kuten sanottu, usein katsoa väitteen samalla sisältäneen ilmoituksen niistä seikoista, jotka tekevät sen oikeaan osumisen todennäköiseksi tai ainakin siitä, että väitteen esittäjä itse uskoo tilanteen kehittyvän hänen ilmoittamallaan tavalla. On hyvin mahdollista, että myös oikeuskäytännössä on silloin, kun tulevaisuuteen kohdistuneen väitteen esittäjä on tuomittu petoksesta, ratkaisu perustettu juuri edellä mainittuun näkökohtaan. Toisaalta on kuitenkin todettava, etten ole löytänyt yhtään sellaista KKO:n ratkaisua, jossa petossyytteen hylkäävää lopputulosta olisi perusteltu sillä, ettei tulevaisuus kelpaisi asianlaidan kohteeksi. Sen sijaan on löydetävissä tapauksia, joista mielestäni päinvastoin voidaan päätellä korkeimman oikeusasteemme katsoneen henkilön tulleen erehdytetyksi nimenomaan tulevaisuuden tapahtumaan kohdistuneen valheellisen asianlaidan esittämisellä; ks. esim. OO 1916 II 1006, KKO 1921 II 458, 1928 II 60, 1933 II 440, 1934 II 345, 1937 II 325 ja p. 4. 9. 1959 no. 1751, joissa kaikissa syytetty on saanut toisen antamaan itselleen jonkin edun luvaten siitä vastikkeen »tietoisena siitä», ettei toinen tulisi tätä vastiketta saamaan. Näissäkin tapauksissa tietysti voidaan sanoa, että syytetty on salannut sen seikan, että hän jo lupaushetkellä tiesi tai luuli vastikkeen jäävän saamatta, mutta paljon luontevampaa on katsoa erehdyttämisen olleen itse valheellisessa lupauksessa, ts. siinä, että on esitetty tulevaisuuteen kohdistuva (valheellinen) asianlaita, jonka valheellisuutta syytetty jo sen esittämis-hetkellä on pitänyt ainakin todennäköisenä. Ks. myös KKO p. 20. 7. 1960 no. 1896 ja p. 11. 10. 1961 no. 3141, joissa molemmissa on tuomittu petoksesta henkilö, joka oli valheellisesti luvannut mennä asianomistajan kanssa avioliittoon ja täten saanut häneltä lahjoja ja rahaa lainaksi, sekä p. 7. 4. 1961 no. 1274, jossa A tuomittiin petoksesta, kun hän oli pyytäässään ja saadessaan rahaa B:ltä lainaksi shekkiä vastaan, valheellisesti vakuuttanut, että lainaa vastaava rahamäärä olisi kolmen päivän kuluessa nostettavissa hänen tililtään.

3. Rikoslain 36 luvun 1 §:n mainitsemat erehdyttämiskeinot

a. Yleistä

Kuten jo aikaisemmassa yhteydessä on korostettu, ei RL 36:1 sanamuotonsa mukaan ulotu koskemaan mitä tahansa erehdyttämistä. Säännös edellyttää, että erehdys on saatava aikaan tai pidettävä vireillä valheellisen asianlaidan esiintuomisella taikka todellisen asianlaidan vääristämällä tai salaamisella. Niin kuin edellä jo todettiin, on lainsäätäjällä petosrikoksen tunnusmerkistöä laadittaessa ollut päämääränään suorittaa mahdollisimman tarkka rajanveto luvallisen ja kriminalisoidun vilpin välillä.¹ Tästä johtuen lienee lainkohdan tulkinnassa tältäkin osin lähdettävä siitä, että siinä käytetyillä teonsanoilla on oma rajoittava merkityksensä; suhtautuminen, joka ei käsitä asianlaidan esiintuomista, vääristämistä tai salaamista, ei toteuta petoksen tunnusmerkistöä, vaikka sillä saataisiinkin toinen erehdytetyksi ja tämän erehdyksen vallassa tekemään tappiollinen disponointi.² Näin ollen ei ole mitään syytä lähteä yleiseltä kannalta pohtimaan sitä, miten toinen voidaan yleensä saada omaksumaan tai säilyttämään virheellinen mielikuva, vaan huomio voidaan kohdistaa suoraan lainkohdan mainitsemiin erehdyttämiskeinoihin. — Toistettakoon kuitenkin tässäkin se aikaisemmin tehty toteamus, että erehdyksen aikaansaaminen toisessa ei saata tapahtua ilman tämän toisen »myötävaikutusta». Hänen on itsensä omaksuttava virheellinen mielikuva. RL 36:1:n luettelemilla tekemuodoilla saattaa näin ollen olla merkitystä — sikäli kuin on kysymys erehdyksen aikaansaamisesta — vain toisen mielikuvanmuodostusprosessin kannalta.

b. Erehdyksen aikaan saaminen ja vireillä pitäminen aktiivisella tekemisellä

a. Valheellisen asianlaidan esiintuominen. Kun on kysymys toisen mielikuvanmuodostusprosessiin vaikuttamisesta asianlaidan esiintuomisella, merkitsee tämä sitä, että ko. asianlaita saatetaan toisen havaintopiiriin. Laki ei aseta mitään rajoituksia sen suh-

¹ Ks. *Strafflagsutskottets betänkande* s. 85.

² StrGB 263 §:n osalta näin esim. *Jahn* s. 19 ja s. 44 sekä *Nagler* s. 430 s.; toisin v. *Gerlach* s. 35.

teen, miten tämän on tapahduttava; se saattaa tapahtua puheen, kirjoituksen, merkkien, piirrosten tms. avulla. Niin meillä kuin niissä muissakin maissa, joiden petossäännöksissä mainitaan erehdyttämiskeinona »esiintuominen», ollaan varsin yksimielisiä siitä, ettei lain tarkoittama suhtautuminen rajoitu vain asianlaidan nimenomaiseen esittämiseen. Jokin seikka voidaan saattaa toisen havaintopiiriin myös epäsuorasti sellaisen suhtautumisen välityksellä, jossa kysymyksessä olevan asian suoranainen esittäminen ei ainakaan näytä olevan po. suhtautumisen sisältönä, mutta jonka perusteella toinen kuitenkin voi päätellä asianlaidan olemassa olon.³ Erehdyttäjä ei ts. nimenomaisesti väitä ko. seikasta sitä eikä tätä, mutta hänen suhtautumisensa saa toisen päättelemään, että määrätty asianlaji on olemassa. Tähän konkludenttisen esiintuomisen mahdollisuuteen hyväksyvästi suhtautuvaan mielipiteeseen voidaan epäilemättä yhtyä. Itse asiassa sisältää RL 36:1:een liitetty esimerkkiluettelo tilanteita, joissa usein ilmeisestikin on kysymys juuri asianlaidan konkludenttisesta esiintumisesta. Esim. kun joku »väärin mittaa, punnitsee tahi laskee», niin hän aikaansaa toisessa virheellisen mielikuvan juuri tällä toiminnallaan, ilman että hänen tarvitsee nimenomaan lausua jotakin mitattavan tavaran määrästä. Mutta vaikka tästä esimerkkiluettelosta⁴ ei voitaisikaan tehdä mitään yleisempiä johtopäätöksiä, on huomattava, ettei konkludenttinen esiintuominen pohjimmaltaan periaatteessa eroa nimenomaisesta esittämisestä. Molemmissahan on itse asiassa kysymys siitä merkityksestä, joka henkilön suhtautumiselle annetaan. Myyjä, joka sanoo ostajalleen ojentamansa vajaa-painoisen paketin sisältävän kilon sokeria, esiintuo epäilemättä (nimen-

³ »Konkludenttinen esiintuominen» (»eine schlüssige Handlung»); ks. esim. *Honkasalo* E I s. 168 s. ja *Forsman* Särskilda s. 374 s. Saksan oikeuden osalta ks. esim. *Baumann* s. 368, *Frank* II s. 126, *Dalcke—Fuhrmann—Schäfer* s. 331, *Huschka* s. 1190, *Kohlrausch—Lange* s. 575, *Hegler* s. 421, *Mezger* BT s. 170, *Nagler* s. 432, *Rudolph* s. 12, *Schlag* s. 14, *Schönke—Schröder* s. 1077, *Welzel* s. 268 ja *Wersdörfer* s. 451 sekä Sveitsin osalta *Thormann—v. Overbeck* s. 104.

⁴ Myös virheellisen myymisessä virheettömästä tai sekoitetun puhtaasta tapahtuneeseen erehdyttäminen useimmiten juuri konkludenttisesti. — On muuten huomattava, ettei esim. virheellisen tavaran myyminen virheettömästä ilman muuta ole samaa kuin se, että myydään virheellinen tavara vaieten sen virheellisyydestä. Jotta voitaisiin puhua virheellisen tavaran myymisestä virheettömästä, on edellytettävä, että myyjä saa toisessa aikaan sen käsityksen (tai pitää sitä käsitystä vireillä), että tavara on virheetöntä. Ts. tässäkin tapauksessa vaaditaan erehdyttämistä, joka kuitenkin — kuten jäljempänä osoitetaan — saattaa tapahtua juuri virheen salaamisella. Mutta mitään oikeutta johtopäätökseen, että RL 36:1:stä itsestään olisi johdettavissa virheen ilmoittamisvelvollisuus, ei ko. esimerkki kuitenkaan anna; vrt. *Estlander* s. 72 ss.

omaisesti) valheellisen asianlaidan. Jos taas myyjä ostajan pyydettyä kilon sokeria vaieten ojentaa hänelle vajaapainoisen pakkauksen, olta-
neen useimmissa tapauksissa valmiita katsomaan, että myyjä tässäkin
tapauksessa on esiintuonut (konkludenttisesti) tavaran määrään kohdis-
tuvan valheellisen asianlaidan. Ja molemmissa tapauksissa johtopäätös
perustuu siihen merkitykseen, joka myyjän suhtautumiselle — edelli-
sessä tapauksessa puheelle, jälkimmäisessä tapauksessa pakkauksen
ojentamiselle — annetaan.

Kysymyksellä siitä, milloin henkilön suhtautuminen todella merkit-
see asianlaidan aktiivista esiintuomista, on huomattava käytännöllinen
merkitys. Mikäli esim. edellisen esimerkin myyjän toiminta (paketin
antaminen) on tulkittavissa valheellisen asianlaidan aktiiviseksi esiin-
tuomiseksi, ei hänen saattamiselleen petoksesta vastuuseen ole — mikäli
muut tunnusmerkit on toteutettu — mitään estettä. Jos sen sijaan
hänen ei pelkällä paketin ojentamisella voida katsoa esiintuoneen asian-
laitaa, on hänen vastuuseen saattamisensa riippuvainen siitä, mikä
merkitys sillä seikalla on petosrikoksen kannalta, että hän vaiken-
i oikeasta asianlaidasta. Kuten jäljempänä pyritään osoittamaan, saattaa
pelkkä vaikeneminenkin toteuttaa petoksen tunnusmerkistön. Tällöin
vaaditaan kuitenkin, että vaikenijalla on ollut oikeudellinen velvollisuus
todellisen asianlaidan esittämiseen, mikä merkitsisi esimerkkitapauksessa
sitä, että myyjän saattaminen vastuuseen petoksesta (mikäli hänen siis
ei voida katsoa paketin ojentamisella aktiivisesti esiintuoneen valheel-
listä asianlaitaa) edellyttää vielä tämän oikeusvelvollisuuden olemassa-
olon toteamista.⁵

Vaikkakin kirjallisuudessa on, kuten sanottu, vallitsevana käsitys,
jonka mukaan myös konkludenttinen esiintuominen toteuttaa petoksen
tunnusmerkistön, esiintyy siinä kuitenkin erimielisyyttä sen suhteen
milloin ja millä edellytyksillä suhtautuminen on tulkittavissa asianlaidan
esiintuomiseksi. Ne tutkijat, jotka periaatteessa kiistävät petoksen mah-
dollisuuden laiminlyöntirikoksena,⁶ ovat yleensä valmiita hyvinkin laa-

⁵ Niinpä esim. *Honkasalo* (E I s. 169) katsoo sen, joka rahattomana asettuu
asumaan hotelliin, tilaa ravintolassa ruokaa tai ottaa kyydin matkustaakseen, syyl-
listyvän maksukykyään koskevan asianlaidan aktiiviseen (konkludenttiseen) esiin-
tuomiseen, samoin *Forsman* (*Särskilda* s. 374 s.). *Serlachius* taas (II s. 258) katsoo
henkilön vastaavanlaisessa tapauksessa vain laiminlyöneen todellisen asianlaidan
(maksukyvyttömyyden) ilmaisemisen ja asettaa petosvastuun vielä riippuvaiseksi
siitä, olisiko ko. henkilöllä ollut lakiin tai hyvään tapaan perustuva ilmaisu-
velvollisuus.

⁶ Ks. esim. *Binding* s. 345 sekä *Merkel Abhandlungen* s. 136 ja *Handbuch* s. 752.

jaan tulkintaan.⁷ Tämä johtuu selvästikin siitä, että he muussa tapauksessa joutuisivat jättämään lukuisan joukon aivan ilmeisiä petostapauksia kriminalisoinnin ulkopuolelle; kun ei kerran laiminlyönti sellaisenaan saata toteuttaa petosta, on pakko yrittää mahdollisimman monissa tapauksissa »katsoa» jo henkilön aktiivisen suhtautumisen sisältävän asianlaidan esiintuomisen. Päinvastainen näkemys taas on esim. v. *Clericillä*. Hän suhtautuu varsin kriittisesti kannanottoihin, joiden mukaan henkilön suhtautuminen on tietyissä olosuhteissa »katsottava» asianlaidan esiintuomiseksi.⁸ Hän johdattelee ajatustaan siten, että koska jo todellisesta asianlaidasta vaikeneminenkin saattaa toteuttaa petoksen tunnusmerkistön, on tarpeetonta enemmän tai vähemmän keinotekoisesti »katsoa» henkilön suhtautumisen merkitsevän sitä, mitä se ei itse asiassa merkitse.⁹

Kirjallisuudessa on yleensä pyritty hahmottelemaan jonkinlainen yleisluonteinen määritelmä, jonka avulla yksityistapauksessa voitaisiin selvittää tietyn käyttäytymisen objektiivinen merkitys. Niinpä esim. *Schönke—Schröderin* mukaan on kysymyksen ratkaisu konkreettisessa tapauksessa riippuvainen siitä »wie der rechtsgeschäftliche Verkehr die Handlung oder Erklärung des Täters versteht oder verstehen darf, so dass am Rechtsverkehr orientierte Auslegung seines gesamten Verhaltens zu dem Schluss führt, der Täter wolle eine bestimmte Tatsache erklären».¹⁰ Samaan tapaan lausuu *Honkasalo* asianlaidan esiintuomisen olevan kysymyksessä »kun tekijän suhtautumisesta oikeuselämässä valitsevan käsityksen mukaan voidaan tehdä johtopäätös, että hän on tahtonut ilmaista määrätyn tosiasian».¹¹ Se, täyttääkö tekijän suhtautuminen yksityistapauksessa nämä vaatimukset, jäisi luonnollisesti viime kädessä tuomioistuimen harkintaan ja olisi riippuvainen sen käsityksistä.¹² Tämän tarkempia ohjeita tietyn suhtautumisen objektiivisen merkityksen selvittämiseksi tuskin voidaankaan antaa. Korkeintaan

⁷ Ks. *Binding* s. 345 sekä *Merkel* Abhandlungen s. 155 s. ja Handbuch s. 753.

⁸ Ks. v. *Cleric* s. 21; hän katsoo *Bindingin* ja *Merkelin* kannan johtavan fiktiolla operoimiseen. Ks. myös *Rech* s. 23.

⁹ Niinpä hän valitellen toteaa sellaistenkin tutkijoiden hyväksyneen *Merkelin* ja *Bindingin* käsitykset, jotka suhtautuvat myönteisesti laiminlyöntipetoksen mahdollisuuteen, ks. s. 18.

¹⁰ Ks. *Schönke—Schröder* s. 1077.

¹¹ Ks. *Honkasalo* E I s. 168. — Henkilön kokonaiskäyttäytymiseen kiinnittää huomiota myös *Baumann* s. 368.

¹² Erään ratkaisunsa perusteluissa toteaa BGH: »Welche Behauptungen in einem bestimmten Verhalten zu finden ist, ist grundsätzlich eine Tatfrage», ks. BGHSt 3 s. 69 ss. (s. 70).

tulisi selvyyden vuoksi korostaa tapausten yksilöllisen käsittelyn tärkeyttä, sillä jonkin käyttäytymisen objektiivinen merkitys on epäilemättä mitä suurimmassa määrässä riippuvainen niistä olosuhteista, joiden vallitessa käyttäytyminen tapahtuu.¹³

Mielestäni voidaan kuitenkin hyvin asettaa kyseenalaiseksi, onko lainkaan tarpeen pyrkiä selvittämään suhtautumisen objektiivinen merkitys. Kun on esim. arvosteltavana tapaus, jossa henkilö on rahattomana ja tästä seikasta ilmoittamatta tilannut ravintolassa ruokaa, niin onko ratkaiseva merkitys annettava sille, mitä ruoka-annoksen tilaamisen käsittävä suhtautuminen objektiivisesti »oikeuselämässä vallitsevan käsityksen mukaan» arvostellen sisältää? Nähdäkseni näin ei ole asianlaita. Kun kerran suhtautuminen, josta puuttuu vaadittava syyksiluettavuus, ei missään tapauksessa saata toteuttaa petoksen tunnusmerkistöä, olipa sen objektiivinen merkitys asianlaidan esiintuomisen kannalta mikä hyvänsä, niin eikö yksityistapauksessa voitaisi suoraan käydä tarkastelemaan sitä, onko tekijän sielullinen asennoituminen siihen mahdollisuuteen, että hänen käyttäytymisensä kohde ymmärtää hänen suhtautumisensa väitteeksi jostakin asianlaidasta, sellaista, että vaadittava syyksiluettavuus on olemassa? Ts., ettei ainakaan päähuomiota kiinnitettäisi siihen, mitä tekijän suhtautumisen olisi objektiivisesti arvostellen tulkittava merkitsevän. Loppujen lopuksihan saattaa mikä tahansa suhtautuminen olosuhteista riippuen käydä minkä tahansa asianlaidan esiintuomisesta. Petosrikoksen kannalta tällä suhtautumisella on mielenkiintoa vain sikäli kuin asianlaidan esiintuominen on luettavissa suhtautujan syyksi. Ajatellaanpa tapausta, jossa A toimii tietyllä tavalla nimenomaan siinä mielessä, että B ymmärtäisi tämän suhtautumisen ilmoitukseksi jostakin asianlaidasta. Eikö tuntuisi oudolta jättää A:n saattaminen vastuuseen B:n erehdyksestä riippuvaksi siitä, mikä merkitys tällaiselle käyttäytymiselle olisi »oikeuselämässä vallitsevan käsityksen mukaan» annettava? Kysymyshän on vain siitä, onko A tahallaan saattanut po. asianlaidan B:n tietoon. Katsonkin, että kysymys jostakin suhtautumisesta tietyn asianlaidan esiintuomisena ei ole ensi sijaisesti riippuvainen siitä, mikä merkitys tällaiselle suhtautumiselle yleensä voitaisiin antaa, vaan se on ratkaistava pitäen silmällä sitä, onko käyttäytyjän tahto vaadittavan syyksiluettavuusasteen edellyttämällä tavalla suhtautunut siihen mahdollisuuteen, että toinen voi tästä päätellä ko. asianlaidan.¹⁴ Niinpä henkilön tilatessa varattomana ruoka-

¹³ Ks. *Bockelmann NJW* -61 s. 1935 ja *Hoffmann* s. 23.

¹⁴ Ks. myös *Bockelmann NJW*-61 s. 1935.

annoksen, ei päähuomiota ole kohdistettava siihen, mitä ruoka-annoksen tilaamisen yleensä on »katsottava» merkitsevän, vaan suoraan siihen, miten ko. henkilön tahto suhtautuu siihen mahdollisuuteen, että hänen tilauksensa samalla ymmärrettäisiin sen asianlaidan ilmaisuksi, että hänellä on varaa maksaa laskunsa. — Kysymys suhtautumisen objektiivisesta merkityksestä ei kuitenkaan ole täysin merkityksetön, joskin vain toissijainen. Se seikka, että tietynlaiselle suhtautumiselle oikeuselämässä yleensä annetaan tietty merkitys, saattaa nimittäin olla voimakkaana indisiona syyksiluettavuutta arvosteltaessa. Jos esim. juuri ruoka-annoksen tilaamisen ravintolasta yleensä katsotaan samalla sisältävän maksukykyä koskevan ilmoituksen, voidaan useissa tapauksissa pitää todennäköisenä, että tilaaja on ainakin mahdollisena mieltänyt sen, että hänen käyttäytymisensä tullaan tällä tavalla ymmärtämään. — Suhtautumisen yleinen objektiivinen merkitys on kuitenkin — kuten sanottu — vain toissijainen. Pelkästään se, että tietyn suhtautumisen yleensä katsotaan merkitsevän tiettyä väitettä, ei oikeuta tuomitsemaan suhtautujaa petoksesta. Eikä toisaalta taas vielä se, ettei tarkasteltavana olevalla käyttäytymisellä ole tällaista yleistä merkitystä, oikeuta väitämään, ettei käyttäytyjä olisi esiintuonut asianlaitaa.¹⁵ Mielestäni voidaanakin täydellä syyllä yhtyä v. *Clericiin*, kun hän huomauttaa siitä vaarasta, joka sisältyy toteamukseen, että jos henkilö käyttäytyy tietyllä tavalla, on hänen katsottava¹⁶ samalla esiintuoneen sen ja sen asianlaidan.¹⁷ Tällainen ajatustapa vie helposti siihen, että subjektiivinen syyllisyysselementti korvataan jollakin enemmän tai vähemmän fiktiivisellä ja asianomaisen arvostelijan omista henkilökohtaisista katsantokannoista riippuvaisella presumptiolla.

Se, miltä kannalta korkein oikeusasteemme on kysymystä arvostellut, kun on ollut kyse edellä tarkastellun kaltaisista tilanteista, ei käy ilmi

¹⁵ Edellä lausuttu merkitsee myös sitä, että henkilö, joka tuntien toisen sairalloisen epäluuloisuuden tahallaan erehdyttää tämän kertomalla kysymyksessä olevasta asiasta totuuden, esiintuo — niin paradoksaaliselta kuin tämä kuulostaaakin — valheellisen asianlaidan. Hän suhtautuu tavalla, josta hän tietää toisen päättävän tietyn asianlaidan olemassaolon; hän on ts. esiintuonut tämän asianlaidan. Se, että tuo toinen tekee erehdyttäjän suhtautumisesta päätelmän, joka ei ole suhtautumisen »objektiivisen» merkityksen mukainen, ei vaikuta asiaan. Näin myös *Estlander* s. 14 s. — Kokonaan eri asia on, ettei RL 36:1:n soveltaminen tällaisissa tapauksissa saattaisi juuri tulla käytännössä kysymykseen; syyksiluettavuuden toteennäyttäminen olisi jokseenkin ylivoimainen tehtävä.

¹⁶ Ks. v. *Cleric* s. 21.

¹⁷ Ks. *Forsman*, *Särskilda* s. 375 ja *Honkasalo* E I 169.

sen ratkaisujen perusteluista. Sen petosta koskevien ratkaisujen joukossa on kuitenkin varsin lukuisia tapauksia, joissa asianlaidan esiintuominen ilmeisestikin on ollut konkludenttista.¹⁸

β. Todellisen asianlaidan salaaminen. Kun erehdyttäminen valheellisen asianlaidan esiintuomisella tapahtuu vaikuttamalla toisen mielikuvanmuodostukseen siten, että ko. asianlaita saateetaan tavalla tai toisella hänen havaintopiiriinsä, on erehdyttäjän suhtautuminen nyt tarkasteltavana olevassa tilanteessa ikäänkuin päinvastaista. Uhrin mielikuvanmuodostusprosessia ei »sotketa» saattamalla sinne virheellisiä elementtejä, vaan erehdyttäjä saa aikaan (tai pitää vireillä) todellisuutta vastaamattoman mielikuvan toisessa estämällä tietyn asianlaidan pääsemisen mukaan ko. prosessiin. Erehdyttäjä ts. aiheuttaa toiminnallaan sen, että uhri estyy havaitsemasta tai muutoin tiedostamasta todellisen asianlaidan ja omaksuu tämän vuoksi virheellisen mielikuvan.¹⁹

Saksalaisessa petosta koskevassa kirjallisuudessa esiintyy varsin voimakkaana käsitys, että StrGB 263 §:n luettelemista erehdyttämiskeinoista vain »esiintuomisella» olisi itsenäinen merkityksensä; »vääristäminen» ja »salaaminen» olisivat vain tämän alalajeja.²⁰ Myös RL

¹⁸ Tällaisia ovat esim. OO p. 7. 6. 1910 JFT.b. 1911 11/VI, jossa A tuomittiin petoksesta, kun hän oli ostanut kaupasta itselleen tavaroita B:n vastakirjalla, samoin kuin ne lukuisat tapaukset, joissa henkilö on tuomittu petoksesta, kun hän on myynyt vettä tai vesisekoitetta alkoholina esittämättä mitään nimenomaista väitettä nesteiden laadusta (esim. KKO 1921 II 263, II 328; 1923 II 499; 1924 II 302, II 795 ja 1948 II 439; vastaavanlaisia ratkaisuja ovat myös KKO 1921 II 1236, II 1364; 1922 II 201; 1939 II 140 ja 1942 II 66), tai joissa henkilön on katsottu syyllistyneen petokseen tilatessaan ja vastaanottaessaan toiselta maksua vastaan tarjolla olevia etuja tietoisena maksukyvyttömyydestään, mutta esittämättä nimenomaisesti tähän kohdistuvia valheellisia asianlaitoja (esim. KKO 1933 II 440; 1942 II 119; 1949 II 74; p. 7. 11. 1958 no. 2251 ja p. 29. 4. 1960 no. 1254; näissä tapauksissa KKO ei ole perustanut ratkaisuaan siihen, että pettäjä olisi *salannut* todellisen asianlaidan, joten sen on täytynyt katsoa hänen aktiivisen toimintansa käsittäneen asianlaidan konkludenttisen esiintuomisen).

¹⁹ Suunnilleen näin on myös StrGB 263 §:n »Unterdrückung» ymmärretty, ks. esim. v. *Hippel* s. 256, jonka mukaan tällaisesta suhtautumisesta on kysymys silloin, kun »der Täter wesentliche Tatsachen der Kenntnis des zu Täuschenden vorsätzlich entzieht»; ks. myös *Heilbronner* s. 18.

²⁰ Ks. esim. *Hoffmann* s. 9, joka katsoo erehdyttämiskeinojen erillisen mainitsemisen perustuneen vain lainsäätäjän haluun helpottaa lainkäyttäjän tulkintatehtävää, *Jahn* s. 19 ja s. 44 sekä *Schönke—Schröder* s. 1075; ks. myös E 1960 s. 390 s. Sveitsin oikeuden osalta katsoo *Hafer*, että asianlaidan salaaminen aina samalla merkitsee asianlaidan esiintuomista. — Suomen oikeuden osalta ks. *Estlander* s. 17.

36: 1:n kannalta voidaan todeta, että usein, kun on kysymys erehdyttämisestä aktiivisella asianlaidan salaamisella, erehdyttäjä samalla esiintuo valheellisen asianlaidan. Henkilö, joka esim. peittää kädellään myytävänä olevassa tavarassa olevan virheen, esiintuo ainakin useimmiten samalla sen asianlaidan, että esine on virheetön jne. Liian pitkälle mentäisiin kuitenkin, jos väitettäisiin, että näin olisi aina asianlaita. Voidaanhan varsin hyvin ajatella tapauksia, joissa salaaja ei lainkaan ole ottanut huomioon sitä mahdollisuutta, että hänen suhtautumisestaan pääteltäisiin jonkin asianlaidan olemassaolo. Sitä paitsi saattaa löytyä tilanteita, joissa asianlaidan salaajan ei missään tapauksessa voida katsoa samalla aktiivisesti esiintuoneen valheellista asianlaitaa. Ajatellaanpa vain tapausta, jossa ei myyjä, vaan joku täysin ulkopuolinen myyjää auttaakseen — »hankkiakseen toiselle laitonta aineellista etua» — peittää myytävässä tavarassa olevan virheen. Tämä sivullinen ei varmastikaan ole saattanut mitään asianlaitaa ostajan havaintopiiriin, mutta sen sijaan hän on suhtautumisellaan estänyt todellisen asianlaidan pääsyn ostajan mielikuvan muodostusprosessiin. Hän on salaamalla todellisen asianlaidan saanut aikaan sen, että ostaja on omaksunut virheellisen mielikuvan.

γ. Todellisen asianlaidan vääristäminen. Nyt tarkasteltavaksi otettavasta erehdyttämiskeinosta lausuu *Forsman*, että todellisen asianlaidan vääristämisestä on kysymys silloin, kun asianlaita esitetään muunlaisena kuin se on tai oli. »Sådant sker vanligen på det sättet, att de skilda moment, som ingå i ett faktum, ställas i ett oriktigt förhållande till hvarandra eller så, att ett värkligt faktum genom tillsats eller bortlämnande förvandlas till någonting icke värkligt».²¹ Tähän luonnehdintaan on myös *Honkasalo* yhtynyt lisäten, että »vääristeleminen tapahtuu usein siten, että ilmaistaan jostakin asiasta sen edullinen puoli, mutta salataan jokin epäedullinen seikka».²² Suunnilleen samaan tapaan on Saksan oikeuden kannalta ymmärretty tekomuoto »Entstellung wahrer Tatsachen».²³

Näiden luonnehdintojen perusteella tuntuu ainakin ensi näkemältä siltä, kuin vääristämisen mainitseminen erillisenä erehdyttämiskeinona ei olisi ollut tarpeellista.^{24 25} Pelkästään asianlaidan vääristämisenhän

²¹ *Forsman* Särskilda s. 376.

²² *Honkasalo* E I s. 170; ks. myös *Estlander* s. 17.

²³ Ks. esim. *Frank* II s. 127, *Dalcke—Fuhrmann—Schäfer* s. 332, *Drexler* s. 17, *Nagler* s. 434 ja *Schönke—Schröder* s. 1078.

²⁴ Salaamisen osalta tässä suhteessa ks. ed. β.

²⁵ Sveitsin RL tuntee vain tekomuodot »Vorspiegelung» ja »Unterdrückung».

ei saata ketään erehdyttää. Vääristelyn — tai paremminkin sen tuloksen — on tultava toisen havaintopiiriin, jotta se voisi vaikuttaa hänen mielikuvan muodostukseensa. — Tällainen johtopäätös ei kuitenkaan ole välttämätön.

Suhtautuminen, jota voidaan kutsua erehdyttämiseksi asianlaidan vääristämisellä, käsittää sen, että tietty asianlaita²⁶ tuodaan esiin sellaisessa valossa, että toinen saa siitä väärän käsityksen. Useimmiten tämä tapahtuu siten, että erehdyttäjä esittää jotakin, joka sellaisenaan on totta, mutta joka siinä yhteydessä ja kysymyksessä olevalla tavalla esitettynä luo harhaanjohtavan kuvan siitä asianlaidasta, johon tuo »totuus» liittyy vain osana.²⁷ On kylläkin totta, että useimmissa tapauksissa asianlaidan vääristäminen voitaisiin — enemmän tai vähemmän keinotekoisesti — selittää asianlaidan esiintuomiseksi tai salaamiseksi, mutta tämä seikka ei riistä po. erehdyttämistavalta itsenäistä merkitystä. Ajatellaanpa vain mm. *Honkasalon* (E I s. 170) esimerkkiä mukailien tilannetta, jossa henkilö luottoa pyytäessään totuudenmukaisesti ilmoittaa ansaitsevansa 1.000 markkaa kuukaudessa, mutta vaikenee visusti siitä, että hänen palkastaan kuukausittain ulosmitaan vanhojen velkojen maksuksi lain sallima enimmäismäärä. Saatetaan tietysti ajatella, että luotonpyytjä on tällä ilmoituksellaan samalla esiintuonut maksukykyään koskevan valheellisen asianlaidan. Myös voitaisiin katsoa, että hänen vaikenemisensa häntä rasittavista veloista toteuttaisi ne vaatimukset, jotka asetetaan laiminlyönnille petoksen tunnusmerkistön toteuttavana. Mutta tilanne saattaa kuitenkin olla sellainen, ettei kumpikaan näistä rakennelmista riidattomasti sovellu kysymyksessä olevaan konkreettiseen tapaukseen. Jos sen sijaan tapahtumaa tarkastellaan todellisen asianlaidan vääristämisen kannalta, ei lopputuloksesta voitane olla eri mieltä; luotonpyytjä on vääristämällä maksukykyään koskevan todellisen asianlaidan aikaansaanut toisessa sitä koskevan virheellisen mielikuvan.

Todellisen asianlaidan vääristämisen mainitseminen erillisenä erehdyttämiskeinona ei tosin liene ollut täysin välttämätöntä, sillä oikeustajuntaa tyydyttäviin tuloksiin päästäisiin — kuten sanottu — ainakin

²⁶ Jotta voitaisiin puhua todellisen asianlaidan vääristämisestä, täytyy arvostelijalla olla mielessään se asianlaita, jonka hän katsoo tulleen vääristetyksi.

²⁷ Jos esim. taidekauppias kertoo asiakkaalleen täysin totuudenmukaisesti, että kuuluisa taiteentuntija A on kaksi viikkoa sitten antanut lausunnon, jonka mukaan määrätty taulu on aito Rubens, mutta jättää mainitsematta, että A sittemmin suoriuttamassaan uudessa tarkastuksessa on päätenyt päinvastaiseen tulokseen, on hän epäilemättä vääristänyt A:n todellista mielipidettä koskevan asianlaidan.

useimmiten myös »esiintuomisen» tai »salaamisen» tietä. Mutta tällöin olisi jälleen lähellä se edellä viitattu vaara, että liian herkästi »katsotaisiin» syytetyn suhtautumisen sisältäneen sellaista, mitä se ei tosiasiallisesti ole käsittänyt. Nyt tarkasteltavana olevalla erehdyttämiskeinolla onkin merkitystä juuri sellaisten tilanteiden kannalta, joissa erehdytetään »puolitotuuksia» tai »muunnettua totuutta» esittämällä. Myös oikeuskäytännöstä on löydettävissä ratkaisuja, jotka ilmeisesti on perustettu juuri siihen, että syytetty on vääristänyt todellisen asianlaidan: OO p. 2. 6. 1902 JFT.b. 1903 1/VI, jossa A tuomittiin petoksesta, kun hän oli myydessään kirjallisin sopimuksin eräitä arvopapereita »genom kontraktets avfattning och de pris, som för de försålda obligationerna betingats och hvilka varit högre än dessas kursvärde, bibragt köparene den föreställning», että obligatioihin liittyi jokin erityinen etu; sekä OO 1917 II 141, jossa A tuomittiin petoksesta, kun hän oli yrittäessään kirjeitse saada B:n ottamaan takaisin A:lta ostamansa, mutta virheellisinä tälle palauttamansa tavarat »givit skrivelsens innehåll skenet av att frågan huruvida (B) varit lagligen skyldig att emottaga sagda varor eller ej, skulle hava varit föremål för någon myndighets prövning».

*c. Erehdyksen aikaan saaminen ja vireillä pitäminen
laiminlyönnillä*

a. Laiminlyönnistä ja sen kausaalisuudesta yleensä. Laiminlyönnin rikosoikeudellinen relevanssi saattaa ilmetä kahdella eri tavalla. Jonkin teon tekemättä jättämisellä voi olla merkitystä joko sellaisenaan tai sitten sen yhteyden vuoksi, jossa se on syntyneeseen oikeudenloukkaukseen. — Laki saattaa velvoittaa henkilön rangaistuksen uhalla ryhtymään johonkin aktiiviseen toimintaan kiinnittämättä lainkaan huomiota siihen merkitykseen, mikä tämän toiminnan laiminlyönnillä on tai käskyn noudattamisella olisi ollut tosiasiallisen kausaalikulun kannalta. Laiminlyöjää kohtaa rangaistus jo pelkästään sen vuoksi, ettei hän toiminut. Myös meidän RL:mme tuntee tällaisia ns. varsinaisia laiminlyöntirikoksia (esim. 16: 19 ja 44: 2). Mutta laiminlyönnillä saattaa, kuten sanottu, olla rikosoikeudellista merkitystä myös oikeudenloukkauksen syntymisen kannalta. Passiiviseksi jättäytynyttä ei kohtaa vastuu pelkästään sen johdosta, että hän on jättänyt ryhtymättä aktiiviseen tekemiseen, vaan suoraan oikeudenloukkauksen aiheuttamisesta. Viimeksi tarkoitettun kaltaisia tilanteita, joissa siis henkilö passiivisuudellaan toteuttaa sellaisen

rikoksen tunnusmerkistön, johon olennaisena osana kuuluu vahingollinen seuraus, oikeudenloukkaus, kutsutaan rikosoikeustieteessä epävarsinaisiksi laiminlyöntirikoksiksi.²⁸

Petosrikoksen kannalta on laiminlyönnillä mielenkiintoa vain epävarsinaisena laiminlyöntirikoksena. Tässä jaksossa vastattavaksi tuleva kysymys kuuluukin: voiko petosrikos tulla toteutetuksi laiminlyönnillä, tai — kun otetaan huomioon, että rikollisen suhtautumisen lopullinen tulos, tappio, ei ole tekijän itsensä välittömästi aikaansaama — pareminkin: voiko henkilö jättämällä tietyn teon tekemättä aikaansaada tai pitää vireillä RL 36: 1:n tarkoittamassa mielessä ja edellyttämällä tavalla erehdyksen?

Lähtien toisaalta siitä, milteipä aksiomaattisesti omaksutusta oletuksesta, että rikosoikeudellinen vastuu edellyttää samanlaista inhimillisen suhtautumisen ja oikeudenloukkauksen välillä vallitsevaa aiheutamissuhdetta, olipa sitten kysymys aktiivisesta tekemisestä tai laiminlyönnistä sekä toisaalta siitä tosiasiaista, että oikeusjärjestykset täysin kysymystä koskettelevista teoreettisista pohdiskeluista riippumatta ovat sisältäneet ja sisältävät (meillä esim. RL 22: 1) säännöksiä, joissa laiminlyöjä asetetaan rikosoikeudelliseen vastuuseen oikeudenloukkauksen syntymisestä, ovat eri maiden oikeusoppineet jo parin sadan vuoden ajan työskennelleet laiminlyönnin kausaalisuutta koskevan ongelman parissa.^{29 30}

Lähimpänä on luonnollisesti ollut ajatus etsiä laiminlyönnin relevanssia samanlaisesta vaikutusyhteydestä, joka vallitsee (tai ainakin näyttää vallitsevan) aktiivisen tekemisen ja seurauksen välillä. Koska laiminlyönti, passiivisuus, ei kuitenkaan sellaisenaan saata olla tällai-

²⁸ Ks. *Honkasalo* Laiminlyönti s. 50; kun *Livson* s. 6 toteaa epävarsinaiselle laiminlyöntirikokselle olevan olennaista se, että toimintakäskyn noudattamatta jättäminen »johtaa vahingollisen seurauksen syntymiseen», on tätä pidettävä jossakin määrin epätasällisena siihen nähden, että siinä on jo otettu myönteinen kanta hänen tutkimuksensa varsinaiseen kohteeseen eli siihen, voiko laiminlyönti olla kausaalinen (»johtaa vahingolliseen seuraukseen»). Sanonta on sitäkin epätasällisempi, kun se viittaa selvästi *Livsonin*kin itsensä myöhemmässä yhteydessä kiistämään luonnonkausalisuuteen laiminlyönnin ja seurauksen välillä.

²⁹ Ongelmaa pitävät meillä ratkaistuna *Livson* (s. 119) ja *Sipilä* (s. 177); heidän optimistiseen käsitykseensä täytynee suhtautua varauksin, ks. esim. *Kaila* LM -38 s. 73 ja *Lahtinen* s. 519 s. Ks. myös *Bockelmann* s. 450 s. ja *Kaufmann* s. 214 ss.

³⁰ Seuraavassa lyhyessä katsauksessa nojaututaan pääasiassa *Honkasalon* (Kausaalisuus kysymys s. 188 ss.), *Livsonin* (s. 21 ss.) ja *Sipilän* (s. 137 ss.) sekä v. *Clericin* (s. 51 ss.), *Drexlerin* (s. 34 ss.) ja *Kuessnerin* (s. 17 ss.) esityksiin.

sessä yhteydessä ulkoisessa maailmassa tapahtuvaan muutokseen («ex nihilo nihil fit»), on ollut pakko yrittää liittää laiminlyönti johonkin positiivisesti vaikuttavaan tekijään.

Muuan näistä yrityksistä on saanut kannatusta myös meikäläisessä rikosoikeudellisessa kirjallisuudessa. Kysymyksessä on konstruktio, jonka mukaan laiminlyönnin relevanssi selittyisi laiminlyöntiä edeltäneen (joko seurauksen syntymistä edistävän edellytyksen asettamisen tai tiettyyn aktiiviseen suhtautumiseen velvoittautumisen sisältävän) aktiivisen suhtautumisen avulla. Kun laiminlyönti ja ko. suhtautuminen ajatellaan yhdeksi kokonaisuudeksi, ei olisi mitään estettä nähdä vaikutusyhteyttä tämän kokonaisuuden ja seurauksen välillä.³¹ — Tämä, samoin kuin muutkin yritykset selittää laiminlyönnin relevanssi vaikutusyhteyden kannalta ovat kuitenkin osoittautuneet kestäättömyiksi.³²

Kun tämä tie on ollut tukossa, ovat eräät tutkijat luopuneet vaatimasta laiminlyönnin ja oikeudenloukkauksen väliltä samanlaista suhdetta, kuin mikä vallitsee aktiivisen tekemisen ja seurauksen välillä. He ovat selittäneet, ettei laiminlyönti lainkaan ole kausaalinen, mutta että laiminlyöjää saattaa kohdata rikosoikeudellinen vastuu oikeudenloukkauksesta sen johdosta, että oikeudenloukkauksen estämättä jättämistä voidaan, milloin laiminlyöjällä olisi ollut oikeudellinen velvollisuus estää sen syntyminen, pitää täysin aktiivisen aiheuttamisen veroisena. Myös tällä mielipidesuunnalla on ollut kannattajia meillä.³³ — Toiset taas eivät ole ottaneet näin rohkeata askelta, vaan ovat turvautuneet eräänlaiseen fiktiiviseen kausaalisuuteen. Laiminlyönti ei hei-

³¹ Tämä lienee ollut *Forsmanin* lopullinen kanta kysymykseen nähden, ks. *Särskilda* s. 587; hänen aikaisemman mielipiteensä suhteen ks. jälj. alav. 34. Tätä kantaa on myös *Serlachius* edustanut, ks. *Några ord* s. 270; vrt. *Livson* s. 75 alav. 220:n kohdalla, jossa hän katsoo *Serlachiuksen* viitatussa artikkelissaan asettuneen kausaalisuuden kiistävälle kannalle. Näin ei asianlaita voine olla. *Serlachiushan* nimenomaan, puhuessaan sairaanhoitajan velvollisuuden vastaisen laiminlyönnin suhteesta potilaan kuolemaan, lausuu, että »sjuksköterskan ... förorsakat patientens död» ja että se, että hoitaja oli ottanut kantaakseen hoitovelvollisuuden (»åtagandet af förpliktelsen»), on se momentti, joka aiheuttaa velvollisuutta laiminlyötyäessä syntyvän seurauksen. Se, ettei *Serlachius* suhtautunut kielteisesti laiminlyönnin kausaalisuuteen, käy nähdäkseni ilmi myös seuraavasta sitaatista: »Vaaditaan toisin sanoen syyssuhdetta erehdyttäjän toimenpiteen ja erehdyksen välillä. Tätä ei kuitenkaan saa käsittää niin, että erehdyksen täytyisi olla positiivisen toiminnan aikaansaama». (II s. 258).

³² Ks. esim. *Honkasalo*, Kausaalisuuskysymys s. 190 ss.

³³ Ks. esim. *Estlander* s. 36.

dankään mielestään tosin ole sinänsä kausaalinen, mutta sellaiseksi sen saattaa oikeudellisessa mielessä tehdä oikeudellinen toimintavelvollisuus. Mikäli laiminlyöjällä on ollut oikeudellinen velvollisuus estää seurauksen syntyminen, voidaan passiivisuutta pitää oikeudenloukkauksen kannalta kausaalisena.³⁴

Edellisiä joustavammin ovat ne tutkijat saaneet alussa mainitut lähtökohdat keskenään sopusointuun, jotka eivät tarkastele kausaalisuutta mekaanisena vaikutusyhteytenä, vaan eräänlaisena ajatuksellisena yhteytenä. Suhtautumisen ja seurauksen välillä vallitsee heidän mukaansa kausaaliyhteys, mikäli seurausta ei ilman tuota suhtautumista olisi syntynyt. Ja koska myös laiminlyönnistä voidaan sanoa, että se on *conditio sine qua non*, ei myöskään ole mitään estettä laiminlyönnin katsomiseksi kausaaliseksi tekijäksi aktiivisen toiminnan rinnalla. Mikäli seurausta ei olisi syntynyt, jos laiminlyöntiä ei olisi ollut (ts. mikäli laiminlyöty teko olisi tehty) vallitsee seurauksen ja laiminlyönnin välillä kausaalisuhde. — Huolimatta saamastaan kannatuksesta — käsityskantahan on varsin helppotajuinen ja suuressa määrin luonnollisen katsantokannan mukainen³⁵ — ei tämäkään kausaalisuusrakennelma (jota voitaneen pitää meillä vallitsevana)³⁶ näytä aina johtavan oikeaan tulokseen selvitellessä laiminlyönnistä aiheutuvan rikosoikeudellisen vastuun rajoja. Puuttumatta lainkaan siihen, miten sen pohjalta olisi selitettävissä vastuun ulottaminen sellaiseenkin laiminlyöntiin, joka ei ole *conditio sine qua non*,³⁷ on todettava, että käsityskanta on sellaiseen muutoinkin kestämaton. Sehän johtaisi siihen rikosoikeudellisen

³⁴ Tällä kannalla oli *Forsman* aikaisemmin, ks. *Allmänna* s. 162. Myös *Salmialan* tuotannossa on sanontoja, jotka viittaavat tällaiseen näkemykseen, ks. *Salmiala—Sundström* s. 36 alav. 3: »Laiminlyönnin kausaliteetista voidaan puhua vain oikeudellisessa merkityksessä. Kun seurauksen estäminen perustuu oikeudelliseen velvollisuuteen, pidetään estämättä jättämistä oikeudellisesti sen aiheuttamisen veroisena.»; vrt. tämän johdosta *Livson* s. 79 s.

³⁵ Tätä se ei kuitenkaan liene aivan *Honkasalon* väittämässä määrässä. Ei voitane sanoa, että luonnollinen katsantokanta aina panisi laiminlyönnin seurauksen syyksi, kunhan vain voidaan todeta, ettei seurausta olisi ilman laiminlyöntiä syntynyt (*Honkasalo* Kausaalisuuskysymys s. 204). Ks. myös *Bockelmann* s. 452.

³⁶ Tällä kannalla ovat esim. *Honkasalo* (ks. esim. vmt. s. 204 s. ja I s. 142) ja *Livson* (s. 119); ks. myös *Rossi* s. 587 s.; toisin kuin *Lahtinen* s. 520.

³⁷ *Honkasalo* esittää (Kausaalisuuskysymys s. 207) tällaisesta tilanteesta esimerkkinä tapauksen, jossa kolme lautturia, jotka vain yhdessä saavat lautan liikkeelle, ovat jättäneet noutamatta vastarannalta henkilön, joka sinne jääneenä menehtyy. *Honkasalo* toteaa, ettei yhdenkään lautturin laiminlyönti ole ollut c.s.q.n., ja lausuu sitten, ettei silti voi olla epäilystä siitä, että rikosoikeudellisen vastuun edellytykset ovat olemassa.

vastuun kannalta mahdottomaan tulokseen, että kenen tahansa, joka vain on laiminlyönyt jonkin oikeudenloukkauksen estämisen, voitaisiin sanoa »aiheuttaneen» seurauksen. Tämän ovat sen kannattajatkin havainneet ja todenneet, että teoriaa »on täydennettävä, jotta se johtaisi myös käytännössä positiivisiin tuloksiin kausaalisuustarkastelussa».³⁸

Honkasalo, johon *Livson* tässäkin suhteessa varauksettomasti yhtyy,³⁹ lausuu: »Teon rangaistavuus edellyttää, että on olemassa teon kieltävä normi, joka tekee sen oikeudenvastaiseksi. Sellainen normi sisältyy aina rikostunnusmerkistön rangaistusuhkaan... Kieltonormi kääntyy kuitenkin ainoastaan positiivista tekoa vaan ei laiminlyöntiä vastaan... Seurauksen estämättä jättäminen on kielletty ainoastaan edellytyksellä, että on olemassa erityinen seurauksen estämiseen velvoittava käskynormi».⁴⁰ Tällä on kuitenkin itse asiassa tunnustettu aktiivisen tekemisen ja laiminlyönnin eriarvoisuus rikosoikeudellisen »aiheuttamisen» kannalta. Muulla tavalla ei voida ymmärtää toteamusta, että »kieltonormi kääntyy kuitenkin vain positiivista toimintaa vaan ei laiminlyöntiä vastaan». Rikoslaki tosin useissa säännöksissä sanamuotonsa mukaan kieltää »tekemästä» jotakin, mutta lukuisissa lainkohdissa (mm. juuri 36: 1:ssä) on suoraan sanktioitu seurauksen aiheuttaminen korostamatta mitenkään suhtautumisen aktiivista laatua. Ainakin näissä tapauksissa kieltonormi kohdistuu nimenomaan juuri »aiheuttamiseen». Ja kun näin on, ei äsken siteerattu lause saattane merkitä muuta, kuin että vain aktiivinen tekeminen on katsottava aiheuttamiseksi rikoslain tarkoittamassa mielessä, seurauksen estämättä jättämisen taas ollessa jotakin muuta.

Jos kerran lähdetään siitä, että rikosoikeudellisen vastuun edellyttämä kausaalisuus suhtautumisen ja oikeudenloukkauksen välillä on olemassa niin hyvin silloin, kun on asetettu positiivinen edellytys, kuin silloinkin, kun suhtautuminen supistuu vain seurauksen estämättä jättämiseen, ei nähdäkseni voida päätyä muuhun kuin siihen edellä mahdottomaksi todettuun tulokseen, että kuka tahansa, olipa hän missä asemassa hyvänsä, joka, asennoituen oikeudenloukkauksen syntymisen mahdollisuuteen kulloinkin vaadittavalla tavalla, jättää sen syntymisen estämättä, toteuttaa sellaisen rikoksen tunnusmerkistön, jossa nimenomaan seurauksen syntymisen aiheuttaminen on kriminalisoitu. — Kuten edellä olevasta sitaatista ilmenee, eivät viimeksi kosketellun kau-

³⁸ *Livson* s. 119.

³⁹ *Livson* s. 119.

⁴⁰ *Honkasalo*, Kausaalisuuskysymys s. 209 s.

saalisuuskäsityksen omaksuneet tutkijatkaan ole tätä lopputulosta hyväksyneet. Heidänkin mukaansa saattaa vastuu oikeudenloukkauksesta kohdistua laiminlyöjään vain edellytyksin, että tällä oli oikeudellinen velvollisuus laiminlyötyyn, seurauksen estävään toimintaan.

Tämän tutkimuksen puitteissa ei ole tarkoituksenmukaista syventyä laiminlyöntivastuun mahdollisuutta koskevaan ongelmaan sen koko laajuudessa. Tähän olisi sitäkin pienempi syy koskapa, kuten edellä olevasta käy ilmi, probleeman lopputuloksen suhteen ei ole erimielisyyttä; henkilö voi laiminlyöntinsä johdosta joutua rikosoikeudelliseen vastuuseen oikeudenloukkauksesta, mikäli hänellä oli oikeudellinen velvollisuus estää sen syntyminen. Seuraaviin näkökohtiin en kuitenkaan malta olla kiinnittämättä huomiota.

Aihetta koskevaan kirjallisuuteen tutustuminen on saanut tämän kirjoittajan vakuuttuneeksi siitä, että mikäli laiminlyöntivastuuta koskevaan kysymykseen vielä halutaan uhrata työtä, olisi se otettava tarkasteltavaksi uudelta pohjalta ja ennen kaikkea irroitettava se siltä filosofiselta perustalta, jonka varaan sen ratkaisu on yleensä haluttu rakentaa.⁴¹ Olisi ennemminkin lähdettävä siitä, että kysymyksessä on juridinen, ja sikäli kuin on kysymys rikosoikeudellisesta vastuusta, rikosoikeudellinen ongelma. Kysymyshän on pohjimmiltaan vain siitä, minkälaisen suhteen on vallittava inhimillisen suhtautumisen ja oikeudenloukkauksen välillä, jotta henkilö voitaisiin saattaa vastuuseen viimeksi mainitusta. Missä on sanottu, että lainsäätäjän tulisi olla sidottu filosofisiin kausaalisuuskäsityksiin, ja että se ei voisi ulottaa vastuuta sellaiseenkin suhtautumiseen, joka ei ole filosofisten oppirakennelmien mukaisessa suhteessa oikeudenloukkaukseen. Olisikin kuka ties syytä tähänastista enemmän kiinnittää huomiota siihen, mitä »aiheuttaminen» positiivisen oikeuden tarkoittamassa mielessä merkitsee.⁴² Tällöin olisi kenties myös otettavissa kriittisen tarkastelun kohteeksi se ongelman selvittelyä nähdäkseni suuresti rasittanut oletamus, että rikosoikeudellisen vastuun edellyttämän suhteen inhimillisen suhtautumisen ja oikeudenloukkauksen välillä tulee olla samanlainen sekä aktiivisen tekemisen että laiminlyönnin tapauksessa.

Asioita huomattavasti yksinkertaistaen voitaisiin kenties ajatella seuraavalla tavalla. Haluttaessa välttää tietynlaisten vahingollisten il-

⁴¹ Näin jo v. Cleric s. 54 alav. 1; vrt. esim. Livson s. 108 s. (»Ryhtyessämme tarkastamaan ...lähdemme puolestamme siitä tosiasiasta, että kausaalisuuden problema on versionnut filosofian viljelyssaralta, mistä se on tuotu oikeustieteeseen ja erittäinkin rikosoikeustieteeseen»).

⁴² Ks. Andenaes Unnlatelse s. 142 ja s. 152.

miöiden esiintyminen, olisi tosin ensi sijassa käännäyttävä rangaistusuhin yhteiskunnan jäsenten puoleen kieltäen näitä aktiivisesti puuttumasta kausaalisuuden kulkuun sitä tällaisia ilmiöitä kohden ohjaavasti. Mutta tässä pyrkimyksessä tulisi ottaa huomioon myös se, että vahingollisten seurausten syntymistä voitaisiin pyrkiä estämään myös velvoittamalla oikeusalamaiset puuttumaan kausaalikulkuun silloin, kun tällainen seuraus näyttäisi olevan syntymässä. — Elävän elämän katsantokannan mukaan on kuitenkin riidatonta, että henkilö, jonka suhtautuminen supistuu vain siihen, että hän passiivisena toteaa hänestä rippumattomasti alkunsa saaneen kausaalikulun johtavan vahingolliseen seuraukseen, on ylimalkaan ottaen eri asemassa oikeudenloukkaukseen nähden kuin se, joka omalla aktiivisella toiminnallaan on ollut ohjaamassa kausaalisuuden kulkua tuohon seuraukseen. On myös yhtä selvää, ettei oikeusjärjestyksellä, joka ottamatta tätä tosiasiaa huomioon asettaisi oikeusalamaisille yleisen rangaistusuhin tehostetun velvollisuuden kausaalisuuden kulkuun puuttumalla estää vahingollisten seurausten syntyminen, saattaisi olla menestymisen mahdollisuuksia. Mutta vaikka tällaista yleistä velvollisuutta ei voidakaan asettaa, saattaa kuitenkin olla erityisiä tilanteita tai olosuhteita, joiden vallitessa oikeusjärjestys voisi velvoittaa yksityisen kansalaisen puuttumaan kausaalisuuden kulkuun ja estämään sen seurauksen, johon se muuten johtaisi. Ja tällaisten tapausten ollessa kysymyksessä ei olisi mitään estettä rinnastaa (velvollisuuden vastainen) kausaalikulkuun puuttumatta jättäminen aktiivisen suhtautumisen kanssa.

Velvollisuuden vastainenkin seurauksen estämättä jättäminen on luonnollisesti olemukseltaan erilaista suhtautumista kuin aktiivinen kausaalikulkuun puuttuminen, mutta mikään ei estä lainsäätäjää rinnastamasta näitä ja arvostelemasta niitä oikeudenloukkauksen syntymisen kannalta samanarvoisiksi. Jos jollakulla on velvollisuus kausaalisuuden kulkuun puuttumalla estää seurauksen syntyminen eikä hän sitä tee, voidaan aivan hyvin sanoa, että hän on (objektiivisesti arvostellen) samalla tavalla vastuussa seurauksen syntymisestä kuin sekin, joka on kausaalikulkuun aktiivisesti puuttumalla sen aiheuttanut; laiminlyöjä on ollut eräänlaisessa garantia-asemassa siitä, ettei seurausta syntyi.⁴³

Mikäli ajatusta johdatellaan edellä esitetyllä tavalla, ei laiminlyöntivastuuta koskevassa ongelmassa ole niinkään kysymys siitä, onko laiminlyönti samassa mielessä kausaalista kuin aktiivinen tekeminen. Prob-

⁴³ Ks. *Bockelmann* s. 437.

leeman ydin on silloin siinä, onko lainsäätäjä ulottanut mm. juuri oikeudenloukkausten estämiseen tähtäävän sanktioinnin, paitsi aktiiviseen kausaalisuuden »ohjaamiseen» vahingolliseen seuraukseen myös tällaisen seurauksen velvollisuuden vastaiseen estämättä jättämiseen,⁴⁴ ja kattanut nämä molemmat suhtautumismuodot »aiheuttamiseen» viittaavalla sanonnalla.

Rikoslaki sisältää joukon säännöksiä, joissa rikosoikeudellinen vastuu seurauksesta on *expressis verbis* ulotettu myös siihen, joka on jättänyt jotakin tekemättä. Tällaisia ovat mm. 22 luvun 1 § (»Jos nainen... on tahallansa surmannut sikiönsä käymällä siihen käsin... tahi laiminlyömällä mitä sen elossa pitämiseksi olisi ollut tarpeen; rangaistakoon...»); saman luvun 3 § (»Jos isä... ei ole antanut naiselle hänen synnyttäessään sitä hoitoa, jota hänen tilansa vaati, ja sen kautta tuottanut sikiölle kuoleman; rangaistakoon...» »Saman rangaistuksen saakoon makaaja, jos hän... jättää hänet apua tahi tarpeellista hoitoa vaille, niin että sikiö sen johdosta kuolee...»); 33 luvun 9 §:n 2 mom. (»Joka laiminlyömällä velvollisuutensa vartioida omia tahi toisen elukoita, taikka muulla tavalla on syynä siihen, että elukoita on luvottomasti päässyt syötölle toisen tiluksille, vetäköön sakkoa...»); sekä 34 luvun 14 § (»Jos joku, aikoen vesillä kulkeville matkaansaattaa vaaran... sammuttaa tulen, joka... on vireillä pidettävä, taikka jättää sytyttämättä tulen, jota hän on velvollinen... vireillä pitämään... rangaistakoon...»).

Näihin lainkohtiin on luonnollisesti myös laiminlyöntivastuuta koskevista tutkimuksissa kiinnitetty huomiota. Nähdäkseni ei niistä kuitenkaan ole tehty niitä johtopäätöksiä, joihin ne antavat mahdollisuuden. Niinpä *Livson* todettuaan, että »seurauksen aiheuttaminen laiminlyönnillä» on mainittu ainoastaan muutamissa tapauksissa ja ettei laki sisällä mitään yleistä säännöstä passiivisen suhtautumisen merkityksestä, asettaa vastattavakseen kysymyksen: »Onko komissiivideliktin aiheutta-

⁴⁴ De lege ferenda olisi erittäin suotavaa, että tällainen rinnastus otettaisiin *expressis verbis* lakitekstiin; näin myös v. *Cleric* s. 63 s. Tällöin voitaisiin myös sopivalla tavalla ottaa huomioon se seikka, että pelkkä seurauksen estämättä jättäminen — juuri johtuen siitä, että se luonteeltaan eroaa aktiivisesta »aiheuttamisesta» — saattaa yksityistapauksessa olla vähemmän paheksuttavaa kuin seurauksen aktiivinen »aiheuttaminen». Näin on tehty Saksan uudessa rikoslainehdotuksessa, ks. E 1960 § 13. (»Wer es unterlässt einen zum Tatbestand eines Strafgesetzes gehörenden Erfolg abzuwenden, ist als Täter oder Teilnehmer strafbar, wenn er rechtlich dafür einzustehen hat, das der Erfolg nicht eintreten werde, und sein Verhalten den Umständen nach der Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes durch ein Tun gleichwertig ist.»)

minen passiivisella suhtautumisella mahdollinen myös muissa tapauksissa?» Myönteinen vastaus on hänen mukaansa mahdollinen vain lainanalogiaan turvautumalla.⁴⁵

Edellä viitatuissa lainkohdissa on »kausaaliseen aiheuttamiseen» viitattavaa sanontaa käytetty kattamaan myös sellainen suhtautuminen, joka ilmenee seurauksen estämättä jättämisenä. RL 22: 1:n mukaan »surmaaminen» saattaa tapahtua paitsi »käymällä käsin» myös laiminlyömällä se, mikä kuoleman ehkäisemiseksi olisi ollut tarpeen; 22: 3:ssa puhutaan kuoleman »tuottamisesta» laiminlyönnillä ja siitä, että sikiö kuolee laiminlyönnin »johdosta»; 33: 9²:n mukaan saattaa se, joka laiminlyö pitää eläimiään silmällä, olla »syynä» siihen, että nämä pääsevät toisen maalle; 34: 14:ssä taas edellytetään jonkun voivan »matkaansaattaa» vaaran laiminlyönnillä.

Kaikissa näissä tapauksissa (selvimmin 22: 1:ssä ja 34: 14:ssä) on sekä aktiivinen tekeminen että laiminlyönti rinnastettu keskenään »aiheuttamista» kuvaavan ilmaisun kannalta. — Eikö näin ollen voitaisi ajatella, että se sanonta, jonka tarkoituksena on kuvata seurauksen ja suhtautumisen väliltä vaadittavaa suhdetta, muissakin tapauksissa olisi tulkittavissa siten, että se sulkisi sisäänsä sekä aktiivisen kausaalkulkuun puuttumisen että (velvollisuuden vastaisen) seurauksen estämättä jättämisen?⁴⁶ Vain niissä tapauksissa, joissa rikoksen toteuttamistapaa kuvattaessa on käytetty pelkästään aktiivista suhtautumista kuvaavaa ilmaisua, olisi erikseen tulkintateitse tai analogiaan turvautumalla — mikäli se katsotaan sallituksi (ks. ed. s. 43 alav. 20) — selvittävä saattaisiko myös laiminlyönti perustaa vastuun oikeudenloukkauksesta. Nyt voidaan tosin väittää, että lainsäätäjä on eri tunnusmerkistöjä laatiessaan pitänyt ensi sijaisesti mielessään vain aktiivista tekemistä. Tämä on tietysti mahdollista, mutta toteamus ei missään tapauksessa oikeuta päättelemään lainsäätäjän tarkoituksena olleen ja ao. lainkohdan tarkoituksena olevan, että vain aktiivinen suhtautuminen saattaisi tulla tunnusmerkistön toteuttavana kysymykseen silloinkin, kun siinä on käytetty aktiivisuuden ja passiivisuuden kannalta täysin väritöntä ilmaisua. Lisäksi on huomattava, että tarkastelun kohteena ei ole mikään filosofinen oppirakennelma, vaan elävää elämää ja sen tarpeita palvelemaan laadittu laki. On jokseenkin todennäköistä,

144

⁴⁵ Livson s. 114 s.

⁴⁶ Vrt. Honkasalo, Laiminlyönti s. 262 («Jos ne (nim. po. lainkohdat) oikeutavat joihinkin johtopäätöksiin, niin korkeintaan siinä suhteessa, minkälaisissa olosuhteissa tapahtunut kausaalinen laiminlyönti on katsottava vastuun seurauksesta synnyttäväksi») ja Andenaes, Unnlattel s. 218.

ettei lainsäätäjää »aiheuttamiseen» viittaavia ilmaisuja käyttäessään ole pitänyt silmällä mitään filosofista kausaalisuusteoriaa, vaan on halunnut käyttämillään ilmaisuilla tehdä mahdollisimman selväksi sen, mitä seurauksen ja suhtautumisen väliseltä suhteelta on vaadittava. Tässä pyrkimyksessä on mitä todennäköisimmin ainakin ensi sijassa lähdetty luonnollisen katsantokannan pohjalta, joka — kuten *Honkasalokin*⁴⁷ toteaa — varsin usein on valmis katsomaan sen, joka on velvollisuutensa vastaisesti jättänyt seurauksen estämättä, »aiheuttaneen» tämän seurauksen.

β. Petos laiminlyöntirikoksena. Tarkasteltaessa niitä ilmaisuja, joita RL 36: 1:ssä käytetään kuvaamaan sitä suhdetta, jonka edellytetään vallitsevan erehdyttäjän suhtautumisen ja erehdyksen välillä, voidaan havaita, että ne ovat nyt mielenkiinnon kohteena olevalta kannalta värittömiä; »aikaan saaminen» sen paremmin kuin »vireillä pitäminen» eivät mitenkään viittaa nimenomaisesti aktiiviseen tekemiseen. Näin ollen katsonkin, että — aivan samoin kuin »surmaaminen», kuoleman »aiheuttaminen», saattaa tapahtua sekä tekemisellä että tekemättä jättämisellä — erehdys voidaan RL 36: 1:n tarkoittamassa mielessä »aikaan saada» laiminlyömyllä velvollisuudenvastaisesti sen syntymisen estäminen ja »pitää vireillä» jättämällä tekemättä ne toimet, jotka olisivat estäneet sen jatkumisen.

Tämä toteamus ei kuitenkaan vielä selvitä sitä, voidaanko petosrikos toteuttaa laiminlyönnillä. Passiivisuus saattaa olla tunnusmerkistön mukaista vain edellyttäen, että se samalla käsittää valheellisen asianlaidan esiintuomisen taikka todellisen asianlaidan vääristämisen tai salaamisen.

Kaksi ensiksi mainittua teonsanaa kuvaavat ainakin ensi sijassa aktiivista tekemistä. On varsin kyseenalaista, voitaisiinko sanalla »esiintuoda» kuvata suhtautumista, joka käsittää vain sen, että laiminlyödään estää asianlaidan pääseminen toisen havaintopiiriin. Jos A näkee B:n ryhtyvän lukemaan C:n hänelle lähettämää sähkösanomaa, jonka A tietää sisältävän valheellisia tietoja, niin tuskin voidaan sanoa A:n »esiintuoneen» näitä tietoja B:lle, jos hän ei estä B:tä saamasta niitä tietoonsa. On mahdollista, että voitaisiin tilanteesta riippuen sanoa, että hän on »aikaansaanut» B:n erehdyksen, mutta ei kuitenkaan »esiintuomalla» valheellisia asianlaitoja. — Sen sijaan saattaa hyvinkin ajatella tilanteita, joissa laiminlyöntiä estää valheellisen asianlaidan »esiintulo» voitaisiin pitää aktiivisen esiintuomisen veroisena, mutta

⁴⁷ Kausaalisuuskysymys s. 204.

tällöinkin edellyttäisi laiminlyöjän saattaminen vastuuseen nimenomaan esiintuomisella tapahtuvasta erehdyttämisestä lainanalogian käyttämistä.⁴⁸ Ajatellaanpa esim. tilannetta, jossa A on lähettänyt B:lle sähkösanoman ja havaitsee vasta sähkösen lähdettyä sen saaneen virheellisen sisällön. Tällöin olisi kenties lähellä ajatus, että A laiminlyödessään estää sähkösanoman joutumisen B:n käsiin olisi »esiintuonut» valheelisen asianlaidan. Näin ei kuitenkaan asia ole, sillä — kuten sanottu — asianlaidan »esiintulon» estämättä jättäminen ei ole samaa kuin sen »esiintuominen». A on — tosin ilman vaadittavaa syyksiluettavuutta — esiintuonut asianlaidan lähettäessään sähkösen. Eri asia on, että hänet kenties voitaisiin saada vastuuseen todellisen asianlaidan salaamisella tapahtuneesta erehdyttämisestä, mikäli hän laiminlyö ilmaista B:lle sen asianlaidan, että sähkösen sisältö ei pitänyt paikkaansa (ks. tämän suhteen jälj. olevaa esitystä).

Samaa on vastaavasti sanottava todellisen asianlaidan vääristämisestä. Vaikka tähän tekemuotoon useimmiten sisältyykin osana jonkin seikan mainitsématta jättäminen, niin edellyttää vääristäminen kuitenkin jonkinlaista aktiivista osallistumista itse »vääristymisprosessiin». Suhtautumista, joka kasittaa vain ko. suhtautujasta riippumattoman »vääristymisen» estämättä jättämisen, ei hevin voitane kuvailla sanalla »vääristää».

Meikäläisessä petosta koskevassa kirjallisuudessa on esitetty mielipide, että lainsäätäjät myös teonsanaa »salata» (»förhemliga») käyttäessään olisi lähinnä ajatellut vain aktiivista toimintaa. Niinpä *Forsman* lausuu: »Det är nämligen att märka, att förhemligande öfverhufvudtaget icke är det samma som förtigande; förtigande förutsätter i allmänhet en passivitet, förhemligande åter en positiv verksamhet.»⁴⁹

Omalta kohdaltani en näe syytä yhtyä tähän käsitykseen. Missään tapauksessa nyt kysymyksessä oleva sana ei yleiskielelliseltä merkitykseltään rajoitu yksinomaan aktiiviseen toimintaan. *Forsmanin* voidaan kyllä sanoa olevan oikeassa sikäli, etteivät sanat »förhemliga» ja »förtiga» ole merkitykseltään identtisiä. Mutta tästä seikasta ei voida tehdä sitä johtopäätöstä, ettei »förtiga» (vaieta jostakin seikasta) saattaisi olla suh-

⁴⁸ »Vorspiegelung»-sanana näin v. *Cleric* s. 15. Toisin *Jahn* s. 30. Ks. myös *Drexler* s. 16, *Hoffmann* s. 9 ja *Rech* s. 21.

⁴⁹ *Forsman* *Särskilda* s. 377; ks. myös *Honkasalo* E I s. 170. Toisin *Serlachius* II s. 258. — Sama mielipide on esitetty myös Saksan StrGB 263 §:n »Unterdrückung»-sanana osalta, ks. esim. *Frank* II s. 127, *Hegler* s. 422, *Kohlrausch—Lange* s. 575, *Maurach* s. 239, *Schlag* s. 16 ja *Schönke—Schröder* s. 1079; vrt. *Dalcke—Fuhrmann—Schäfer* s. 332, *Kuessner* s. 10, *Nagler* s. 434 ja *Schmid* s. 28.

tautumista, jonka sana »förhålliga» (salata) myös kattaa. »Förtiga» on vain eräs »förhålliga»-suhtautumisen alalaji; jälkimmäinen käsittää sekä toisen aktiivisen estämisen pääsemästä perille jostakin seikasta että tästä seikasta vaikenemisen.⁵⁰ On myös huomattava, että vuoden 1875 rikoslainehdotuksessa mainittiin vastaavana erehdyttämiskeinona »undanhållande af något sant förhållande». Lainkohdan valmistelutöistä ei tosin käy selville, mikä oli syynä sanonnan vaihtamiseen nykyiseen, mutta pitäisin epätodennäköisenä sitä, että motiivina olisi ollut halu nimenomaan ja rajoittavasti korostaa »salaamisen» aktiivisuutta. Uskottavammalta tuntuisi selitys, jonka mukaan aikaisemmasta salaamista kuvaavasta termistä luovuttiin sen takia, että se viittaa liian voimakkaasti pelkästään passiiviseen salassapitämiseen. — Mitään muutakaan perustetta ei ole käsitykselle, että RL 36:1:ssä todella olisi tarkoitus rajoittaa salaamisen merkitys vain aktiiviseen tekemiseen. Näin ollen ja koska on epäilyksetöntä, että henkilö todella voidaan estää pääsemästä jostakin seikasta perille sillä, että tästä seikasta vaietaan, katsonkin, ettei »salata»-teonsanan käyttäminen RL 36:1:ssä estä säännöksen soveltamista laiminlyöntitapauksiin. — Meillä onkin kirjallisuudessa — asianomaisen tutkijan kausaalisuuskäsityksistä riippumatta — katsottu, että petos voidaan toteuttaa myös laiminlyönnillä.⁵¹ Tämä on myös oikeuskäytännön täysin vakiintunut kanta. Paitsi sellaisia ratkaisuja, joiden perusteluista ei voi varmuudella päätellä, onko erehdyttäjän katsottu salanseen todellisen vaiko esiintuoneen (konkludenttisesti) valheellisen asianlaidan, löytyy oikeuskäytännöstä lukuisia tapauksia, joissa langettavaa päätöstä perustellaan nimenomaan sillä, että erehdyttäjä on jättänyt jotakin tekemättä. Näin esim. OO p. 20. 2. 1902 JFT.b. 1903 64/II (A oli salaamalla erinäisiä seikkoja saanut aikaan henkivakuutusopimuksia); p. 12. 9. 1905 JFT.b. 1906 26/IX (A oli myynyt meijeriin maitoa ilmoittamatta, että hän oli jo kuorinut siitä kermaa); 1916 II 321 (A oli »muistutusta siitä tekemättä» nostanut virheellisen virkaraportin perusteella liikaa palkkaa; aivan vastaava

⁵⁰ Ks. *Dalén* I s. 551 ja *Sundén* I s. 176, joitten molempien mukaan sana »förhålliga» tarkoittaa samaa kuin »göra hemlighet af (ngt), hålla hemlig».

⁵¹ Ks. esim. *Estlander* s. 37 ss., *Forsman*, *Särskilda* s. 377, *Honkasalo*, *Erinäiset* s. 65 ja *E I* s. 171 sekä *Serlachius* II s. 258. — Näin myös Ruotsin vanhemman ja uudemman oikeuden kannalta esim. *Sterzel* s. 69 ss., *Ekeberg—Strahl—Beckman* s. 180 s. ja *Strömberg* s. 48. Saksan oikeuden osalta ks. esim. *Dalcke—Fuhrmann—Schäfer* s. 332, *Drexler* s. 45, *Eschershausen* s. 16, *Hegler* s. 422 alav. 4, *Hoffmann* s. 46, *Frank* II s. 127, *Rech* s. 24, *Reinitz* s. 3, *Rudolph* s. 13 ja *Schlag* s. 13; vrt. *Bockelmann* s. 452 ss.

tapaus on KKO p. 8. 9. 1959 no. 1788 sekä Ruotsissa NJA 1939: 38); 1917 II 17 (A oli myydessään eräästä kiinteistöstä 13/60 ja 1/30 »tahallansa salannut», ettei hän omistanut enempää kuin sanotut 13/60); KKO 1918 II 38 (A oli myydessään erään yhtiön osakkeita B:lle mm. »förhålligat, att affärens tillstånd varit dåligt och att densamma under nästföregående år gått med förlust»); 1920 II 113 (A oli antaessaan maksuksi erään siirretyn saatavan salannut sen toteuttamismahdollisuuksiin vaikuttaneen seikan); 1921 II 727 (A oli »myydessään /B:lle/ hevosen, jonka toinen silmä /A:n/ tietten oli viallinen, salaamalla tuon vian, saattanut /B:lle/ vahinkoa»); 1928 II 248 (A oli tilittäessään myytäväkseen saamistaan leimamerkeistä kertyneitä varoja »salannut» sen seikan, että hänen saamansa leimamerkkimäärä oli ollut arvoltaan tilityksen vastaanottajan luulemaa suurempi); 1929 II 474 (A, joka oli sopinut B:n kanssa siitä, ettei erästä heidän välillään vireillä ollutta riitajuttua jatkettaisi, oli »jatkanut sanottua juttua ilmoittamatta mitään kerrotusta sopimuksesta»); 1930 II 516 (A oli jättänyt mainitsematta myymässään hevosesa olleen vian); 1933 II 470 (A, joka oli ollut velkakirjan perusteella saamassa B:ltä rahaa, »oli salaamalla /B:ltä/ sen, että hän oli jo... siirtänyt mainitun velkakirjan /C:lle/... vastaanottanut» B:ltä velkakirjan sisällön); 1935 II 55 (A oli myytyään tilastaan määräaloja saanut koko tilaan kiinnityksiä »salaamalla sen», ettei hän enää omistanut siitä kuin puolet); 1938 II 364 (A oli »lunastamatta matkalippua ja salaamalla tämän seikan» matkustanut junassa); 1940 II 97 (A oli häneen kohdistetussa ulosmittauksessa salannut erään saatavansa); 1947 II 34 (A oli »med förhålligande av sin betalningsoförmåga beställt och låtit tillsända sig varor»); 1947 II 46 (A oli, myytyään kiinteistönsä, johon hänen vaimollaan oli naimaosa, vastaanottanut loppukauppahinnan salaten sen seikan, että kiinteistö oli väliajalla toimitetussa osituksessa tullut hänen vaimonsa omaksi); 1948 II 384 (A oli saadessaan nostaa liikaa rahaa »jättänyt huomauttamatta tuosta maksuerehdyksestä»; samoin 1950 II 252); 1949 II 398 (A oli myydessään auton salannut sen seikan että auton moottori oli haljennut ja korjattu uuttamalla); 1950 II 82 (A oli myynyt itsestään kuolleen lehmän ruhon »utan att upplysa om att köttet... härrört från en självdöd ko»); p. 7. 2. 1961 no. 77 (A oli myydessään kiinteistön salannut sitä rasittavan kiinnityksen); sekä p. 11. 10. 1961 no. 3141 (A oli salaamalla sen, että hän oli avioliitossa, saanut B:n antamaan itselleen rahaa ja tavaraa).

Edellä on tarkasteltu laiminlyöntiä pelkästään seurauksen estämättä jättämisen kannalta. Kun oikean asianlaidan ilmaisematta jättämisen

merkitys petosvastuun kannalta nähdään velvollisuuden vastaisessa erehdyksen estämättä jättämisessä, on luonnollisesti samantekevää, onko erehdytetty kenties odottanut ko. seikan ilmaisemista vai onko hän ollut kokonaan kiinnittämättä huomiotaan toisen vaikenemiseen. Tällä kysymyksellähän ei ole mitään merkitystä harkittaessa, olisiko oikean asianlaidan ilmaiseminen estänyt tai poistanut erehdyksen. Kuitenkin on niin, että ihmiset perustavat mielikuvansa eri asioista paitsi toisten aktiiviseen suhtautumiseen ja sen merkitykseen myös heidän passiivisuuteensa (ns. konkludenttinen vaikeneminen).^{52 53} Ajatellaan esimerkiksi tapausta, jossa A ja B ovat keskenään sopineet siitä, että B aina välittömästi ilmoittaa A:lle tietyn tavaran hinnassa tapahtuvista muutoksista. Kun nyt A muodostaa itselleen mielikuvan ko. tavaran kulloisestakin hinnasta, hän epäilemättä perustaa ainakin osittain tämän käsityksensä siihen, ettei B:ltä ole tullut mitään ilmoitusta. Vastavaanlaisia tilanteita, joissa siis toisen passiivisuus vaikuttaa motivoivasti mielikuvan muodostumisvaiheen aikana, esiintyy käytännössä varsin runsaasti. Luonnollisesti niissäkin on samalla kysymys erehdyksen estämättä jättämisestä, mutta ne eroavat kuitenkin juuri passiivisuuden motivoivan vaikutuksen vuoksi tapauksista, joissa erehdyttäjä ei lainkaan kiinnittänyt huomiotaan toisen vaikenemiseen.

Petosta koskevassa kirjallisuudessa on esitetty käsitys, että laiminlyönti voisi toteuttaa petoksen erehdyttämistunnusmerkin vain näissä viimeksi kosketelluissa tapauksissa.⁵⁴ Mielipidettä on perusteltu sillä, että tullakseen petoksena rangaistavaksi on henkilön suhtautumisen vaikutettava motivoivasti erehdytetyn mielikuvan muodostukseen. Epäilemättä useimmissa petostapauksissa asianlaita onkin tämä: erehdytetty ottaa toisen suhtautumisen tietoisesti huomioon ja muodostaa mielikuvansa juuri tämän suhtautumisen perusteella. Voidaan kuitenkin asettaa kyseenalaiseksi, olisiko tätä vaadittava. Ajatellaanpa esim. aktiivisella salaamisella tapahtuvaa erehdyttämistä: henkilö peittää kä-

⁵² Ks. myös Hågerström s. 321.

⁵³ Laiminlyönnin kausaalisuuden ongelmaa selvitellessä on esitetty käsitys, jonka mukaan laiminlyönti saisi kausaalisien merkityksen juuri sen seikan perusteella, että toinen päättelee tuosta passiivisuudesta jonkin määrätyn seikan olemassaolon ja toimii sen mukaisesti; tämän johdosta ks. tarkemmin Honkasalo Kausaalisuuskysymys s. 198 ss. ja Livson s. 27 s.

⁵⁴ Ruotsin vanhemman oikeuden kannalta näin Sterzel s. 72 s., ja meillä ilmeisesti Livson ks. s. 202 ss. — Ks. myös Frank II s. 128 ja Norjan oikeuden kannalta Øvergaard s. 80 s., joka katsoo, että laiminlyönti saattaa aiheuttaa erehdyksen vain mikäli toisella on ollut perusteltu aihe odottaa (»en begrunnet forventning») tiedoksianto; ks. myös Andenaes, Formuesforbrytelsene s. 44 ja Skeie s. 296.

dellään tavarassa olevan virheen. Tämä hänen toimintansa (virheen peittäminen) ei mitenkään vaikuta motivoivasti (vaan pelkästään »kausaalisesti») toisen mielikuvanmuodostukseen. Ostaja ei varmastikaan päätele: koska virhe peitettiin, ei sitä ole olemassa. Hän on päinvastoin täysin tietämätön siitä, että virhe on salattu. Ja epäilemättä olisi salaaja tuomittava petoksesta. Jos tällaista vaatimusta ei voida asettaa aktiivisen tekemisen ollessa kysymyksessä, on vaikeata nähdä, mihin se perustuisi laiminlyöntitilanteissa. Seikka onkin se, että vaikkakin petosrikoksen tunnusmerkistö edellyttää sitä, että virheellinen mielikuva vaikuttaa motivoivasti erehdytetyt tahdonmuodostukseen (ja samalla aikaansaa tappiolliseen disponointiin kohdistuvan päätöksen), ei tunnusmerkistö ymmärtääkseni vaadi sitä, että erehdyttäjän suhtautuminen vaikuttaisi motivoivasti jo mielikuvan muodostukseen (erehdyksen syntymiseen). Viimeksi mainitulta osalta ei vaadittane muuta kuin »aiheuttamis»-suhteen olemassaoloa. Näin ollen katsonkin, että petostunnusmerkistön kannalta riittää sen toteaminen, että laiminlyöty, seurauksen estämiseen tähtäävä velvollisuuden mukainen toiminta olisi estänyt erehdyksen. Henkilö, joka tahallaan velvollisuutensa vastaisesti jättää sellaisen todellisen asianlaidan ilmaisematta, jonka ilmaiseminen olisi estänyt tai poistanut toisen erehdyksen, on näin ollen toteuttanut petoksen erehdyttämistunnusmerkin: hän on »salaamalla todellisen asianlaidan» aikaan saanut tai vireillä pitänyt erehdyksen.⁵⁵

γ. Ilmaisuvelvollisuudesta. Kuten edellä on mainittu, ovat laiminlyöntivastuun mahdollisuuteen myönteisesti suhtautuneet tutkijat yleensä — laiminlyönnin kausaalisuuteen nähden omaksumastaan kannasta riippumatta — katsoneet vastuun edellyttävän sitä, että laiminlyöjällä on ollut oikeudellinen toimintavelvollisuus. Tähän käsitykseen on epäilemättä yhdyttävä. Kun kerran laiminlyöntitilanteita arvostellaan oikeudelliselta kannalta, ei merkitystä saada olla muulla kuin oikeudellisella toimintavelvollisuudella. Jos henkilöllä ei ole ollut

⁵⁵ *Estlander* ei vaadi motivoivaa vaikutusta laiminlyönniltä (ks. s. 77), ei ilmeisesti myöskään *Forsman* (ks. *Särskilda* s. 377) eikä *Serlachius* (ks. II s: 258 s.). *Honkasalon* kanta on jossakin määrin epäselvä, mutta vaikkakin hän lausuu, että »erehtymisen laiminlyönti voi aiheuttaa silloin, kun erehdytetyllä oli syytä odottaa ilmoitusta jossakin suhteessa», voitaneen hänen kuitenkin niitten esimerkkien perusteella, joita hän samassa yhteydessä esittää, katsoa olevan tekstissä puoleltulla kannalla (ks. E I s. 171). — Myöskään oikeuskäytännöstä en ole löytänyt sellaisia ratkaisuja, jotka viittaisivat siihen, että vaikenemiselta olisi edellytetty motivoivaa vaikutusta.

oikeudellista velvollisuutta aktiiviseen toimintaan, ei hänen laiminlyönnistään myöskään saata seurata oikeudellista vastuuta. — Yksimielisyys vallitsee myös siitä, ettei mikä tahansa oikeudellinenkaan velvollisuus riitä laiminlyöntivastuun perustaksi. Velvollisuuden on lisäksi oltava erityinen, ts. velvollisuus, joka kohdistuu henkilöön hänen erityisten olosuhteittensa tai asemansa perusteella ja joka näistä syistä nousee yleisten, kaikkiin oikeusalamaisiin kohdistuvien velvollisuuksien yläpuolelle. — On vielä eräs kolmaskin seikka, joka velvollisuuden laatua arvosteltaessa on otettava huomioon ja joka on laiminlyöntivastuuta koskevilla tutkimuksissa jäänyt kenties tarpeeksi korostamatta. Vastuu oikeudenloukkauksesta ei saattane kohdistua henkilöön vielä sillä perusteella, että hänen voidaan todeta erityisen oikeusvelvollisuuden vastaisesti jättäneen sellaisen teon tekemättä, joka olisi estänyt oikeudenloukkauksen syntymisen. Ei ts. voida pitää riittävänä, että vain todetaan henkilöllä olleen velvollisuus tehdä teko T ja että mikäli hän olisi sen tehnyt, ei seurausta S olisi ko. yksityistapauksessa syntynyt. Lisäksi on vaadittava, että kysymyksessä on oikeusvelvollisuus, joka (ainakin osittain) käsittää velvollisuuden nimenomaan vahingollisen seurauksen estämiseen.⁵⁶ Jos A on sopimuksen perusteella velvoittautunut valvomaan jonkin talon keskuslämmitystä ja käymään tässä tarkoituksessa päivittäin talon pannuhuoneessa, hän epäilemättä jättäessään jonakin päivänä tämän velvollisuutensa täyttämättä, vastaa siitä vahingosta, jonka lämmitysjärjestelmän jäähtyminen aiheuttaa. Sen sijaan häntä ei voitane saattaa vastuuseen siitä, että henkilö B, joka oli mennyt pannuhuoneessa käymään pääsemättä sieltä pois, oli ollut vapautensa menettäneenä, vaikkakin A:n velvollisuuden mukainen toiminta tässä yksityistapauksessa olisi pelastanut B:n.

Kun vastuu seurauksesta edellyttää nimenomaan oikeudellista velvollisuutta (pelkän moraalisen, eettisen tms. velvollisuuden ollessa riittämätön), tuntuu luonnolliselta, että sen on löydettävä oikeusjärjestyksen — kirjoitetun tai tavanomaisena voimassa olevan lain — normien joukosta. Tähän nähden ei voida pitää täsmällisenä jaoittelua, jonka mukaan vastuun perustava velvollisuus saattaa perustua paitsi oikeusjärjestykseen, myös sopimukseen, edellä käyneeseen toimintaan jne.⁵⁷ Velvollisuus tosin saattaa syntyä juuri sopimuksen jne. perusteella, mutta vain koska ja edellyttäen että oikeusjärjestys siihen tällaisen velvollisuuden liittää.

⁵⁶ Tätä korostaa myös *Honkasalo*, ks. Laiminlyönti s. 264.

⁵⁷ Ks. esim. *Honkasalo*, Kausaalisuuskysymys s. 213 ss. ja I s. 147 ss.; ks. myös *Livsonin* jaoittelua s. 159.

Kysymys siitä, milloin ja millä edellytyksillä petosvastuun perustava ilmaisuvelvollisuus on olemassa, on niin monitahoinen ja laaja, että sen tyhjentävä käsittely vaatisi oman erityistutkimuksensa ja joka tapauksessa enemmän tilaa, kuin mitä sille on mahdollista tässä tutkimuksessa uhrata. Olen kuitenkin katsonut tarkoituksenmukaiseksi seuraavassa tarkastella — pyrkimättäkään tyhjentävään esitykseen — eräitä keskeisimpiä ja käytännössä yleisimmin esiintyviä velvollisuusryhmiä.

Kirjoitettuun lakiin sisältyy lukuisia määrätyn asianlaidan ilmoittamisvelvollisuutta koskevia spesiaalisäännöksiä. Tällaisia ovat mm. Asunnonvälityслиikkeistä 12. 10. 1962 annetun A:n 10 §:n 1 mom., Kansaneläke A:n (7. 12. 1956) 53 ja 54 §:t, Kiinteistövälittäjä A:n (7. 6. 1945) 12 §, Rehujen ja lannoitteiden valmistuksesta, maahantuonnista ja kaupasta 4. 6. 1955 annetun lain 10 §, Siementavarain maahantuonnista, maasta viennistä ja kaupasta 3. 4. 1937 annetun L:n 7 § sekä VaksopL:n 4 §; myös UL:ssa on säännöksiä, joista voidaan päätellä velallisella olevan velvollisuus ilmaista kaikki ulosottokelpoiset varansa.⁵⁸

Varsin merkityksellinen petosrikoksen kannalta on Kauppakaaren 1 luvun 4 §, jossa säädetään mm.: »Jos myydään tavara, joka sitten havaitaan virheelliseksi, ja jos laillisesti näytetään myyjän tietäneen virheen eikä siitä ilmoittaneen, ottakoon omansa jälleen ja antakoon takaisin vastikkeen; korvatkoon myös kaiken vahingon [ja vetäköön sakkoo kymmenen talaria].» Tämä säännös, joka asettaa tavarän myyjälle kaupassa velvollisuuden ilmoittaa myytävässä tavarassa olevat virheellisyudet, kattaa varsin suuren osan niistä tilanteista, joissa laiminlyöntipetos ilmenee käytännössä. Jos myyjä tämän erityisvelvollisuutensa vastaisesti jättää virheen ilmaisematta, on hän RL 36: 1:n tarkoittamassa mielessä aikaansaanut tai pitänyt vireillä ostajassa kaupan kohteeseen kohdistuvan virheellisen mielikuvan salaamalla todellisen asianlaidan.⁵⁹

Se, mitä virheellä siteeratun lainkohdan mukaan on ymmärrettävä, on ensi sijassa kauppaoikeudellinen tulkintakysymys, jonka selvittäminen samalla piirtää myyjän ilmoitusvelvollisuuden rajat.⁶⁰ — On muutenkin huomattava, että rikosoikeudellisen petossäännöksen soveltaminen — sikäli kuin se halutaan perustaa KK 1: 4:n sisältämään velvolli-

⁵⁸ Esim. UL 3: 33; ks. KKO 1940 II 97 (A tuomittu petoksesta kun hän oli ulosmittauksessa salannut erään saatavansa) ja *Honkasalo* E I s. 181.

⁵⁹ Ks. ed. s. 80 s. mainituista oikeuskäytännön ratkaisuksista esim. OO p. 12. 9. 1905, KKO 1921 II 727, 1930 II 516, 1949 II 398 ja 1950 II 82.

⁶⁰ Ks. tämän johdosta esim. *Aaltonen* I s. 99 ss. sekä *Chydenius* I s. 43 ss. ja *Fel* s. 300 ss. sekä *Heikonen—Aaltonen* s. 84 ss.

suuteen — on varsin suuressa määrässä riippuvainen vm. lainkohdan kauppaoikeudellisesta ulottuvaisuudesta. Niinpä, mikäli katsotaan, ettei ostaja saata vedota KK 1: 4:ään esim. silloin, kun hänellä on ollut tilaisuus tarkastaa kaupan kohde ja siinä oleva virhe on ollut sellainen, jonka ostajan ammattitaidon ja -tiedon omaavan henkilön olisi tullut havaita,⁶¹ on myöskin mahdotonta ko. lainkohtaan vedoten katsoa, että myyjä olisi jättäessään mainitsematta virheestä syyllistynyt petokseen, sillä tällöin hänellä ei lainkaan ole ollut tähän lainkohtaan perustuvaa ilmaisuvelvollisuutta.⁶² Samasta syystä johtuu, ettei petosvastuun perustavasta velvollisuuden laiminlyömisestä ole kysymys silloin, kun myyjä on vaiennut sellaisesta virheestä, joka on siinä määrin vähäinen, ettei KK 1: 4 kauppaoikeudellisen tulkinnan mukaan tapaukseen soveltuisi.⁶³ Mikäli nimittäin katsotaan, ettei »vähäinen» virhe riitä ko. lainkohdan soveltamiseen, merkitsee tämä sitä, ettei lainkohdasta johdettavissa oleva ilmoittamisvelvollisuus lainkaan koske sanotunlaisia virheitä.⁶⁴

KK 1: 4 tarkoittanee ensi sijaisesti vain itse kaupan kohteessa olevaa, sen laatuun, alkuperään, määrään tms. kohdistuvaa virhettä. Mielestäni ei mikään kuitenkaan estäne ulottamasta ilmoittamisvelvollisuutta koskemaan myös oikeudellisia puutteita. Esine, jota myyjä ei ole oikeutettu luovuttamaan, on ostajan kannalta arvosteltuna »virheellinen» ainakin silloin, kun tämä oikeudellinen puute vaikuttaa ostajan oikeuksiin. Kun jollekulle tarjotaan esinettä ostettavaksi, hän yleensä jo tästä tarjouksesta päätelee toisen olevan oikeutettu esineen myymään. Jos myyjä puolestaan on lähtenyt siitä, että hänen tarjouksensa tullaan näin ymmärtämään, on hän aktiivisesti tuonut esiin asianlaidan. Mutta

⁶¹ Ks. *Aaltonen* I s. 109 ss. ja II s. 98, *Chydenius* I s. 47, *Heikonen—Aaltonen* s. 105 s. ja *Kivimäki* s. 38 ss.; ks. myös *Honkasalo* E I s. 172. — Tarkastusvelvollisuus ulottunee yleensä vain siihen, mitä myyjän taholta esitetään nähtäväksi, kosketeltavaksi jne. ilman, että ostajan tulisi oma-aloitteisesti hankkia »lisäselvitystä» asiaan. Niinpä katson, ettei kiinteistön myyjä, joka vaikenee kiinteistöä rasittavista kiinnityksistä saata vapautua petossyytteestä vetoamalla siihen, että ostajalla olisi ollut tilaisuus tilaamalla rasiustodistus päästä niistä selville (näin myös KKO p. 7. 2. 1961 no. 77).

⁶² Ks. esim. KKO 1950 II 122, jossa A:ta syytettiin siitä, että hän oli vaihtaessaan B:n kanssa hevosia, vaiennut oman hevosensa säkätaudista. Koska »säkätaudin jättämä arpi oli ollut vaihtotilaisuudessa todettavissa, eikä (A:n) sillä, että hän ei ollut siitä nimenomaan huomauttanut, voitu katsoa pettäneen (B:tä), jolla oli ollut tilaisuus huolellisesti tarkastaa hevonen», hylkäsi KKO petossyytteen.

⁶³ Ks. esim. *Aaltonen* I s. 117 ss. ja II s. 98.

⁶⁴ Vrt. *Estlander* s. 70.

niissäkin tapauksissa, joissa saattaa olla epätietoista, onko myyjä todella jo tarjouksen tekemisellä esiintuonut valheellisen asianlaidan, katson, että hän on vaitetessaan siitä, ettei hän ollut oikeutettu esinettä myymään, rikkonut KK 1: 4:stä johdettavissa olevaa erityisvelvollisuuttaan ja näin salaamalla todellisen asianlaidan erehdyttänyt ostajan.⁶⁵ — Tällaisia oikeudellisia virheitä ovat periaatteessa ainakin kaikki ne esineen ja myyjän suhteisiin liittyvät seikat, joista johtuen ostajan esineeseen kohdistuvat oikeudet ovat rajoitetummat kuin mitä tehty sopimus olisi edellyttänyt ilman po. puutteita.⁶⁶ Koska näihin epäilemättä kuuluu myös myyjän oikeus itseään (tai toista) sitovasti tehdä esinettä koskevia oikeustoimia, merkitsisi edellä lausuttu mm. sitä, että vajaavaltainen, joka vajaavaltaisuutensa salaten myy esineen, olisi tuomittava — muiden tunnusmerkkien ollessa toteutettuina — petoksesta. Tällaisen lopputuloksen osalta on kirjallisuudessa kuitenkin esitetty vakavia epäilyksiä.⁶⁷ Totta onkin, että tulos olisi ristiriidassa holhousoikeudellisten säännösten sisältämien periaatteiden ja tarkoituksen kanssa. Kysymys ei kuitenkaan ole aivan yksinkertainen.

Ensinnäkin on selvää, etteivät holhousoikeudelliset säännökset sellaisenaan — olipa niiden tarkoitus mikä hyvänsä — saata muodostaa estettä rikosoikeudellisesti syyntakeisen vajaavaltaisen saattamiselle rikoksista vastuuseen. Seitsentoistavuotias, joka myy varastamansa tavaran väittäen sitä omakseen, syyllistyy varmasti petokseen. Epäilystä ei voine olla myöskään siitä, että jos tällainen henkilö myy omistamansa esineen väittäen olevansa täysivaltainen, hän saattaa joutua petoksesta tuomituksi. Vieläpä silloin, kun hän pelkästään konkludenttisesti esiintuo sen asianlaidan, että hän on oikeutettu esineestä itseään sitovasti määräämään, olisin valmis soveltamaan häneen RL 36: 1:ä.⁶⁸ Ja näin siitäkin huolimatta, että ratkaisu näissäkin tapauksissa saattaa olla ristiriidassa holhousoikeudellisten periaatteiden kanssa. — Olisi kenties kuitenkin ajateltavissa, että vajaavaltaisen taloudellisten etujen suojaksi — hänen omaa ymmärtämättömyyttään vastaan — säädetyt holhousoikeudelliset säännökset olisivat ikään kuin siirtäneet »riskin» alaikäisen kanssa oikeustoimiin ryhtyneelle sopimuskumppanille ja näin syrjäyt-

⁶⁵ Ks. ed. s. 81 viitatuista ratkaisuista OO 1917 II 497 ja KKO 1947 II 46 sekä lisäksi 1950 II 307.

⁶⁶ Ks. *Chydenius* I s. 56.

⁶⁷ Ks. esim. *Sterzel* s. 112.

⁶⁸ Ks. oikn. *Eriksonin* lausuntoa tapauksessa KKO 1929 II 730 (ks. jälj. tekstissä).

täneet vajaavaltaisen osalta nimenomaan tätä seikkaa koskevan ilmaisuvelvollisuuden. Tämäkään perustelu ei mielestäni kuitenkaan ole siinä määrin vakuuttava, että se pakottaisi pitämään ilmaisuvelvollisuuden kiistämistä oikeana lopputuloksena. Tällaista tulosta ei voitaisi nähdäkseni menestyksellisesti perustella silläkään, että väitettäisiin sen säännöksen, johon täysivaltaisten henkilöiden ilmaisuvelvollisuus perustetaan, koskevan vain tällaisten henkilöiden tekemiä oikeustoimia ja ettei siitä näin ollen olisi johdettavissa mitään ilmaisuvelvollisuutta vajaavaltaisille. Epäilyksetöntä nimittäin lienee, että KK 1: 4:n sisältämä ilmaisuvelvollisuus ulottuu myös vajaavaltaisiin; se, että 20-vuotias ei voi pätevästi myydä omistamaansa esinettä, ei saata merkitä sitä, että hän, mikäli hän kaikesta huolimatta sen myy, ei olisi velvollinen ilmoittamaan sen virheellisyyttä. Kun vielä kriminaalipoliittisetkin näkökohdat voimakkaasti puhuvat mainitun kaltaista lopputulosta vastaan, katson omalta osaltani — joskin epäroiden — ettei vajaavaltaisuus muodosta poikkeusta niistä oikeudellisista puutteista, joihin nähden oikeustoimeen ryhtyvällä on rikosoikeudellisen vastuun perustaksi kelpaava ilmaisuvelvollisuus.⁶⁹ Kysymys on — joskaan ei myyntiä koskevan sopimuksen yhteydessä — ollut esillä myös korkeimman oikeuden lainkäytössä. Korkeimman oikeuden ratkaisemassa tapauksessa 1929 II 730 syytettiin A:ta siitä, että hän oli alaikäisyytensä salaten ostanut auton, jonka kauppahinnasta hän oli hyväksynyt ja antanut myyjälle vekseleitä, joita ei ollut lunastettu. Alioikeus ja HO tuomitsivat A:n petoksesta. KKO tosin hylkäsi syytteen äänestyksen jälkeen, mutta sen eri jäsenten lausunnot osoittavat, ettei enemmistö suinkaan ollut periaatteessa sillä kannalla, ettei alaikäinen voisi vajaavaltaisuutensa salaamalla syyllistyä petokseen. Kaksi jäsentä (oikn. *Idestam* ja *Oka*:n siht. *Sainio*) olivat sitä mieltä, ettei A ollut voinut syyllistyä petokseen salaamalla alaikäisyytensä; kaksi jäsentä (oikn:t *Carlson* ja *Sarva*) taas päinvastoin katsoivat A:n tällä salaamisellaan aiheuttaneen erehdyksen, toisen heistä (*Sarva*) kuitenkin hylätessä syytteen sillä perusteella, ettei tahallisuutta hänen mielestään ollut näytetty toteen; jaoston viides jäsen (oikn. *Erikson*) puolestaan olisi tuominnut A:n petoksesta sen perusteella, että hän oli tunnustamalla ja antamalla myyjälle vekselit

⁶⁹ Vrt. *Rautiala*, Holhousoikeus s. 241, joka katsoo, että vajaavaltaiselle syntyy täysi korvausvelvollisuus vain, mikäli hän (aktiivisesti) erehdyttää sopimuskumppaninsa, ei sen sijaan, jos hän vain vaikenee vajaavaltaisuudestaan. Tämä johtuu Rautialan mukaan siitä, että »jokaisen velvollisuus on ottaa selvää, onko hänen sopimuspuolensa täysivaltainen sopimuksen tekemiseen.»; ks. myös *Jørgensen* s. 216.

antanut tietää olevansa pätevä solmimaan oikeustoimen.⁷⁰ Kysymyksellä ei muuten itse asiassa liene kovinkaan huomattavaa käytännöllistä merkitystä. Jos nimittäin vajaavaltainen ryhtyy oikeustoimeen siinä mielessä, että hän saisi siitä laitonta aineellista etua, lienee tilanne useimmiten se, että hän on joko kykenemätön tai haluton täyttämään sitoumuksen omalta osaltaan. Ja tällöin on kysymyksessä tapaus, jossa hän on »salannut maksukyvyttömyytensä» tai ryhtynyt oikeustoimeen »aikomattakaan sitoumustaan täyttää», jotka kumpikin perustelu esiintyvät täysin vakiintuneesti oikeuskäytännön petosta koskeissa ratkaisuissa (ks. esim. KKO 1947 II 34; p. 14. 9. 1959 no. 95; 12. 2. 1959 no. 337; 29. 4. 1960 no. 1254; 29. 6. 1960 no. 1813; 16. 8. 1960 no. 2032 ja 14. 11. 1960 no. 3053); ei ole olemassa mitään syytä, joka oikeuttaisi asettamaan rikos-oikeudellisesti vastuunalaisen vajaavaltaisen tällaisten seikkojen suhteen erikoisasemaan.

Myöskään oikeudellista puutetta koskeva ilmaisuvelvollisuus ei kuitenkaan ole rajaton. Niinpä oikeuskäytännössä on katsottu, ettei ilmaisuvelvollisuutta ole olemassa sellaiseen seikkaan nähden, jonka on lain perusteella katsottava tulleen yleiseen tietoon.⁷¹ — Korostettakoon vielä lopuksi, että silloinkin, kun ilmoitusvelvollisuutta ei voida perustaa KK 1: 4:ään, esim. tarkastusmahdollisuuden laiminlyömisestä tms. syyn vuoksi, saattaa kysymyksessä olla konkludenttisella asianlaidan esiintuomisella toteutettu erehdyttäminen sekä että näissäkin tapauksissa saattaa olla olemassa johonkin muuhun (esim. siihen, että vaikeneminen olisi kunnianvastaista ja arvotonta; ks. tämän johdosta jälj. s. 90 s.) perustuva ilmaisuvelvollisuus.

Estlander on meillä tehnyt KK 1: 4:stä varsin pitkälle meneviä johtopäätöksiä. Hän katsoo (s. 74) säännöksen tarkoituksena olleen »att upprätthålla »Treu und Glauben im Verkehr» » ja että se sisältää »grundsatsen om skyldighet, att icke underlåta att delgifva medkontrahent, hvad man anser kunna hafva betydelse för denne med hänsyn till rättsärendet». Hän katsoo edelleen, että säännöksestä on johdettavissa oikeusalamaiselle petosvastuun perustava velvollisuus aktiiviseen toi-

⁷⁰ Sveitsin oikeuden osalta ks. SchwJZ 1952 s. 128 selostettua oikeustapausta, jossa Strafbtgericht (Bern) p:ssään 2. 8. 1950 katsoi, ettei vajaavaltaisella ole ilmaisuvelvollisuutta.

⁷¹ Ks. KKO 1930 II 566 ja 1950 II 202, joissa molemmissa nimenomaan todetaan, ettei henkilö, joka oli myynyt hakkuulta rauhoitettua metsää, ollut syyllistynyt petokseen vaikenemalla rauhoitusopimuksesta, koska tämän oli lain nojalla katsottava tulleen myös ostajan tietoon.

mintaan aina silloin, kun tämä havaitsee, että toinen tällä toiminnalla estettävissä tai poistettavissa olevan erehdyksen vallassa tulee dispoiminaan tappiota tuottavalla tavalla. Tämä merkitsisi sitä, että jokainen henkilö olisi aina rangaistuksen uhalla velvollinen pitämään huolta siitä, ettei toinen kärsi taloudellista vahinkoa erehdyksensä johdosta. On selvää, että tällainen lopputulos olisi täysin mieletön.⁷² Mutta mitään sellaista ei ko. lainkohdasta voidakaan johtaa. KK 1:4 koskee sanamuotonsa mukaisesti vain kauppaa ja vaikka katsottaisiinkin, että siihen sisältyvä oikeusajatus olisi sovellettavissa myös muihin, kaupan kanssa analogisiin oikeustoimiin,^{73 74} niin on huomattava, että siinä kuitenkin on kysymys vain oikeustoimeen osallistuvien velvollisuuksista ja nimenomaan velvollisuuksista, jotka liittyvät oikeustoimeen osallisen oman suoritukseen.⁷⁵ Olisi täysin mielivaltaista johtaa säännöksestä velvollisuuksia ulkopuolisille.

Voimassa oleva oikeutemme sisältää kuitenkin säännöksen, josta näyttäisi olevan johdettavissa edellistä laajempi ilmaisuvelvollisuus. OiktL 33 §:ssä säädetään, ettei muutoin pätevää oikeustointa tule saattaa voimaan, mikäli se on tehty sellaisissa olosuhteissa, että niistä tietoisesti olisi kunnianvastaista ja arvotonta vedota oikeustoimeen. Voitaneen sanoa, että tämän säännöksen kautta on yleinen »Treu und Glauben im Rechtsverkehr»-ajatus — joka tosin ei aikaisemminkaan ollut oikeudellemme vieras⁷⁶ — tullut, sikäli kuin on kysymys varallisuus oikeudellisista oikeustoimista, osaksi kirjoitettua oikeutta. Lainkohdan perusteella voitaneen todeta henkilöllä olevan oikeudellinen velvollisuus todellisen asianlaidan ilmaisemiseen silloin, kun siitä vaikeneminen muodostaisi olosuhteen, jonka perusteella oikeustoimeen nojautumista olisi pidettävä kunnianvastaisena ja arvottomana.⁷⁷ — Tämä OiktL 33 §:stä johdettavissa oleva ilmaisuvelvollisuus ei rajoitu vain oikeustoimeen osallistuvan oman suorituksen virheellisyyteen, vaan koskee kaikkia

⁷² Voidaan täydellä syyllä yhtyä Sterzeliin hänen lausueksaan (s. 181): »På abstraktionens väg har undantaget förvandlats till regel. Den ofrånkomliga grundprincipen, att rättsordningen i första hand måste öfverlåta åt enhvar att själf bevaka sina ekonomiska intressen, har praktiskt taget utbytts mot en allmän skyldighet för den enskilde att träda ut ur sin översamhet för att tjäna annans intressen».

⁷³ Näin esim. Estlander s. 74 ja Sterzel s. 182.

⁷⁴ KK 1:4:n ulottuvuutta koskevan nykyisen kauppaoikeudellisen käsityskannan suhteen ks. esim. Aaltonen I s. 96 ss. ja Kivimäki s. 30 ss.

⁷⁵ Ks. Sterzel s. 182.

⁷⁶ Ks. tämän johdosta esim. Vihma s. 34 s.

⁷⁷ Myös Vihma johtaa OiktL 33 §:stä yleisen tiedonantovelvollisuuden oikeustointen tekemisen yhteydessä, ks. Vihma s. 38 ss.; vrt. Caselius s. 543.

sellaisia seikkoja, joista vaikeneminen kysymyksessä olevissa olosuhteissa olisi kunnianvastaista ja arvotonta.

Lainkohta koskee kuitenkin tarkasti ottaen vain oikeustoimen tekemisen yhteydessä vallitsevia olosuhteita. Samalla sen saanee kuitenkin katsoa käsittävän ilmauksen siitä, että oikeusjärjestyksemme on hyväksynyt rehellisyyden ja kunniallisuuden vaatimuksen oikeustointen yhteydessä yleensäkin eikä vain niitä solmittaessa. Katsonkin, että oikeusjärjestyksemme vaatii, että henkilöt, jotka ovat oikeustoimesta johtuvassa oikeudellisessa kanssakäymisessä keskenään, noudattavat käyttäytymisessään — siis muulloinkin kuin nimenomaan oikeustointen tekemisen yhteydessä — kunniallisuutta. Tämä merkitsee sitä, että henkilö, joka on sanotunlaisessa kanssakäymisessä toisen kanssa, on velvollinen ilmaisemaan tiedossaan olevan, tähän oikeustoimeen liittyvän todellisen asianlaidan aina kun olosuhteet ovat sellaiset, että vaikeneminen olisi kunnianvastaista ja arvotonta.⁷⁸ — Tämän pitemmälle velvollisuutta ei kuitenkaan voitane ulottaa. Se koskee vain niiden henkilöiden välisiä suhteita, jotka ovat edellä mainitun kaltaisessa kanssakäymisessä, ulotumatta ulkopuolisiin.⁷⁹ Niinpä esim. jos A havaitsee taulun, jonka hänen hyvä ystävänsä B on aikeissa ostaa kolmannelta, olevan väärennys, ei hänen voida sanoa salanneen todellista asianlaitaa vaietessaan tästä seikasta, vaikkakin hänen vaikenemistaan voidaan A:n ja B:n välisen ystävyysuhteen huomioon ottaen pitää kunnianvastaisena.⁸⁰

Ilmaisuvelvollisuus saattaa kuitenkin muulla perusteella ulottua myös ulkopuoliseen. Niinpä esim. sopimus saattaa perustaa ilmaisu-

⁷⁸ Ks. myös *Forsman Särskilda* s. 377, *Honkasalo E I* s. 171 ja *Serlachius II* s. 258. — KKO:n ratkaisusta ei yleensä käy suoraan selville, mihin se on katsonut ilmaisuvelvollisuuden kulloinkin perustuneen. Ratkaisujen joukosta on kuitenkin löydettävissä tapauksia, joista voitaneen päätellä tekstissä esitettyjen näkökohtien tulleen huomioon otetuksi, ks. ed. s. 81 mainituista tapauksista esim. KKO 1933 II 470, 1938 II 364, 1941 II 34, 1948 II 384 ja p. 11. 10. 1961 no. 3141. — Myös Saksan ja Sveitsin oikeuden osalta on katsottu ilmaisuvelvollisuuden saattavan perustua »Treu und Glauben»-vaatimukseen; ks. esim. *Graehl* s. 44, *Höchli* s. 68, *Rotering, Lehre* s. 206 s. ja *Schönke—Schröder* s. 1080 sekä *Hafters* s. 263 ja *Germann* s. 276.

⁷⁹ Mikäli tappionkärsijä ja disponoija ovat eri henkilöitä, riittää luonnollisesti, että tällainen suhde vallitsee vain edellisen ja erehdyttäjän välillä.

⁸⁰ Ks. myös *Welzel* s. 269 (»Eine allgemeine Offenbarungspflicht aus Treu und Glauben... kann nicht anerkannt werden; sie wäre eine individuelle Über-spitzung und sozialistisch gefährlich, da sie den Verschlafenen prämiert»). Vrt *Schönke—Schröder* s. 1079. — Eri asia sitten on, että jos A esimerkkitapauksessa oli suostunut tulemaan B:n kanssa taidekauppiaan luokse nimenomaan asiantuntijana, on hänellä ollut tähän asemaan perustuva velvollisuus oikean asianlaidan ilmaisemiseen; ks. jälj. tekstissä olevaa esitystä.

velvollisuuden. Näin on asia paitsi silloin, kun sopimus nimenomaan koskee toisen pitämistä tietoisena tietyistä seikoista (esim. agentti, jonka tehtävänä on ilmoittaa markkinoilla tapahtuvista hinnanmuutoksista tai jonkun liiketoimen yhteydessä käytetty asiantuntija), myös milloin henkilö on toiseen sellaisessa työ-, toimeksianto- tms. suhteessa, joka samalla käsittää velvollisuuden valvoa hänen intressejään.

d. Erityisiä RL 36:1:n tarkoittamaan erehdyttämiseen liittyviä kysymyksiä

Edellä on tehty selkoa siitä, minkälaista suhtautumista erehdyksen aikaansaaminen ja vireilläpitäminen RL 36:1:n edellyttämällä tavalla merkitsee. Erehdyttämistä koskevan osan päätteeksi on vielä syytä tarkastella sitä, olisiko erehdyttämiselle asetettava joitakin muita vaatimuksia.

Olisi kenties ajateltavissa, että petossäännöksen soveltaminen edellyttäisi jonkinlaista intensiteettiä erehdyttämiseltä, ts. että pelkkä millään tavalla tukematon valhe ei riittäisi. Myös voidaan kysyä, soveltuuko säännös tapauksiin, joissa henkilö vain poikkeuksellisen tyhmyytensä tai herkkäuskoisuutensa vuoksi on antanut puijata itsensä.⁸¹

Mikään ei RL 36:1:n sanamuodossa sen paremmin kuin sen valmistelutöissäkään viittaa siihen, että vain »uskottava» valhe kelpaisi tai että kriminalisoinnin piiriin olisi haluttu saattaa vain sellainen toisen harhaanjohtaminen, joka olisi omiaan erehdyttämään normaalilla lahjakkuudella varustetun huolellisen ihmisen. Ei tuntuisi myöskään oikeusjärjestyksemme hengen mukaiselta jättää juuri ne henkilöt, jotka herkkäuskoisuutensa vuoksi ovat epärehellisten kanssaihminen helpoimpia uhreja, vaille säännöksen tarjoamaa suojaa. Myös kriminaalipoliittiset syyt puhuvat voimakkaasti tällaista tulkintaa vastaan. Pidänkin näin ollen selvänä, ettei RL 36:1:n soveltuvuutta periaatteessa estä se, että todetaan tilanteen olleen sellainen, jossa normaalilahjoilla varustettu henkilö ei todennäköisesti olisi antanut itseään pettää.⁸² Eri asia sitten on, että tällaisissa tapauksissa on syytä erityisen tarkasti tutkia syyksi luettavuuskysymystä ja sitä, onko uhri todella erehtynyt.

⁸¹ Siitä, ettei tällainen ajattelutapa ole elävän elämän katsantokannalle täysin vieras, ovat osoituksena mm. sanonnat »ei se ole narri, joka narraa, vaan se, joka antaa narrata itsensä» ja »tyhmyydestä sakotetaan».

⁸² Tämä on ilmeisesti myös oikeuskäytännön kanta; ks. esim. OO 1916 II 1902 (A tuomittiin petoksesta, kun hän oli »käyttäen hyväkseen sitä hänelle tunnettua

Läheisesti edelliseen liittyy kysymys erehdytetyn oman suhtautumisen mahdollisesta merkityksestä. Edellä käsiteltäessä erehdyttäjän ilmaisuvollisuutta KK 1:4:n pohjalta todettiin vastapuolen huolimattomuuden tietyissä tapauksissa poistavan ilmaisuvollisuuden. Voitaissiinko nyt sanoa yleisemmin, että tilanteissa, joissa erehdytetyllä olisi ollut tilaisuus tarkistaa esitetyn asianlaidan paikkansapitävyys, ei petoksesta saattaisi olla kysymys? Vastauksen laatu riippuu nähdäkseni siitä, onko katsottava, että henkilön tulee voida jokapäiväisessä kanssakäymisessään muiden kanssa lähteä siitä, että häntä kohdellaan rehellisesti, vai onko asianlaita se, että epärehellisyyttä on pidettävä *presumption*. Edellisen vaihtoehdon hyväksyminen merkitsisi ilman muuta — koskei lain sanamuoto aseta tässä kohden rajoituksia — sitä, ettei petossäännöksen soveltamiselle olisi estettä, vaikka tilanne olisi ollut se, että erehdytetty olisi toimimalla siten, kuin hänen kyvyillään varustetulta huolelliselta ihmiseltä voidaan odottaa, päässyt perille oikeasta asianlaidasta. Jälkimmäisessä tapauksessa taas olisi RL 36:1:n tulkinnassa lähellä ajatus, että erehdytetyn tuottamus hänen laiminlyödessään normaalin huolellisuuden vaatimusten mukaisesti tarkistaa esitettyjen tietojen paikkansapitävyys pelastaisi erehdyttäjän petossyytteeltä. Esi-merkillä valaistuna on siis kysymys siitä, syyllistyykö A petokseen, kun hän nimenomaisesti tai konkludenttisesti väittää myymänsä tavaran olevan priimalaatua, vaikka siihen lyödyistä leimasta selvästi näkyy sen olevan sekunda, tai kun hän esittää tarjoamansa kankaan olevan villaa, ja siihen liitetystä tavaraselosteesta on luettavissa tekstiilin olevan keino-kuitua.

Meidän oikeusjärjestyksemme on — huolimatta siitä, että elävän elämän katsantokanta kenties on menossa toiseen suuntaan — katsottava olevan luottamusta ja hyvää uskoa suosivalla ja ylläpitävällä kannalla.⁸³ Tämän takia on myös RL 36:1:ä tulkittaessa lähdettävä siitä, että oikeusalamaisen tulee voida perustaa toimintansa siihen, etteivät hänen kanssaihmisensä kohtelee häntä tavalla, joka olisi ristiriidassa luottamuksen

seikkaa, ettei B ollut täysijärkinen» saanut tämän hyväksymään vekselin) ja KKO 1953 II 3 (A ja B tuomittiin petoksesta, kun he olivat »uskottelemalla C:lle, että he pystyivät taikomalla hankkimaan hänelle arpaonnea ja rahaa», saaneet C:n antamaan itselleen rahaa). — Ruotsin oikeuden osalta ks. esim. *Bergendahl—Strahl—Beckman* s. 183 (»Som bedrägeri straffas alltså även ett förfarande som beroende på den vilseleddes exceptionella dumhet medfört att han blivit lurad») ja Saksan osalta *Frank* II s. 126, *Hegler* s. 421 alav. 7, *Kohlrausch—Lange* s. 577 ja *Mezger* BT s. 170; Sveitsin oikeuden osalta näin esim. *Germann* s. 276, joka nimenomaan toteaa juuri herkkäuskoisten ihmisten olevan suojan tarpeessa.

⁸³ Tässä suhteessa voin viitata siihen, mitä edellä OikTL 33 §:stä lausuttiin.

ja hyvän uskon asettamien vaatimusten kanssa. Näin ollen katsonkin, ettei petossäännöksen soveltamista saata estää se, että henkilö olisi normaalia huolellisuutta käyttäen voinut päästä perille toisen vilpistä.⁸⁴ — Korostettakoon lopuksi, selvyyden vuoksi, ettei viimeksi esitetty ole ristiriidassa sen kanssa, mitä huolellisuuden merkityksestä ilmaisuvollisuuden kannalta edellä lausuttiin. Tässä ei ole ollut kysymys siitä, onko erehdyttämistä tapahtunut vai ei, vaan pelkästään siitä, merkitseekö erehdytetyn oma huolimattomuus sitä, ettei petossäännös sovellu kiistattomasta erehdyttämisestä huolimatta. Ilmaisuvollisuuteen liittyvien ongelmien selvittelyssä taas oli kysymys sen ratkaisemisesta, milloin ja millä edellytyksillä voidaan katsoa edes erehdyttämisen tapahtuneen. Siinä ts. haettiin itse erehdyttämisen rajoja (vain mikäli henkilöllä on ollut oikeudellinen ilmaisuvollisuus, voidaan sanoa, että hän on väkensä erehdyttänyt toisen RL 36: 1:n tarkoittamassa mielessä). Viimeksi käsitellyssä taas on ollut kysymys siitä, onko erehdyttämisilanteiksi luettavien joukossa sellaisia, jotka erehdytetyn oman käyttäytymisen vuoksi jäisivät kriminalisoinnin ulkopuolelle. Kun laiminlyöntiongelman osalta todettiin, että henkilön huolimattomuus saattaa joskus aiheuttaa sen, ettei petossäännös sovellu, johtui tulos siitä, että tällaisissa tapauksissa ei toinen — huolimattomuuden poistaessa ilmaisuvollisuuden — lainkaan aikaansaanut erehdystä todellisen asianlaidan salaamisella. Viimeksi käsitellyssä taas on tultu tulokseen, ettei huolimattomuudella ole merkitystä silloin, kun on kysymys todetun ja riidattoman erehdyttämisen tunnusmerkistön mukaisuudesta.^{85 86}

⁸⁴ Tämä lienee myös oikeuskäytännön kanta; ks. esim. OO p. 1. 5. 1906 JFT.b. 1907 1/V (A oli antanut ostamansa lehmän maksuksi »etusivulta 100 mk:n setelin näköisen ja... takasivulta valkealla päällyspaperilla peitetyn paperilehden») ja KKO 1949 II 189 (aivan vastaavanlainen tapaus). — Saksan oikeuden osalta näin esim. *Frank* II s. 129 ja *Kohlrausch—Lange* s. 577 sekä Sveitsin *Germann* s. 276; toisin *Jost*, *Der Betrugsbegriff* s. 369 s.; Norjan oikeuden osalta ks. *Hagerup* s. 240, Tanskan vanhemman oikeuden kannalta toisin *Goos* s. 486 s. — Englannin oikeuden osalta on myös katsottu, ettei petossäännöksen soveltamista estä se, että erehdytetty olisi voinut päästä perille asian oikeasta laidasta; ks. *Halsbury* s. 828.

⁸⁵ Vastaavasti on tilannetta arvosteltava myös esim. lain nojalla yleiseen tietoon tulleiksi katsottavien seikkojen osalta: mikäli henkilö aktiivisella suhtautumisella — oli tämä sitten nimenomaista tai konkludenttista — tahallaan esiintuo tai vääristelee tällaista seikkaa koskevan asianlaidan, on kysymyksessä tunnusmerkistön mukainen erehdyttäminen; mikäli hän taas pelkästään vaikenee tällaisesta seikasta, ei hän ole — ilmaisuvollisuuden puuttuessa — »salaamalla todellisen asianlaidan» aikaansaanut tai vireilläpitänyt erehdystä (ks. ed. s. 89 alav. 71).

⁸⁶ Tällaisissakin tapauksissa on kiinnitettävä erityistä huomiota syyskyselytutkimukseen samoin kuin siihen, onko toisen esittämä valheellinen tieto

II EREHDYKSESTÄ TAPPIOON

A. *Disponointi*

Rikoslain 36 luvun 1 §:ssä ei useiden muiden maiden vastaavien säännösten tavoin¹ ole nimenomaisesti vaatimukseksi asetettu sitä, että erehdyttäjän on saatava toinen suhtautumaan jollakin tietyllä tavalla. Koska säännös kuitenkin vaatii tappion ja erehdyksen väliltä syy-yhteyttä ja olisi vaikeata ajatella virheellisen mielikuvan syntymisen tai vireillä pysymisen sellaisenaan voivan merkitä tappiota,² edel-

todella aiheuttanut tappiollisen disponoinnin. Niinpä jos henkilöllä on ollut tilaisuus tarkistaa esitetyn tiedon paikkansapitävyys ja hän on sen tehnyt, voidaan useissa tapauksissa pitää varsin todennäköisenä, että hän on päässyt perille tiedon virheellisyydestä, ja että hänen disponointinsa ei ole aiheutunut siitä vaan jostakin muusta syystä. Niinpä tapauksessa KKO 1934 II 24, jossa A oli syytteessä petoksesta kun hän oli erään ravitsemusliikkeen myynnin yhteydessä antanut B:lle virheellisiä tietoja sen liikevaihdosta, syyte hylättiin, koska B oli ennen kaupan päättämistä käynyt liikkeessä ja tällöin voinut tehdä havaintoja sen asiakasmäärästä, eikä näin ollen ollut selvitystä siitä, että A:n valheellinen ilmoitus olisi ollut syynä B:n päätökseen ostaa ko. liike. Tapauksessa ei syytetä selvästikään ole hylätty vain sen perusteella, että B:llä oli ollut tilaisuus tarkistaa A:n väitteiden paikkansa pitävyys, vaan juuri sen vuoksi, ettei, koska hän oli tämän tarkistuksen tehnyt, virheellinen ilmoitus ilmeisestikään ollut aiheuttanut B:n päätöstä ostaa liike.

¹ Ks. Norjan SL 270 §, Ruotsin SL 22:1 (BB 9:1), Sveitsin rikoslaki Art. 148 ja Tanskan BSL 279 §; näin myös Saksan E 1960 252 §.

² Tämä riippuu luonnollisesti siitä, mitä tappiolla on ymmärrettävä. Mikäli esim. katsottaisiin saamisoikeuden arvon olevan riippuvainen siitä, että velkoja on tietoinen sen olemassaolosta, merkitsisi jo sen olemassaoloon kohdistuvan erehdyksen aikaansaaminen tappion syntymistä ilman mitään suhtautumista erehdytetyn taholta. Ks. KKO 1954 II 102 (A oli vastaanottanut B:lle toimitettavaksi tälle asetetun shekin ja väärentänyt siihen B:n nimen sekä nostanut rahat ynnä »estettyään /B:n/ saamasta tietää rahojen todellista määrää uskotellut /B:lle/ rahoja olleen vain 38.173 markkaa» aiheuttaen täten B:lle rahan tappion; A tuomittiin petoksesta). — Ks. myös Ekeberg—Strahl—Beckman s. 184. — Näin ei asianlaita kuitenkaan saattane olla. Saamisen arvo on riippuvainen sen toteuttamismahdollisuuksista, eikä siihen sellaisenaan saata vaikuttaa se, onko velkoja tietoinen saatavan olemassaolosta vaiko ei. Tähän seikkaan kohdistuva erehdys voi luonnollisesti vaikuttaa tappion syntymiseen, mutta vain sen kautta, ettei saamises erehdyksensä johdosta ryhdy asianmukaisiin toimenpiteisiin saatavan perimiseksi. Ks. RGSt 63 s. 187 ss., jossa lausutaan: »Eine Vermögensbeschädigung liegt vielmehr auch dann vor, wenn der Berechtigte durch die Täuschung über das Bestehen eines Anspruchs in Unkenntnis oder Zweifel versetzt und dadurch veranlasst wird, von der Durchsetzung seines Anspruchs, wenn auch zurzeit, abzusehen.»

lyttää tunnusmerkistön toteutuminen — mikäli hyväksytään tässä tutkimuksessa omaksuttu käsitys erehdyksestä ja tappiosta — erehdytetyn taholta tappion syntymisen välittävää suhtautumista, disponointia.³

Kirjallisuudessa on varsin yleisesti katsottu, ettei suhtautumisen laadulla ole väliä; sen ei tarvitse olla siviilioikeudellinen oikeustoimi tai tahdonilmaisun luonteinen. Samoin on katsottu, että suhtautuminen saattaa esiintyä yhtä hyvin laiminlyönnin kuin tekemisen muodossa.⁴ Periaatteessa ei ole haluttu kiistää edes pelkkänä sietämisenä ilmenevältä suhtautumiselta kelpoisuutta olla petoksen edellyttämänä disponointina.⁴ Siihen nähden, ettei laki edes mainitse disponointia saatikka aseta sen laadulle nimenomaisia vaatimuksia, voidaan näihin käsityksiin yhtyä. Kuten jäljempänä tulee tarkemmin puheeksi, on disponoinnin kuitenkin välittömästi merkittävä tappion syntymistä, minkä lisäksi petosrikoksen olemukseen kuuluu, että erehdytetyn voidaan sanoa määränneen tappion kärsijän taloudellisista eduista taloudellisen vahingon syntymistä merkitsevällä tavalla. Tästä johtuen pelkkä sietäminen saattaa tosiasiaassa vain harvoin tulla kysymykseen kelvollisena disponointina. Yleensä on tilanne tällöin se, että henkilö on erehdytettyä sietänyt sen, että toinen (erehdyttäjä itse) omalla toiminnallaan välittömästi aiheuttaa vahingon, jolloin sietäminen ei itsessään ole merkinnyt tappion syntymistä, vaan tilaisuuden suomista toiselle

³ Ks. esim. *Estlander* s. 32, *Forsman* Särskilda s. 371 s., *Honkasalo* Erinäiset s. 66 ja *Salovaara* Dispositio s. 107 s. (»Vain tällaisen toimen välityksellä voi syntyä syy-yhteys sielullisena tapahtumana ilmenevän erehdyksen ja ulkoiseen maailmaan kuuluvan omaisuusvahingon välillä»). — Saksan oikeuden osalta ks. esim. *Frank* II s. 129, *Hegler* s. 420 alav. 1, *Maurach* s. 243, *Merkel* Handbuch s. 763, *Mezger* BT s. 174, *Nagler* s. 439, *Schlag* s. 54 ja *Welzel* s. 270. — Ruotsin vanhan oikeuden kannalta *Sterzel* s. 14.

⁴ Ks. *Estlander* s. 174 s., *Honkasalo* vmt. 66 ja *Salovaara* mk. s. 108; ks. myös KKO p. 26. 10. 1961 no. 3337 (A oli erehdyttänyt B:n jättämään vekselin protes-toimatta: petos). Vrt. *kuit. Forsman* mt. s. 37, *Livson* s. 205 ja KKO 1937 II 299, jossa omavelkaisen takaajan ei katsottu syyllistyneen petokseen sillä, että hän oli esittämällä valheellisia tietoja maksuhalustaan ja -kyvystään saanut velkojan laiminlyönnin velan hakemisen häneltä seurauksin, että takaus oli päässyt vanhenemaan; ratkaisun perusteluista ei tosin varmuudella ilmene, mikä oli KKO:n ratkaisun varsinainen peruste. — Saksan oikeuden osalta ks. esim. *Allfeld* s. 543, *Dalcke—Fuhrmann—Schäfer* s. 327 s., *Eschershausen* s. 38, *Frank* II s. 130, *Hegler* s. 424, *Niethammer* s. 267, *Schober* s. 23 s., *Schönke—Schröder* s. 1083 ja *Welzel* s. 270. Sveitsin oikeuden osalta, jossa edellytetään, että erehdyttäjä »den Irrenden zu einem Verhalten bestimmt» asettamatta mitään nimenomaisia rajoituksia suhtautumisen laatuun nähden, ks. esim. *Hafer*, jonka mukaan »Verhalten» voi olla myös sietämistä (s. 265); ks. myös *Germann* s. 277 s.

toimia vahingon aiheutumista merkitsevällä tavalla. Niinpä henkilö, joka erehdytetään vain sietämään sen, että toinen ottaa häneltä taloudellista arvoa omaavan esineen, ei ole joutunut petoksen, vaan varkauden uhriksi.^{5 6 7}

Mitään aihetta ei myöskään ole siihen käsitykseen, että petossäännöksen katsottaisiin soveltuvan vain sellaisiin tapauksiin, joissa erehdytetty on ollut tietoinen disponointinsa tosiasiallisesta tai oikeudellisesta luonteesta. Olisi täysin perusteetonta RL 36:1:n pohjalta arvostella eri tavalla toisaalta sellaista tilannetta, jossa henkilö erehdytetään allekirjoittamaan takaussitoumus esittämällä valheellisia tietoja päävelallisen maksukyvyistä, ja toisaalta tapausta, jossa sama tulos saadaan aikaan

⁵ Ks. *Salovaara* mk. s. 109 ja *Schönke—Schröder* s. 1084.

⁶ Vrt. KKO 1921 II 1335 (syytetyt, jotka olivat valheellisesti ilmoittaneet olevansa poliiseja ja siten »peijaamalla anastaneet» erältä henkilöltä väkijuomia, tuomittiin petoksesta; tässä tapauksessa ei asianomistajien suhtautumisen mitenkään voida katsoa merkinneen tappion syntymisen käsittävää tointa, ja niinpä syytetyt olisikin tullut tuomita varkaudesta); samantapainen on KKO 1920 II 670, mutta siinä olivat poliisiksi tekeytyneet erehdyttäneet toisen luovuttamaan väkijuomia, joten petoksesta tuomitseminen on ollut paikallaan (RO oli tuominnut kiristämisestä, mitä ratkaisua *Salovaara* mk. s. 109 alav. 8 pitää oikeana; pelkkä poliisiksi tekeytyminen ei kuitenkaan sellaisenaan voine vielä käsittää kiristämisen edellyttämää uhkaa). — Tässä esitetyllä periaatteellisella kannalla Saksan oikeuden osalta myös BGH p. 2. 5. 1952 NJW-52 s. 796; ks. myös BGH p. 16. 4. 1952 NJW-52 s. 782 ja p. 16. 10. 1952 NJW-53 s. 73 s. — Rajanveto petoksen ja anastusrikoksen (lähinnä varkauden ja kavaltamisen) välillä saattaa yleensäkin silloin, kun erehdytetty suhtautuu passiivisesti, tuottaa yksityistapauksessa vaikeuksia. Ks. esim. KKO 1928 II 248, jossa henkilö tuomittiin petoksesta, kun hän oli, saatuaan vastaanottaa 200 markan arvoisten leimamerkkien sijasta saman määrän 2 000 markan arvoisia merkkejä, tilittäessään merkkien myynnistä kertyneet varat salannut tuon seikan ja tehnyt tilityksen 200 markan mukaan merkiltä. KKO oli ilmeisesti katsonut tilityksen vastaanottajan disponoinnin olleen siinä, ettei hän perinyt oikeata summaa: vasta hänen laiminlyöntinsä merkitsi tappion syntymistä. Mikäli olisi voitu katsoa syytetyn jo ennen tilittämistä anastaneen ylimääräisen summan, olisi hänet epäilemättä tuomittu kavaltamisesta. Tapauksessa KKO 1953 II 39 henkilö oli saanut pankin kassanhoitajalta tämän erehdyksen johdosta liikaa rahaa, minkä hän oli pitänyt; KO ja HO tuomitsivat petoksesta, KKO sen sijaan katsoi, ettei syytetty ollut aiheuttanut sitä erehdyistä, jonka johdosta liikamäärä maksettiin, mutta tuomitsi syytetyn sen sijaan kavaltamisesta, kun tämä oli saatuaan rahat haltuunsa anastanut ne. Ks. myös vertailun vuoksi KKO 1948 II 384 ja 1950 II 252, joissa myös on ollut kysymys liian suuren rahamäärän nostamisesta; kummassakin on kuitenkin katsottu jo rahojen luovuttamisen johtuneen vastaanottajan syyksi luettavissa olevasta erehdyksestä, joten RL 36:1:n soveltaminen on ollut täysin paikallaan.

⁷ Vrt. Ruotsin vanhan petossäännöksen osalta *Heimer* s. 46 ss.

esittämällä allekirjoittajalle se valheellinen asianlaite, että kysymyksessä on vain velallisen nimikirjoituksen oikeaksi todistaminen. Riittävänä on pidettävä — kuten *Salovaara* toteaa — että dispositiotoimelle ominainen vaikutus ilmenee pelkästään objektiivisesti katsoen.⁸

Petossäännöksen sanamuoto ei anna tukea myöskään sille mielipiteelle, että ko. rikoksen luonteeseen välttämättömästi kuuluisi, että disponointi olisi suoritettava nimenomaan jonkin vastikkeen tai päämäärän saavuttamiseksi.⁹ Eri asia on, että disponointi varsin usein tapahtuu tällaisessa tarkoituksessa, mutta välttämätöntä se ei suinkaan ole. Varsinkin silloin, kun on kysymys laiminlyöntidisponoinnista, on tilanne usein se, ettei mitenkään voida sanoa disponoinnin tapahtuneen jonkin nimenomaisen päämäärän saavuttamiseksi. Ajatellaanpa vain tapausta, jossa konkurssivelkoja A erehdyttää toisen velkojan B:n jättämään saatavansa valvomatta ilmoittamalla tälle, että valvontapäivä on vasta 1. 3., kun se tosiasiaa onkin jo 1. 2.

Petosta koskevassa — varsinkin saksalaisessa — kirjallisuudessa esiintyy varsin voimakkaana käsitys, ettei petoksesta voi olla kysymys, mikäli erehdytetty on ollut tietoinen disponointinsa tappiomerkityksestä; tällöin puuttuisi erehdyttämisen ja tappion syntymisen väliltä välttämätön kausaaliyhteys.¹⁰ Tätä rajoitusta koskevalla kysymyksellä on merkitystä ennen kaikkea ns. kerjuupetoksen ja siihen verrattavan kannalta eli yleensä aina, kun joku erehdytetään tekemään tietoi-

⁸ *Salovaara* mk. s. 108; ks. myös OO 1917 II 642 (henkilö, joka erehdyttämällä toisen asiakirjan laadusta oli saanut tämän tietämättään allekirjoittamaan erään hevosen myyntiä koskevan kauppakirjan, tuomittiin petoksesta). — Vaikkakin *Forsman* (Särskilda s. 372) ja *Honkasalo* (Erinäiset s. 66) katsovat, että maksuton ajaminen junassa (ns. »sokea matkustaja», »jänis») toteuttaa petoksen tunnusmerkistön vain edellyttäen, että junailijaa erehdytetään, ei tästä voitane päätellä heidän vaativan tietoista disponointia, niin kuin *Salovaara* (mk. s. 108 alav. 7) tuntuu arvelevan. Kysymyksessä lienee vain sen seikan korostaminen, että petos välttämättömästi edellyttää erehdyttämistä ja tästä aiheutunutta disponointia, eikä mikään disponoinnin laatua koskeva kannanotto; ks. *Honkasalo* E I s. 164. — Saksan oikeuden osalta tekstissä esitetyllä kannalla ovat mm. *Beseler* s. 37 ja *Frank* II s. 130, *Hegler* s. 424 alav. 4, *Schraft* s. 155 ja *Schönke—Schroder* s. 1084. — Ruotsin vanhan petossäännöksen osalta toisin *Heimer* s. 62 s.; kannanotto johtuu siitä Heimerin näkemyksestä, että petokselle on olennaista, että toinen erehdytetään suostumaan siihen tapahtumaan, josta tappio syntyy (ks. s. 46 ss.).

⁹ Näin *Merkel Handbuch* s. 765, joka katsoo, että vain »unter dieser Voraussetzung kann sie (disponointi) einen Vermögensverlust für den Handelnden oder den von ihm Vertretenen wider dessen Willen begründen». Ks. myös *Nagler* s. 440.

¹⁰ Näin varsinkin *Frank* II s. 135, v. *Liszt—Schmidt* s. 671 ja *Nagler* s. 440; ks. myös *Estlander* s. 24 ja s. 174.

sesti vastikkeeton tai joka tapauksessa tappiollinen disponointi. Rajoitus merkitsisi joko petoksen mahdollisuuden kiistämistä tällaisissa tapauksissa (henkilöä, joka saisi jostakin stipendirahastosta apurahan ilmoittamalla valheellisesti täyttävänsä stipendin saamiselle asetetut edellytykset, ei voitaisi rangaista petoksesta) tai sitten ns. »ideaalisen ekvivalentin» käsitteeseen turvautumista, ts. ajatusta, että avun antaja saa silloin, kun sen pyytäjä todella on sen tarpeessa, jonkinlaisen aatteellisen vastikkeen (»antajan ilon») ja että, mikäli häntä on tässä suhteessa erehdytetty, hän on ollut tietämätön disponointinsa tosiasiallisesta merkityksestä. Näin asianlaita tietysti onkin, mutta jos petoksen seuraustunnusmerkki ymmärretään puhtaasti taloudellisena ilmiönä — niin kuin tässä tutkimuksessa on tehty (ks. jälj. III. B) — ei »ideaalilla ekvivalentilla» ole mitään sijaa arvosteltaessa erehdyttämällä aikaansaadun disponoinnin merkitystä nimenomaan toimen tappiomerkityksen kannalta. Kerjäläis- ym. vastaavissa tapauksissa erehdytetty on aina tietoinen suhtautumisensa taloudellisesta merkityksestä ja siis siitä, tuleeko hänen toimestaan olemaan seurauksena petosrikoksen seuraustunnusmerkin mukainen ilmiö. Voidaankin *Hegleriin* (s. 438 alav. 6) yhtyen todeta, että »»ideale Äquivalente» (kommen) gar nicht in Betracht». ¹¹ — Mutta edellä mainitun kaltaiselle käsitykselle ei olekaan saatavissa tukea ainakaan RL 36:1:n sanamuodosta. ¹² Kannanotto perustunee siihen väärinkäsitykseen, että tappio tällaisissa tapauksissa syntyisi disponoijan tahdosta ja suostumuksin ¹³ ja ettei toisen näin ollen voitaisi katsoa olevan tappion syntymiseen syypää. On luonnollisesti totta, että erehdytetty on näissä tapauksissa mielessään hyväksynyt disponointinsa taloudelliset konsekvenssit, mutta jos keran tuo disponointi itsessään on aikaansaatu erehdyttämällä, ei voida mitenkään sanoa, että se olisi ollut erehdytetyn vapaan tahdon mukainen. Ja kun näin on, on erehdyttämisen ja tappion syntymisen välillä kiistattomasti petossäännöksen edellyttämä yhteys olemassa. ¹⁴

¹¹ Nekään tutkijat, jotka operoivat ideaalisen vastikkeen käsitteellä, eivät yleensä väitä, että tällaisella olisi sijaa taloudellisessa arvostuksessa; ks. *Binding* s. 356, *Merkel Abhandlungen* s. 212 ss., *Nagler* s. 446 ja *Olshausen* II s. 1087. Toisin kuin *Estlander* johtuen hänen omalaatuisesta taloudellista arvoa koskevasta käsityksestään, ks. jälj. s. 183.

¹² Vrt. *kuit. Honkasalo E I* s. 173.

¹³ Ks. *Salovaara* mk. s. 110.

¹⁴ Tämä on myös vallitseva käsitys; ks. *Forsman Särskilda* s. 388 (vrt. *kuit. s. 372*, jossa hän selostaessaan petoksen ja kiristämisen eroa lausuu, että petoksessa erehdytetty disponoi »utan att vara medveten om sin handlingars skadliga

Edellä viitattiin jo siihen, että disponoinnin tulee välittömästi aiheuttaa tappio. Tämä petosta koskevassa kirjallisuudessa jokseenkin yksimielisesti hyväksytty vaatimus¹⁵ ei luonnollisestikaan nimenomai-

påföljd»; samaan sanonnalliseen ristiriitaisuuteen syyllistyy myös mm. *Serlachius*, ks. II s. 255), *Salovaara* mk. s. 110 s. ja *Serlachius* II s. 260. Ks. myös KKO 1931 II 85, 1937 II 387, 1939 II 53, 1941 II 36 ja 1948 II 77, joissa kaikissa on ollut kysymys erilaisten avustusten tai siihen verrattavien etuuksien saamisesta valheellisin perustein, sekä KKO 1920 II 558, jossa petoksesta on tuomittu henkilö, joka oli kerännyt rahaa ilmoittaen sen valheellisesti tulevan »till förmån för enskilda finska ambulansens grundfond». Vrt. kuit. KKO 1928 II 260, jossa petossyyte hylättiin mm. sillä perusteella, että panttaussopimus, jolla A antoi B:lle pantiksi erinäistä valheellisesti omakseen ilmoittamaansa irtainta omaisuutta, olisi ollut laillista merkitystä vailla, vaikka A:n esittämä asianlaita olisikin ollut oikea (omaisuus jäi nimittäin A:n haltuun). Aivan vastaavanlainen tilanne on ollut käsiteltävänä tapauksessa 1937 II 39, jossa »pantinantaja» tuomittiin petoksesta; tapauksen osalta on kuitenkin huomattava, että KKO perusteli ratkaisuaan myös sillä, että A oli antanut valheellisen kuvan oikeudestaan »pantattuihin» esineisiin. — Myös Saksan oikeuden osalta on vallitseva kanta tekstissä esitetyn mukainen; ks. esim. *Dalcke—Fuhrmann—Schäfer* s. 328, *Goldscheider* s. 44, *Hegler* s. 438 alav. 4, *Maurach* s. 245, *Mezger* BT s. 174 s., *Neidhart* s. 39 s. ja *Niethammer* s. 267. — Ks. myös *Andenaes* Formuesforbrytelse s. 53, *Ekeberg—Strahl—Beckman* s. 183, *Strahl* s. 50 ja *Strömberg* s. 50 sekä esim. NJA 1934: 126 ja 1947: 140. — Vertailun vuoksi mainittakoon, että myös Englannin oikeuden petossäännöksen katsotaan soveltuvan tällaisiin tapauksiin, ks. *Halsbury* s. 826.

¹⁵ Näin *Estlander* s. 164 ja *Honkasalo* Erinäiset s. 66, Prosessipetos s. 692 ja E I s. 174 (samassa yhteydessä Honkasalo kuitenkin lausuu myös, ettei disponoinnin ja tappion väliselle yhteydelle »voitane asettaa ankarampaa vaatimusta, kuin että tappio on adekvaattinen seuraus erehdytettynä suoritetusta disponoinnista»; saman käsityksen on Tanskan oikeuden osalta — vastoin lain sanamuotoa — esittänyt *Hurwitz* s. 453), *Kankaanranta* s. 81, *Salmiala* DL-42 s. 66 (disponoinnin on »eo ipso» aiheutettava tappio) ja DL-64 s. 360 sekä *Salovaara* mk. s. 110; vrt. kuit. *Anttila* Epärehellisyys s. 117 ja *Forsman* Särskilda s. 385 s. Sama vaatimus on asetettu myös Saksan oikeuden kannalta, ks. esim. *Binding* s. 352, *Frank* II s. 130, *Hegler* s. 425 alav. 1 (tappion aiheuttava »eo ipso» disponoinnista), *Maurach* s. 243, *Merkel* Handbuch s. 763, *Mezger* BT s. 175, *Schröder* Grenzen s. 721, *Schönke—Schröder* s. 1083 ja 1085 sekä *Welzel* s. 272. — Ruotsin oikeuden osalta voidaan todeta, että kun disponoinnin on lain sanamuodon mukaan oltava sellainen, että se »innebär skada», on tämän katsottu merkitsevän disponoinnin ja tappion välittömyyden vaatimusta; ks. *Ekeberg—Strahl—Beckman* s. 185 (»Dispositionen skall vara sådan, att förmögenhetsöverföringen omedelbart framkallas därigenom») ja *Strahl* s. 121. Myös vanhan petossäännöksen katsottiin edellyttävän välittömyyttä, ks. *Sterzel* s. 37; vrt. kuit. *Stjernberg* Några ord s. 284. — Oikeuskäytännössä ei tästä vaatimuksesta kuitenkaan ole aina pidetty kiinni; ks. esim. KKO 1935 II 420 (koska A oli erehdyttänyt B:n luovuttamaan itselleen lainaksi kirjoituskoneen ja panttaamalla sen saattanut B:lle tappiota, tuomittiin A petoksesta; siis vasta panttaamisen on katsottu merkinneen tappiota).

sena sisälly RL 36:1:n sanamuotoon, koskapa siinä ei itse disponoinnistakaan puhuta mitään.¹⁶ Lainkohdasta on kuitenkin saatavissa epäsuoraa tukea tälle käsityskannalle. Kun laki vaatii, että tekijän on saatettava toiselle tappio »sitén, että hän... aikaan saa tai vireillä pitää erehdyksen» (»derigenom, att... framkallar eller underhåller villfarelse»), voitaneen tästä päätellä edellytyksenä säännöksen soveltamiselle olevan, että erehdyttäminen on nimenomaan se keino, jolla tappio toiselle saatetaan; seuraus on ts. aiheutettava erehdyttämällä. Tällöin ei pelkkä *conditio sine qua non*-säännön mukainen adekvaattinenkaan syy-yhteys erehdyksen ja tappion välillä voi riittää. Jos A erehdyttää B:n ostamaan osakkeita, joiden arvo kaupantekohetkellä vastaa maksettua hintaa, mutta sittemmin alenee, voitaneen B:n sanoa kärsineen tappion, joka on johdettavissa erehdyttämisestä, mutta silti ei voida sanoa, että se olisi aiheutettu erehdyttämällä.¹⁷ Sama koskee klassillista »sähkömittarinlukijaa»: A ilmoittaa olevansa sähkömittarinlukija ja erehdyttää B:n tällä tavoin päästämään itsensä B:n huoneistoon, josta hän sitten anastaa omaisuutta; tässäkin on erehdyttäminen ollut yhtenä renkaana siinä ketjussa, joka johti B:n tappioon, mutta nytäkään ei voida sanoa, että tämä tappio olisi saatettu hänelle erehdyttämällä häntä. Vain silloin on tappio aiheutettu lainkohdan edellyttämällä tavalla, kun erehdytetyn suhtautuminen sellaisenaan eo ipso merkitsee tappion syntymistä.

B. Erehdytetyn ja tappionkärsijän välinen suhde

Petoksen normaalitapauksena — jollaisia edellisessäkin lähinnä on pidetty silmällä — lienee pidettävä tilannetta, jossa nimenomaan tappionkärsijää itseään on erehdytetty.¹ Rikosta käsittelevässä kirjallisuudessa on kuitenkin harvoja poikkeuksia lukuun ottamatta yleensä pidetty selvänä, ettei tätä voida katsoa välttämättömäksi edellytykseksi² ja että petos saattaa määrätyin edellytyksin tulla toteutetuksi myös kolmatta

¹⁶ Ks. *Estlander* s. 164 alav. 2.

¹⁷ Vrt. epärehellisyysrikoksen osalta *Anttila* mt. s. 82.

¹ Ks. *Wetter* s. 98 s.

² Meikäläisessä kirjallisuudessa vallitsee tästä yksimielisyys. — Ulkomaisen oikeuden osalta ks. alav. 8 ja 9 viitattu kirjallisuus; Saksan oikeuden osalta lisäksi esim. *Braunsdorf* s. 24, *Hainz* s. 27, *Herberger* s. 5 ja *Politz* s. 1 ja s. 30 s.

miestä erehdyttämällä.³ Tähän on ollut sitäkin suurempi aihe, kun lakiin ei sisälly ainakaan nimenomaista erehdytetyn ja tappion kärsijän identtisuutta koskevaa vaatimusta (vrt. kuit. jälj. s. 104).⁴ Kysymys on vain ollut siitä, onko näiden henkilöiden väliselle suhteelle asetettava yleensä mitään vaatimuksia vai riittääkö yksinkertaisesti se, että »välimies» on tosiasiallisesti ollut siinä asemassa, että hänen erehdyksestä aiheutunut suhtautumisensa on merkinnyt tappion syntymistä kolmannelle.

³ Oikeuskäytäntö ei ole meillä koskaan epäroinyt käyttää petossäännöstä vain siitä syystä, että erehdytetty ja tappionkärsijä eivät ole sama henkilö. Niinpä on koko RL:n voimassa oloajan katsottu mahdolliseksi, että petos toteutetaan erehdyttämällä jotakuta viranomaista, jolla on oikeus henkilöä velvoittavalla tavalla määrätä hänen taloudellisista eduistaan (ns. prosessipetos); yleensä on tällöin ollut kysymyksessä tuomioistuimen erehdyttäminen, mutta ratkaisujen joukossa löytyy myös sellaisia, joissa petos on toteutettu ulosottoviranomaisia erehdyttämällä. *Estlander* katsookin sen, että RL 36:1:n sisältämään esimerkkiluetteloon on sisällytetty tilanne, jossa henkilö ulosoton uhatessa velkojiensa vahingoittamiseksi hävittää omaisuuttaan, osoittavan lainsäätäjänkin lähteneen siitä, että »välimieheksi» kelpaa muukin kuin tappion kärsijä itse, ks. s. 183. — Ks. OO p. 22.4.1896 JFT. b. 1897 44/IV, OO 12. 12. 1897 JFT. b. 1898 56/XII, OO 1917 II 172 ja II 386, KKO 1921 II 1227, 1923 II 1918, 1924 II 242 ja II 1343, 1925 II 1269, 1940 II 97 ja 1957 II 43; ks. myös OO 1918 II 38 ja KKO 1950 II 285, joissa molemmissa tuomittiin petoksesta henkilö, joka oli erehdyttänyt esineen löytäjän luovuttamaan sen itselleen, 1921 II 584, jossa tuomittiin petoksesta henkilö, joka oli erehdyttänyt toisen antamaan itselleen huostassaan olleita kolmannelle kuuluvia rahoja, sekä 1945 II 140, jossa matkatavarasäilytyksen hoitajan erehdyttämisen antamaan säilyttävänä ollutta omaisuutta vierasalle on katsottu petokseksi.

⁴ Eräissä uudemmissa petossäännöksissä on *expressis verbis* ilmaistu, ettei välimieheksi kelpaa kuka tahansa. Ruotsin SL 21:1 (BB 9:1) edellyttää, että tappio aiheutetaan joko erehdytetylle tai sille »i vars ställe denne är»; määräyksen on katsottu estävän säännöksen soveltamisen mm. prosessipetostapauksiin, ks. *Ekeberg—Strahl—Beckman* s. 188 ja *Honkasalo Processbedrägeri* s. 296 (alkuperäisessä muodossaan SL:n petossäännös ei sisältänyt mitään erehdytetyn ja tappion kärsijän välistä suhdetta koskevaa määräystä ja niinpä lainkohtaa sovellettiin myös tuomioistuimen erehdyttämiseen, ks. *Sterzel* s. 31 s.). Norjan SL 270 §:n mukaan tappion on kohdattava erehdytettyä »eller den han handler for»; ks. *Andenaes Formuesforbrytelse* s. 51 ja *Skeie* s. 307, jotka katsovat, ettei prosessipetos näin ollen tule kysymykseen (aikaisempi muoto oli: erehdytetty »eller den på hvis Vegne han handler»; ks. tämän johdosta *Øvergaard* s. 63 ss). Tanskan BSL 279 §:ssä vaatimus taas on ilmaistu lausumalla, että tappion kärsijän on oltava erehdytetty tai »nogen, for hvem handlingen eller undladelsen bliver afgørende»; tämän on tulkittu merkitsevän sitä, että disponoijan on voitava toista sitovasti määrätä ko. edusta, ks. *Hurwitz* s. 449. — Sveitsin RL:ssa on myös erehdytetyn ja tappion kärsijän välistä suhdetta koskeva määräys; mutta se ei rajoita tätä suhdetta millään tavalla: tappion on aiheuduttava erehdytetylle tai »toiselle»; näin myös Saksan E 1960 § 252.

RL 36: 1 ei, kuten sanottu, tunnu suoranaisesti asettavan tässä suhteessa mitään vaatimuksia. Lainkohdan valmistelutyöt sen sijaan viittaavat siihen, että lainsäätäjä olisi nähnyt petoksen rikoksena, jossa vallitsee suhteellisen tiivis yhteys erehdytetyn henkilön ja sen välillä, jolle tämän disponoinnista syntyy tappio. Vuoden 1875 rikoslainehdotuksessa edellytettiin nimenomaan, että erehdytetty oli juuri se henkilö, jolle tappio aiheutettiin. Tätä vaatimusta ei tosin ollut sisällytetty seuraavaan, vuoden 1884 ehdotukseen, mutta siinä esityksessä, joka annettiin vuoden 1885 valtiopäiville ja jonka pohjalta rikoslaki sitten vuoden 1888 valtiopäivillä rikoslakivaliokunnan esittämine muutoksineen hyväksyttiin, taas katsottiin petoksen olevan kysymyksessä silloin, kun joku »besviker annan... och derigenom tillskyndar honom förlust»; tappio piti ts. aiheuttaa erehdytetylle. Rikoslakivaliokunnan mietinnöstä, jonka perusteella RL 36: 1 sai lopullisen (ja nykyisen) muotonsa, ei käy ilmi mitään, josta olisi pääteltävissä valiokunnan esittäessään säännökseen eräitä sanamuotoon kohdistuvia muutoksia kiinnittäneen huomiota siihen, että näiden muutosten mukana poistui myös mainittu identtisyysvaatimus. Valiokunta halusi — omien perustelujensa mukaan — vain selvittää erehdyttämistoimintaa kuvaavaa ilmaisua, koska sanaa »besvika» pidettiin liian epämääräisenä. Perusteluista on vieläpä pääteltävissä, että valiokunta katsoi selvennyksen vain täsmen-tävän ja supistavan säännöksen soveltuvuusaluetta siitä, millainen se oli alkuperäisessä esityksessä.⁵ Mikäli valiokunta olisi halunnut saada aikaan asiallisia laajennuksia tässä suhteessa, olisi se mitä suurimmalla todennäköisyydellä myös lausunut tästä perusteluissaan. Uskallankin pitää jokseenkin ilmeisenä, että lainsäätäjällä on petossäännöstä laadittaessa ollut mielessään tilanne, jossa henkilö erehdyttämällä jotakuta on aiheuttanut tälle taloudellista tappiota, mihin epäilemättä olisi ollut rinnastettavissa tilanne, jossa erehdytettynä on ollut henkilö, joka asemansa puolesta on tappionkärsijän edustaja (eräänlainen »sijaisomistaja»). — Se, että vaatimus on jäänyt lausumatta selvästi julki, on ilmeisesti johtunut joko huomaamattomuudesta tai sitten siitä, että sen on katsottu itsestään selvänä johtuvan petosrikkoksen luonteesta.

Edellä esitettyjen näkökohtien valossa pitäisinkin lainsäätäjän tarkoitusta vastaavana tulkintaa, joka vaatii pääsääntöisesti tappionkärsijän oman tahdon vilpillistä hyväksikäyttämistä, erotuksena niistä muista varallisuusrikoksista, joissa tappioseuraamus on jonkun ulkopuolisen

⁵ Ks. *Strafflagsutskottets betänkande* s. 85

aiheuttama. Vain mikäli kolmannen henkilön voidaan sanoa olevan tappionkärsijään nähden sellaisessa asemassa, että hän ko. edun ja disponoinnin suhteen edustaa tappionkärsijän tahtoa (näin esim. oikeushenkilön edustaja, valtuutettu asiamies, holhooja jne.), saattaisi tappion aiheuttaminen kolmatta erehdyttämällä toteuttaa petosrikoksen. Tämä tulkinta ei nojaudu pelkästään historiallisiin perusteisiin, vaan on sille saatavissa tukea myös säännöksen sanamuodosta. Sen alkuosassahan edellytetään, että tekijä »tillskyndar någon förlust» yleissäännöstä seuraavan esimerkkiluettelon päättyessä sanoihin »eller ock på annat sätt besviker den andre». Ja sanaa »besvika» taas on käytetty säännöksen alkuosan erehdyttämistoimintaa kuvaavan ilmaisun synonyymina (Strafflagsutskottets betänkande s. 85). Tämä viittaa selvästi siihen, että säännöksessä on kyse pääsääntöisesti vain kahdesta henkilöstä, joista toinen on erehdyttäjä, toinen taas »den andre», jota erehdytetään ja jolle aiheutetaan tappiota. Tappio ts. aiheutetaan »jollekulle» juuri häntä, »tuota toista», erehdyttämällä.⁶

Tämänkaltaisen tulkinnan on meillä omaksunut — tosin perustelematta — vain *Forsman*, jonka mukaan erehdytetyn on oltava siinä asemassa »att han kunnat förfoga öfver den bedragnes förmögenhet på ett för denne bindande sätt».⁷ Tällaisen vaatimuksen, jonka mukaan erehdytetyn ja tappionkärsijän välillä on vallittava edellä esitetyn kaltainen »relatiiviseksi identiteetiksi»⁸ kutsuttu suhde, on sen sijaan tutkijain

⁶ Vrt. *Estlander* s. 172.

⁷ Ks. *Särskilda* s. 388. Tekstissä siteroidulla lausumallaan ei *Forsman* selvästikään ole halunnut sanoa, että »välimiehen» erehdyttynä solmiman sopimuksen tms. tulisi olla tappionkärsijää sitova (ks. *Honkasalo* E I s. 179). Hän on vain halunnut osoittaa erehdytetyn ja tappionkärsijän välisen suhteen laadun; edellisen on ts. oltava sellaisessa asemassa, että hän voi tehdä toista sitovia oikeustoimia.

⁸ Relatiivista identiteettiä erehdytetyn ja vahingonkärsijän välillä vaativat Saksan oikeuden osalta mm. v. *Bar*, *Binding*, *Hegler* ja *Merkel*. — *Bindingin* kanta johtuu jo suorastaan hänen omaksumastaan käsityksestä petosrikoksen olemuksesta »oikeudenriistona» (»Rechtsraub»): jos kerran petoksella on ominaista, että toisen tahtoa välikappaleena käyttäen loukataan jonkun varallisuus^{oikeuksia}, tulee välikappaleen välttämättömästi olla siinä asemassa, että hän on oikeutettu näistä määräämään (ks. myös *Braunsdorf* s. 29). Jos henkilöllä on esim. vain jokin esine tosiasiallisesti hallussaan, on hänen tahtonsa »für das rechtliche Schicksal dieses Stückes gleichgültig», eikä hän kelpaa välimieheksi (s. 344 s.; samoja näkökohtia korostaa myös v. *Bar* s. 494). Tässä tutkimuksessa omaksutun näkemyksen pohjalta, jonka mukaan petoksessa ei suinkaan ole kysymys oikeuden riistämisestä, vaan puhtaasti taloudellisen vahingon aikaansaamisesta, ei perustelua voida pitää oikeaan osuneena. Samaa on sanottava *Merkelin* relatiivisen identiteetin vaatimuksesta, sikäli kuin se perustuu vastaavanlaisiin näkökohtiin. Myöskään se *Merkelin* esittämä

enemmistö katsonut liikaa rajoittavan RL 36: 1:n soveltamisalaa.⁹ Niinpä *Honkasalo* katsoo riittäväksi, että erehdytetty on tosiasiallisesti ollut siinä asemassa, että hän on voinut omaisuudesta disponoida.¹⁰ Tässä hän on yhtynyt *Serlachiukseseen*, jonka esittämän mielipiteen mukaan on pidettävä riittävänä, että »erehdytetty vain tosiasiallisesti (vaikka-

näkökohta, että relatiivisen identiteetin puuttuessa ei tavoitellulla edulla ja aiheutella vahingolla saattaisi olla petossäännöksen edellyttämää vastaavuutta, ei ole vakuuttava (ks. *Abhandlungen* s. 202 s. ja *Handbuch* s. 764). Vaikka hyväksyttäisiinkin se *Merkelin* vaatimus, että edun ja vahingon on oltava täysin identtiset (ks. tämän johdosta jälj. III. D. alav. 10), on vallan hyvin ajateltavissa, että erehdyttäjä saa esim. tavoittelemansa esineen joltakulta, jolla ei ole mitään oikeutta vaan ainoastaan tosiasiallinen mahdollisuus määrätä siitä (ks. myös *Estlander* s. 173). — Todettakoon muuten, että sekä *Binding* että *Merkel* katsovat prosessipetoksen mahdolliseksi. — *Heglerin* perustelut sen sijaan tuntuvat vastaavan sitä, minkä voidaan katsoa myös RL 36: 1:n laatijoilla olleen mielessä. Hän nimittäin katsoo petosrikoksen perusolemukseen kuuluvan, että vahingollinen tulos saadaan aikaan käyttämällä hyväksi vahingoitetun tahtoa (»unter Missbrauch des Willens des Betroffenen«). Ellei erehdytetty ole juuri se henkilö, joka vahingon kärsii, toteutuu tämä vaatimus vain, mikäli erehdytetty on vahingonkärsijän edustaja. Ainoastaan tällöin voidaan sanoa, että jälkimmäisen tahtoa on käytetty (välillisesti) väärin käyttämällä hyväksi edustajan (»Willensvertreter«) tahtoa (ks. s. 430). — Relatiivista identiteettiä vaativat myös (Ruotsin vanhemman oikeuden kannalta) *Wetter* s. 130 (»Den vilseleddede... måste äga rättslig makt att... förfoga«) sekä (Itävallan oikeuden kannalta) *Finger* s. 359. Myös Englannin oikeuden osalta on katsottu, että omaisuuden luovuttajan on oltava joko omistaja tai henkilö, jolla on oikeus tehdä luovutustoimi, ks. *Halsbury* s. 826.

⁹ Tämä on myös vallitseva kanta saksalaisessa kirjallisuudessa, ks. esim. *Allfeld* s. 543, *Dalcke—Fuhrmann—Schäfer* s. 326, *Kohlrausch—Lange* s. 577, *Maurach* s. 245, *Mezger* BT s. 176, v. *Liszt—Schmidt* s. 672, *Mayer* s. 586, *Niethammer* s. 268, *Nagler* s. 441, *Rimpau* s. 37, *Schönke—Schröder* s. 1085, *Schober* s. 32, *Schraft* s. 157 s. ja *Welzel* s. 270, joille kaikille riittää, että erehdytetty on tosiasiallisesti siinä asemassa, että hän saattaa määrätä toisen varallisuudesta. Näin on asia ymmärretty myös Sveitsin oikeuden kannalta, ks. *Germann* s. 277 s., *Haftner* s. 271 (riittää, että erehdytetty »tatsächlich in der Lage ist, irgendwie über fremdes Vermögen zu verfügen«) ja *Walder* s. 109. — Ks. myös Ruotsin vanhemman oikeuden kannalta *Sterzel* s. 24 ss., jonka mukaan erehdytetyllä tulee olla jonkinlainen toisen taloudellisiin etuihin kohdistuva tosiasiallinen valta-asema.

¹⁰ Ks. E I s. 179, *Erinäiset* s. 67, *Processbedrägeri* s. 297 (»Den disponerande personen kan sålunda vara vilken person som helst, som förmår bringa åstad en skada orsakande förändring i det konkreta förmögenhetstillståndet«). Eräs lausuma samassa kirjoituksessa viittaa kuitenkin siihen, että *Honkasalo* olisikin *Forsmanin* kannalla: s. 298 alav. 2 hän nimittäin sanoo Suomen tietoisopin edustavan samaa kantaa kuin Tanskan petossäännös, joka edellyttää sitä, että disponoija voi sitovasti määrätä toisen eduista, ks. *Hurwitz* s. 449), *Prosessipetos* s. 671 ja *Kiristäminen* s. 470. Saman kannan on myös *Tauno Ellilä* omaksunut, ks. *Ellilä, Tauno* s. 49 s.

kaan hänellä ei olisi laillista oikeutta siihen) voi määrätä vahingonkärsijän omaisuudesta». ¹¹ *Salmiala* ja *Salovaara* asettavat vaatimukseksi sen, että erehdytetyllä on ollut valta toimia sen puolesta, jolle tappio aiheutuu. ¹² — Todettakoon kuitenkin, että vaikka *Salovaara* nimenomaan ilmoittaakin hylkäävänsä *Forsmanin* tulkinnan lainkohdan sanamuotoon perustumattomana ja ilmoittaa periaatteessa olevansa *Honkasalon* ja *Serlachiuksen* kannalla, on hän tosiasiasa varsin lähellä ensiksi mainittua. Hän nimittäin vaatii, että erehdytetyllä tulee olla »valtaa määrätä esineestä tai asiasta kulloinkin kysymyksessä olevalla tavalla». Tällainen määräysvalta olisi esim. käsityöläisellä korjattavaksi jätetyn tavaran suhteen, mikäli hän asiaa huolellisesti harkittuaan tulisi siihen käsitykseen, että esineen noutaja todella on oikeutettu sen saamaan. Määräämisvalta sen sijaan puuttuisi käsityöläisen perheenjäseniltä, samoin kuin jonkun perheen kotiapulaiselta hänen työpaikallaan oleviin esineisiin nähden. — *Estlander* puolestaan — koskei lainkohdan sanamuoto hänen mielestään aseta tulkinnalle mitään rajoituksia — katsoo riittäväksi, että erehdytetty »eger en faktisk möjlighet att ingripa i den andres förmögenhetsrättsliga förhållanden». ¹³ Hänen mukaansa ts. kuka tahansa kelpaa välimieheksi. Jos joku on disponoinnillaan tosiasiasa aiheuttanut kolmannelle tappiota, ei hänen suhdettaan tappionkärsijään tarvitse sen enempää pohtia, sillä hänenhän on täytynyt pakosta »ega en faktisk möjlighet att ingripa». ¹⁴

Tieteisopissa ja oikeuskäytännössä vakiintuneen tulkinnan — joka ei ole ristiriidassa RL 36: 1:n yleissäännöksen sanamuodon kanssa — täytynee katsoa laajentaneen säännöksen soveltuvuusaluetta niin, ettei edellä esittämäni tulkintaa voida sellaisenaan pitää voimassa olevan

¹¹ Ks. II s. 260. Näin myös *Anttila* Välillinen tekeminen s. 97.

¹² Ks. *Salmiala* Elintarvikekortti s. 159 ja *Salovaara* mk. s. 115.

¹³ S. 177. — Saksan oikeuden osalta näin *Rimparu* s. 37.

¹⁴ Mikäli säännöksen tulkinnassa kiinnitetään huomio pelkästään sen alkuosan sisältämän määritelmän sanamuotoon, niin kuin meillä yleensä on tehty, on *Estlanderin* tulkinta epäilemättä johdonmukaisin. Jos nimittäin relatiivisen identiteetin vaatimus esim. *Salovaaran* tavoin (mk. s. 113) kiistetään RL 36: 1:n sanamuotoon perustumattomana, vaatisi johdonmukaisuus ilmeisestikin joidenkin lisäperusteiden esittämistä sen vaatimuksen tueksi, että erehdytetyn on kuitenkin oltava sellaisessa asemassa, että hänellä voidaan sanoa olevan määräämisvaltaa tappionkärsijän taloudellisiin etuihin nähden. Tämä vaatimushan on — ellei sitä perustella — torjuttavissa täsmälleen samalla argumentilla, kuin mihin nojautuen relatiivisen identiteetin vaatimus kiistettiin: säännöksen sanamuoto ei tällaista edellytä.

oikeuden mukaisena (sehän jättää mm. prosessipetoksen säännöksen ulkopuolelle, ks. Ruotsin oikeuden osalta ed. alav. 4). — Tästäkin huolimatta katson, ettei po. lainkohdan tulkinnassa saatettane tyystin vapautua siitä, millaisena lainsäätäjä on petosrikoksen olemuksen ymmärtänyt. Säännöksen tarkoituksena ei ilmeisestikään ole saattaa petoksena rangaistavaksi tietynlainen tappion aiheuttaminen vain sen perusteella, että se tapahtuu jotakuta erehdyttämällä.¹⁵ Tulkinnassa on nähdäkseni lähdettävä siitä, että erehdyttämisellä on joka tapauksessa oma itsenäinen (pelkän ulkoista täytöntöönpanotapaa osoittavan ilmaisun ulkopuolelle menevä) merkityksensä sen osoittajana, että petosrikokselle on olennaista nimenomaan se, että siinä tulos saadaan aikaan jonkun toisen henkilön näennäisesti vapaan, mutta tosiasiasa virheellisen mielikuvan omaksumisen johdosta väärin orientoituneen *tahdon* välityksellä; että tekijä ts. käyttää päämäärään pyrkiessään hyväkseen toisen *tahtoa*.¹⁶

Toisen henkilön tahdon tällainen hyväksi käyttäminen seurauksena aikaansaamiseksi voi kuitenkin antaa suhtautumiselle erityisleiman vain edellyttäen, että tämä tahto on kysymyksessä olevaan asiaan nähden määräävässä asemassa. Tällainen asema on jonkun henkilön taloudellisiin etuihin nähden luonnollisesti ennen kaikkea ao. henkilön omalla tahdolla, samoin kuin sen tahdolla, joka valtuutuksen, asemansa tms. seikan perusteella on oikeutettu po. edusta määräämään. Koska petos ei kuitenkaan tässä tutkimuksessa omaksutun kannan mukaan edellytä nimenomaan oikeuden menettämistä, vaan sen seuraustunnusmerkin toteuttaa puhtaasti taloudellista laatua oleva menetys, ei mitään periaatteellista estettä ole — jos tälle tielle kerran lähdetään — sille, että katsotaan myös henkilön, jonka tahto on vain tosiasiallisesti määräävässä asemassa toisen taloudellisiin etuihin, kelpaavan erehdyttämisen kohteeksi ja siis petoksen »välimieheksi». Tämän pitemmälle ei sen sijaan voida mielestäni lainkohdan sanamuodosta huolimatta mennä. Mikäli »välimieheksi» kelpuutettaisiin kuka tahansa, kunhan hän vain on erehdytettyinä suhtautunut tavalla, joka on merkinnyt tappion syntymistä kolmannelle, ei erehdyttämisellä enää ole sitä asemaa rikoksen toteut-

¹⁵ Vrt. Saksan osalta *Rimpau* s. 16.

¹⁶ Kärjistetysti voidaan sanoa, että kun tekijä varkaudessa *ottaa* toiselta, kavalluksessa *anastaa* hallussaan olevaa omaisuutta ja kiristämisessä *panee* toisen uhkauksella antamaan, hän petoksessa *saa* toisen antamaan käyttämällä vilppiä. -- Ks. myös *Herberger* s. 7 ja *Rotering*, *Betrug* s. 245.

tamisessa, mikä sille edellä esitetyllä tavalla petoksen olemuksen mukaisesti kuuluisi.¹⁷

Silloin kun erehdytettynä ei ole tappion kärsijä itse tai hänen edustajansa tai joku muu, jolla on oikeus määrätä hänen taloudellisista eduistaan, jää yksityistapauksissa luonnollisesti mitä suurimmassa määrin tuomioistuimen harkintaan, onko erehdytetty ollut edellä tarkoitetun mukaisessa asemassa tappion kärsijän taloudellisiin etuihin. — Joka tapauksessa on vaadittava, että tämä asema on ollut olemassa erehdyttämisestä riippumatta, niin ettei erehdytetty vasta erehdyksen johdosta suhtautuessaan ole asettautunut tähän asemaan.¹⁸ Jos A erehdyttää B:n ottamaan C:lle kuuluvan esineen, ei kysymyksessä ole petos, vaan välillisenä tekijänä tehty varkaus, sillä B ei ole ollut erehdyksestä riippumatta siinä asemassa, että hänen tahtonsa olisi ollut po. esineeseen nähden määräävässä asemassa; ei voida sanoa, että A olisi saanut haluamansa tuloksen aikaan käyttämällä hyväkseen sitä tahtoa, joka on ollut esineeseen nähden määräävässä asemassa.

Mikäli sen sijaan henkilöllä on toiselle kuuluva ja tälle taloudellista arvoa omaava esine hallinnassaan (niin että hän sen anastaessaan syylistyisi kavaltamiseen), täytyy hänen tahtonsa katsoa olevan esineen suhteen siinä asemassa, että hänen erehdyttämisensä luovuttamaan esine toteuttaisi petoksen.¹⁹ Vastaavalla tavalla on arvosteltava tilanne, jossa aikaisempi velkoja A erehdyttää velallisen B:n suorittamaan velkansa salaamalla tältä sen seikan, että hän oli jo siirtänyt saatavan C:lle. Mikäli B tällöin on ollut vilpittömässä mielessä, hän on vapautunut velastaan, ja C:lle on syntynyt saamisoikeuden sammussa tappio. Tämän saamisoikeuden osalta voidaan sanoa B:llä olleen C:n taloudellisiin etuihin tosiasiallinen määräämisvalta, jota A on käyttänyt tavoittelemansa päämäärän saavuttamiseksi (VKL 29 §).²⁰ Mikäli taas B ei va-

¹⁷ Ks. myös Saksan v:n 1960 rikoslainehdotuksen perusteluja, joissa huolimatta siitä, että petossäännökselle ehdotetaan sellaista sanamuotoa, että tappio voidaan aiheuttaa joko erehdyttäjälle »oder einem anderen», todetaan, että »in jedem Falle muss das Vermögen, um das es geht, der Disposition des Verfügenden unterliegen», E 1960 s. 391.

¹⁸ Ks. myös *Schönke—Schröder* s. 1086, jonka mukaan on vaadittava, että disponoija »bereits vor der Tat in einer rechtlichen oder tatsächlichen Beziehung zu dem fremden Vermögen gestanden hat» sekä *Braunsdorf* s. 36 ja *Schmid* s. 45 s. Ks. myös *Sterzel* s. 16.

¹⁹ Ks. myös *Welzel* s. 270, joka vaatii, että erehdytetyn on oltava »wenigstens als Gewahrsamsinhaber».

²⁰ Ks. myös *Schönke—Schröder* s. 1086 ja *Sterzel* s. 28 s.

pautuisi velastaan (hän ei esim. erehdyksestään huolimatta ollut vilpittömässä mielessä), on luonnollisesti kysymys petoksesta B:tä itseään kohtaan.

Erehdyksestä riippumattomasta määräämisvallasta ei sen sijaan ole kysymys tilanteissa, joissa henkilö todellisen asianlaidan salaamalla saa toisen vilpittömässä mielessä vastaanottamaan kolmannen allekirjoittaman, mutta jo maksaman ja alkuperäisen velkojan haltuun jääneen haltijavelkakirjan taikka saa niin ikään vilpittömässä mielessä olevan henkilön vastaanottamaan kolmannen, ilman vastuun syntymistä ensiksi mainittua kohtaan hyväksymän, asettaman tai siirtämän vekselin. Näissä tapauksissa kolmas epäilemättä kärsii tappion (hän joutuu oikeudelliseen vastuuseen vilpittömässä mielessä olevaa kohtaan velkakirjan tai vekselin maksamisesta) erehdytetyn »disponoinnin» (asiakirjan vastaanottamisen) johdosta, mutta viimeksi mainitun tahdon ei mitenkään voida sanoa olleen erehdyksestä riippumattomassa määräysasemassa tuon kolmannen taloudellisiin etuihin nähden.²¹ Vastaava on tilanne

²¹ Näin myös *Schönke—Schröder* s. 1086 ja *Sterzel* s. 17 s. Toisin *Petäys* s. 65. Ks. myös RGSt 49 s. 16 ss. (s. 19) »Die Verfügung über eine Sache, ein Recht, ein Vermögen ist ein ausfluss der Herrschaft über den Gegenstand der Verfügung. Deshalb ist auch dann, wenn die Verfügung durch Abschluss eines Vertrags geschieht, Verfügender nur der, der die Verfügungsgewalt über den Gegenstand des Vertrags besitzt, wenn auch die Mitwirkung eines anderen zum Abschluss des Vertrags unentbehrlich ist». — Meidän oikeuskäytäntömme on ollut tämän tyyppisissä tapauksissa horjuvaa. Petoksen on katsottu olevan seuraavissa tapauksissa: OO p. 1. 11. 1904 JFT. b. 1905 1/XI (A oli, myytyään B:n hyväksymän vekselin pankkiin ja lunastettuaan sen sieltä, siirtänyt sen täysiarvoisesta C:lle, vaikkei B ollut saanut vekselistä mitään maksua: petos B:tä kohtaan); p. 7. 6. 1910 JFT. b. 1911 2/IV (A oli, saatuaan haltuunsa B:n vastakirjan erääseen liikkeeseen, ostanut sillä sieltä tavaraa: petos B:tä kohtaan); KKO 1923 II 533 (jossa myös oli kysymys tavarain ostamisesta toisen laskuun); 1931 II 583 (A, joka oli saanut B:lta erään B:n siirtämän vekselin, joka piti käyttää erään toisen, niin ikään B:n siirtämän vekselin uudistamiseen, oli siirtänyt sen edelleen vilpittömässä mielessä olevalle: petos B:tä kohtaan); 1933 II 118 (A oli siirtänyt katetta vaille olevan talletustodistuksen vilpittömässä mielessä olevalle: petos talletusmakasiinin omistajaa kohtaan); sekä KKO p. 16. 5. 1934 DL oikt. os. s. 65 s. Saksan oikeuden osalta näin esim. RGSt 51 s. 166 (A oli täyttänyt B:n hyväksymän blanko-vekselin sopimuksen vastaisesti ja siirtänyt sen vilpittömässä mielessä olevalle: petos B:tä kohtaan) ja 64 s. 226 ss. — Vastakkaisen kannan KKO taas on ottanut mm. seuraavissa tapauksissa: KKO 1919 II 468 (A oli käyttänyt B:lta saamansa vekselin toisin kuin oli sovittu saattaen B:n vekselivastuuseen, mutta koskei ollut näytetty, että A olisi vekselin saadessaan erehdyttänyt B:tä ei A:n katsottu syyllistyneen petokseen); p. 12. 10. 1960 no. 2696 (A oli saanut B:lta autokaupan yhteydessä B:n hyväksymän vekselin sekä luovuttanut sen vilpittömässä mielessä

silloin, kun A todellisen asianlaidan salaamalla erehdyttää B:n vastaanottamaan C:lle kuuluvan esineen; vaikka C:lle syntyy B:n vastaanottamistoimen kautta tappiota, mikäli tämä on ollut vilpittömässä mielessä ja näin ollen oikeutettu pitämään esineen ellei saa siitä C:ltä lunastusta, ei kysymyksessä kuitenkaan ole C:hen kohdistettu petos.^{22 23}

Viimeksi mainitun kaltaisiin tapauksiin on oikeuskäytäntö joutunut silloin tällöin ottamaan kannan, kun on ollut kysymys tilanteesta, jossa A on, myytyään jonkin esineen B:lle, sen jälkeen myynyt saman esineen C:lle. Korkeimman oikeusasteen käytännöstä löytyy lukuisia ratkaisuja, joissa A:n on katsottu menettelyllään syyllistyneen petokseen B:tä (siis ensimmäistä ostajaa) kohtaan. Näin esim. OO p. 18. 10. 1900 JFT. b. 1901 18/X; p. 26. 4. 1901 JFT. b. 1902 46/IV; p. 15. 9. 1905 JFT b. 1906 31/IX; p. 17. 3. 1910 JFT. b. 1911 26/III; KKO 1921 II 214 sekä 1935 II 495. Tuntuu kuitenkin ilmeiseltä, ettei C:n (toisen ostajan) tahdon voida katsoa olleen siinä asemassa, että hän olisi ollut edellä esitetyn mukaisesti kelvollinen välimieheksi. Mielestäni oikeaan lopputulokseen onkin päädytty seuraavissa vastaavanlaisissa tapauksissa: OO p. 20. 11. 1908 JFT. b. 1909 51/XI (A oli, myytyään metsänsä hakkuuoikeuden B:lle, myynyt koko tilan C:lle niin että B:n oikeus raukesi; petossyyte tosin hylättiin varsin epämääräisellä perusteella: koskei ollut »näytetty, että /A ja C/ puheenalaisessa talonkaupassa olivat menetelleet petollisesti»), KKO 1931 II 65 ja 1931 II 234. Nyt on tosin mahdollista — ja milteipä todeännäköistä — että oikeuskäytännön enemmistönä olevat ratkaisut perustuvat ensi sijassa RL 36: 1':n sisältämän kasuistisen luettelon esimerkkiin: »taikka myy tahi vuokraa saman omaisuuden kahdelle». Tällä esimerkillä ei kuitenkaan ole tarkoitettu sen paremmin kriminalisoida kahdelle myyntiä sinänsä erehdyttämisestä ja tappiosta riippu-

olevalle, vaikka A:n ja B:n kesken oli sovittu, että B oli 14 vrk:n aikana oikeutettu purkamaan kaupan; A:n ei katsottu syyllistyneen petokseen B:tä kohtaan; sekä p. 26. 10. 1961 no. 3337 (A:ta ei tuomittu petoksesta, vaikka hän oli vekselin asettajan ja siirtäjän kanssa tekemänsä sopimuksen vastaisesti siirtänyt vekselin vilpittömässä mielessä olevalle saattaen asettajan ja siirtäjän vekselivastuuseen).

²² Saksan oikeuden osalta näin esim. *Schönke—Schröder* s. 1086 ja RGSt 49 s. 16 ss. (s. 19). — Sen sijaan syyllistyy A kavallukseen C:tä kohtaan; ks. tämän, samoin kuin sen kysymyksen osalta, syyllistyykö A petokseen B:tä kohtaan, jälj. s. 197 s.

²³ Vrt. OO p. 17. 11. 1910 JFT. b. 1911 43/XI (A, joka oli erään yhtiön kanssa tekemänsä sopimuksen mukaisesti palkkaa vastaan nostonut sanotulle yhtiölle kuuluneita uppotukkeja, oli sittemmin erehdyttänyt B:n ostamaan ko. tukit; A tuomittiin yhtiöön kohdistuneesta petoksesta).

matta^{24 25} kuin lausua sitäkään, että kahdelle myynnissä ensimmäisen ostaja aina tulisi petetyksi. Kun tarkastelee niitä vuoden 1734 lain säännöksiä, jotka ovat olleet tämän esimerkin esikuvina, näkee

²⁴ Ks. *Salmiala* Ulosmittauspetos s. 352.

²⁵ Luettelo on tarkoitettu vain momentin alkuosan sisältämän yleissäännöksen selvennykseksi. Siinä luettelut tilanteet ovat esimerkkejä siitä, minkälaisessa yhteydessä lainsäätäjä on yleisimmin arvellut petoksen tulevan esiintymään. Ks. *Forsman Särskilda* s. 391 ja *Salmiala* mk. s. 351 ss.; toisin ilmeisesti *Honkasalo*, ks. Ulosmittauspetos s. 388 ss., ks. *kuut. E I* s. 184. — Luettelon esimerkkiluonteen osoittaa jo säännöksen sanamuoto: »Joka... saattaa... tappion siten, että hän... aikaan saa taikka vireillä pitää erehdyksen: niinkuin jos hän myy...» Myös lainkohdan valmistelutöistä on saatavissa tukea tälle käsitykselle. Tarkastaessaan vuoden 1884 rikoslainehdotusta, jossa yleissäännöksen ja kasuistisen luettelon suhde ei ollut selvästi ilmaistu, oli *Hagströmer* sitä mieltä, että esimerkkitapausten ei tarvitsisi toteuttaa yleissäännöksen edellytyksiä, ja kehotti lainsäätäjää ilmaisemaan tämän ajatuksen selvemmin kuin mitä sanotussa ehdotuksessa oli asian laita (*Granskning* s. 236). On epäilyketöntä, ettei RL olisi saanut nykyistä, luettelon esimerkkiluonnetta korostavaa muotoa, mikäli tähän *Hagströmerin* käsitykseen olisi haluttu yhtyä. Säännös päinvastoin haluttiin muovata sellaiseksi, ettei se antaisi tässä suhteessa aihetta epätietoisuuteen. — Luettelon luonteesta ei meillä muussa suhteessa olekaan kirjallisuudessa esiintynyt epätietoisuutta kuin ns. ulosmittauspetoksen osalta (»taikka myymisen, lahjan tai muun välipuheen varjolla kavaltaa omaisuutta velkojalta, kun ulosotto on tulossa»). *Honkasalo* on aikaisemmin esittänyt sen ajatuksen, että petoksena tulisi rangaistavaksi omaisuuden hukkaaminen velkojain vahingoksi ilman kenenkään erehdyttämistä (ks. Ulosmittauspetos). Häneen voidaan yhtyä sikäli, että mainitunlainen kriminalisointi saattaisi olla paikallaan. On myös mitä suurimmassa määrin todennäköistä, että lainsäätäjällä oli alun perin tarkoitus rangaistuksen uhalla kieltää mainitunkaltainen menettely sellaisenaan (niin kuin se oli tehty rikoslain esikuvana osittain olleessa Ruotsin SL:ssa); tähän viittaa myös vuoden 1875 rikoslainehdotuksen petossäännöksen rakenne. Luultavasti »ulosmittauspetoksen» sisällyttäminen »varsinasta» petosta koskevan yleissäännöksen jälkeen otettuun luetteloon johtui erehdyksestä. Siihen, että lainsäätäjällä todella olisi ollut tarkoitus kriminalisoida mainitunkaltainen velkojien vahingoittaminen sellaisenaan viittaa myös se, että laki edellyttää ulosoton olevan uhkaamassa; tämä vaatimus saa sisällön vain sillä edellytyksellä, että rikos ajatellaan täytetyksi jo omaisuuden hukkaamisella. Kuitenkin lienee *Salmialaan* yhdyttävä siinä, että sen sanamuodon pohjalta, joka RL 36:1:llä tosiasiaa on, ei meidän rikoslakimme voida katsoa sisältävän yleistä velallisen mainitunkaltaisen menettelyn kriminalisoivaa säännöstä. De lege lata on ulosmittauspetos kysymyksessä vain, mikäli omaisuuden hukkaamista seuraa erehdyttäminen ja siitä johtunut disponointi (esim. ulosmittaustoimituksen keskeytyminen tai siihen ryhtymisen laiminlyöminen). Näin lienee katsottava asian tulleen oikeuskäytännössäkkin ymmärretyksi; ks. KKO 1930 II 30 (perusteluissa mainitaan nimenomaan, että valekauppakirjaan vedottiin ulosotossa), 1938 II 359 (samoin; mainittakoon, että tässä tapauksessa valekaupan ja ulosoton välillä oli kulunut yli viisi vuotta), 1939 II 183 (koskei ollut väitettyään, että valekauppakirjoja olisi

niistäkin, että silmällä on pidetty ennen kaikkea toiselle ostajalle tai vuokraajalle koitunutta vahinkoa.²⁶

Kuten jäljempänä olevasta esityksestä selviää (ks. s. 135 s.), saattaa jo pelkällä edun saamisen mahdollisuudella, mikäli se on riittävän todennäköinen, olla taloudellista arvoa ja tällaisen mahdollisuuden menettäminen tai sen epätodennäköiseksi käyminen merkitä tappiota. Samoin on tappioksi katsottava taloudellisen arvon saamatta jääminen. — Nyt voidaan kysyä, onko se henkilö, jonka taholta ko. etu on odotettavissa, katsottava kelvolliseksi välimieheksi, niin että hänen erehdyttämisensä suhtautumaan tavalla, joka tekee mahdollisuuden tyhjäksi tai merkitsee edun saamatta jäämistä, toteuttaisi petoksen tunnusmerkistön. Kysymystä ei meikälaisessä kirjallisuudessa ole otettu erityisen tarkastelun kohteeksi. Sen sijaan *Sterzel* on sitä pohdiskellut Ruotsin vanhemman oikeuden kannalta ja päättänyt — huolimatta relatiivisen identiteetin vaatimuksen hylkäämisestä — kielteiseen tulokseen. Kantaansa hän perustelee lähinnä sillä, että tällaisissa tapauksissa on kysymys erehdytetyn omassa varallisuuspiirissään suorittamasta disponoinnista, jolla on vain kolmannen taloudellisiin etuihin kohdistuva heijastusvaikutus. Edelleen hän katsoo, ettei saata olla oikein rangaista petoksesta henkilöä, joka saa toisen erehdyttämällä suhtautumaan tavalla, josta tätä itseään ei, mikäli hän tieteen tahtoon olisi ko. tavalla disponoinut, voitaisi rangaista.²⁷ — Kumpikaan perustelu ei ole vakuuttava. On tietysti totta, että erehdytetty tällaisissa tilanteissa ensi sijassa disponoi omista taloudellisista eduistaan, mutta tosiasiallisesti hän kuitenkin samalla disponoi juuri siitä mahdollisuudesta, jolla oli kolmannelle taloudellista arvoa. Kysymyksessä ei ole pelkästään heijastusvaikutus, vaan disponointi kohdistuu (myös) juuri tuohon mahdollisuuteen. Edelleen on huomattava, että mikäli erehdytetty on juuri se henkilö, josta ko. mahdollisuuden toteutuminen tai edun saaminen riippuu, on hänen tahtonsa epäilemättä katsottava olevan petoksen edellyttämässä määräämisasemassa. — Sterzeliin voidaan yhtyä sikäli, että tuntuu kieltämättä oudolta rangaista petoksesta henkilöä, joka erehdyttää toisen suhtautu-

käytetty ulosoton torjumiseksi, hylättiin syyte petoksesta) sekä 1939 II 184 (sama periaate); vrt. kuit. KKO 1938 II 549, jossa petossyyte hylättiin vanhentuneena, kun valekaupasta oli kulunut lain edellyttämä vanhentumisaika. — Myös *Honkasalo* on nyttemmin omaksunut käsityksen, jonka mukaan ulosmittauspetos edellyttää erehdyttämistä, ks. E I s. 183 s.; tämän johdosta ks. myös *Salmiala* DL -64 s. 361.

²⁶ Ks. MK 4:4 ja 16:16 sekä KK 1:5 ja 13:2.

²⁷ *Sterzel* s. 25 ss.

maan tavalla, josta tätä itseään ei voitaisi (ainakaan yhtä ankarasti) rangaista, ja mihin suhtautumiseen muulla tavalla taivuttanutta ei rangaistaisi. Sama huomautus on kuitenkin tehtävissä useiden sellaistenkin tilanteiden osalta, joissa kiistatta on kysymyksessä petos. Niinpä voidaan pitää epäjohdonmukaisena sitä, että henkilöä, joka erehdyttää toisen hävittämään hallussaan olevaa vierasta irtainta omaisuutta, uhkaa enintään 2 vuoden kuritushuonerangaistus, kun erehdytettyä itseään, mikäli tämä olisi tehnyt tekonsa tietten tahtoen, olisi voitu rangaista vain 6 kuukauden vankeudella. Ja jos erehdyttäjä ei olisi käyttänytään vilppiä, vaan saanut toisen muulla tavalla taivutetuksi hävitystyöhön, olisi häneenkin kohdistuvan rangaistuksen ylärajana mainitut 6 kuukautta vankeutta. Samoin näyttää ensi silmäyksellä oudolta, että henkilö, joka erehdyttää jonkun asiamiehen suhtautumaan päämiehensä taloudellisia etuja loukkaavalla tavalla, on tuomittava petoksesta, kun häntä olisi, mikäli hän olisi saanut asiamiehen muulla tavalla taivutetuksi ko. disponointiin, rangaistava yllytyksestä epärehellisyyteen enintään 2 vuoden vankeusrangaistuksella.

Asianlaita lieneekin se, että jos kerran katsotaan riittäväksi, että erehdytetyn tahto on ollut tosiasiallisesti määräävässä asemassa kulloinkin kysymyksessä olevaan etuun nähden (ilman että erehdytetty toimisi tappionkärsijän edustajana), ei ole olemassa mitään periaatteellista syytä, joka oikeuttaisi sulkemaan nyt tarkasteltavana olevan kaltaiset tapaukset RL 36:1:n soveltuvuusalueen ulkopuolelle. Ajatellaanpa tapausta, jossa A ja B ovat puhelimitse alustavasti sopineet jostakin B:lle edullisesta liiketoimesta. Ennen kuin lopullista sopimusta on tehty, saapuu C A:n luokse ja erehdyttää tämän (esim. selittämällä tälle olevansa B tai ilmoittamalla valheellisesti B:n luopuneen sopimuksesta) tekemään ko. liiketoimen itsensä kanssa. Tai voidaan ajatella, että A on puhelimitse tilannut B:ltä vuokra-autokyydin. A:n mentyä ulos odottamaan B:tä saapuu paikalle vuokra-autoilija C, joka A:n tiedustellessa asiaa valheellisesti väittää olevansa se henkilö, jolta A kyydin tilasi, ja saa A:n näin ottamaan kyydin itseltään. Teoreettisesti katsoen pitäisi C näissä tapauksissa tuomita petoksesta B:tä kohtaan. Samoin olisi kysymyksessä petos, jos henkilö esittämällä valheellisia asianlaitoja kilpailijastaan saisi tämän vakituiset asiakkaat suorittamaan ostoksensa muualta.²⁸ Sama koskee tapausta, jossa A erehdyttää B:n velallisen C:n

²⁸ Näin *Estlander* s. 178. Saksan oikeuden osalta *Rimpau* s. 27 ja Sveitsin oikeuden osalta *Hafter* s. 271 alav. 5; toisin esim. *Schönke—Schröder* s. 1086: erehdytetty ei tällaisissa tapauksissa disponoi tappionkärsijän eduista.

siinä määrin hävittämään omaisuuttaan (esim. omaisuutta, joka on irtaimistokiinnityksin kiinnitetty B:n saatavan vakuudeksi) että B:n saatava käy epävarmaksi tai peräti arvottomaksi; A olisi tuomittava petoksesta (myös) B:tä kohtaan.

Uskallan kuitenkin pitää jokseenkin varmana, ettei RL 36:1:ä tämäntyyppisiin tapauksiin käytännössä sovellettaisi. Kun oikeuskäytännössä on ollut kysymys tapauksista, joissa elinkeinonharjoittajalle on aiheutettu tappiota levittämällä valheellisia tietoja hänestä tai hänen tuotteistaan, ei edes näy otetun harkittavaksi, olisiko kysymyksessä myös häneen kohdistunut petos: valheellisten tietojen esittäjä on tuomittu VilpKilpL. 10 §:n mukaan.²⁹ Myöskään ei vm. lainkohtaa laadittaessa selvästikään ole pidetty mahdollisena, että siinä kriminalisoitu suhtautuminen voisi toteuttaa (elinkeinonharjoittajaan kohdistuvan) petoksen tunnusmerkistön.³⁰

III. TAVARAN TAI RAHAN TAPPIO

A. Tavaran tai rahan tappio — varallisuus- vahinko?

Pelkkä erehdyksen aikaansaaminen tai vireilläpitäminen ei sellaiseenaan eikä edes silloin, kun joku on sen avulla saatu tekemään tai tekemättä jättämään jotakin, vielä riittä toteuttamaan petoksen tunnusmer-

²⁹ Ks. esim. KKO 1936 II 419 ja II 420 sekä p. 9. 3. 1961 no. 936. Vanhemman oikeuskäytännön osalta ks. OO p. 3. 12. 1897 JFT. b. 1898 13/XII (A oli myynyt saksalaisia ompelukoneita ilmoittaen niiden olevan »The Singer Manufacturing Company»-nimisen yhtiön valmistamia; yhtiön edustajan nostama petossyyte hylättiin, koskei A:n teon katsottu kohdistuneen yhtiöön). — Mainittu lainkohta kuuluu: »Joka toisen elinkeinotoiminnasta, toisesta elinkeinonharjoittajasta tai hänen toimessaan olevista henkilöistä tahi toisen tavaroista tai ammattisuorituksista taikka muista toisen elinkeinotoiminnan yhteydessä olevista seikoista kilpailutarkoituksessa antaa tai levittää tiedon, joka on omiaan vahingoittamaan tämän elinkeinotoimintaa, tuomittakoon, ellei hän voi saattaa todennäköiseksi, että tieto on tosi, eikä tekoa voida katsoa herjaukseksi...» — Kun sen soveltamiseen riittää, että teko on omiaan aiheuttamaan vahinkoa, ilman että sellaista tarvitsisi yksityistapauksessa syntyä, ei myöskään ole ajateltavissa, että tuomioistuimet olisivat katsoneet tämän lainkohdan spesiaalisäännöksenä syrjäyttävän RL 36:1:n ja sen vuoksi olleet soveltamatta vm. säännöstä.

³⁰ Ks. Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi vilpillisen kilpailun ehkäisemiseksi no. 27/1929. Valtiopäiväasiakirjat vuoden 1929 toisilla valtiopäivillä I s. 11.

kistöä.¹ Vasta kun virheellisestä mielikuvasta on aiheutunut RL 36: 1:n edellyttämä seuraus, »tavarán tai rahan tappio», on rikos täytetty.²

Meikäläisessä petosta koskevassa kirjallisuudessa on rikoksen seuraustunnusmerkin selvittämisessä yleensä otettu lähtökohdaksi käsitteet varallisuus (omaisuus) ja varallisuusvahinko (omaisuusvahinko); henkilölle on aiheutettu RL 36: 1:n tarkoittama rahan tai tavarán tappio, kun hänen varallisuuttaan on vahingoitettu.³ Mikäli tämä lähtökohta on oikea, johtuu siitä, että petosrikoksen seuraustunnusmerkin selvittäminen edellyttäisi vastauksen löytämistä kahteen kysymykseen: mitä tarkoitetaan henkilön varallisuudella, mitä siihen kuuluu sekä mitä tälle varallisuudelle on tapahduttava, jotta sen voitaisiin sanoa vahingoittuneen?

Ei voida kieltää, että lähtökohdan omaksuminen ensi näkemältä on houkuttelevaa. Kun nimittäin tiedetään, että varallisuuden vahingoittaminen esiintyy Saksan StrGB 263 §:ssä nimenomaisesti julkilausuttuna tunnusmerkistöntekijänä, voidaan myöskin jo ennen sikäläiseen kirjallisuuteen perehtymistä pitää varmana, että po. käsite on joutunut sellaisen selvittelyn kohteeksi, joka perusteellisuutensa puolesta taatusti tyydyttää vaativintakin. Ja mikä olisikaan käytännöllisempää, kuin — viitaten siihen läheiseen yhteyteen, joka maittemme petossäännösten välillä muutoinkin on⁴ — katsoa siellä selvitellyn varallisuusvahingon

¹ Ainoa RL:n sisältämä yleissäännös, jossa on kriminalisoitu toisen saaminen tekemään, sietämään tai tekemättä jättämään jotakin on RL 25: 12, ja siinäkin mainitaan tekotapoina vain väkivalta tai uhkaus, ei sen sijaan erehdyttämistä. Sen sijaan on laissa erityissäännöksiä, joissa on kriminalisoitu jonkun erehdyttämisen tietynlaiseen suhtautumiseen, ks. esim. RL 10: 5, 16: 23 ja 18: 1. — Ks. myös *Maurach* s. 249.

² Saksan petossäännöksen osalta ks. esim. *Doerr* s. 188 »Ausser dem ist der Betrug im Gesetz — was an sich möglich war — nicht definiert als Täuschung einer Person in bestimmter Absicht und mit bestimmter Wirkung, sondern als Beschädigung fremden Vermögens durch das Mittel der Täuschung» ja *Bockelmann*, *Unrechtsgehalt* s. 240 sekä esim. BGH p. 18. 7. 1961 NJW -61 s. 1876 ss. (»Der Betrug ist kein blosses Vergehen gegen die Wahrheit und Vertrauen im Geschäftsverkehr, sondern eine Vermögensstrafat. Nicht die Täuschung an und für sich, sondern die vermögensschädigende Täuschung ist strafbar«). Vrt kuit. *Borstin* erikoislaatuista käsitystä petoksen luonteesta, *Borst* s. 1224. Sen sijaan oli vielä v:n 1875 rikoslainehdotuksessa ehdottomasti keskeisin asema nimenomaan erehdyttämisellä, »pettämisellä»; ks. myös *Hagströmer* Granskning s. 236.

³ Näin esim. *Estlander* s. 96 ss., *Forsman* Särskilda s. 383 s., *Honkasalo* Eri-näiset s. 67 ja Kiristäminen s. 480 ss., *Hakulinen* DL -47 s. 17, *Kankaanranta* s. 77 s., *Salovaara* Dispositio s. 107 ja *Serlachius* II s. 254 s.

⁴ Ks. *Estlander* s. 99 alav. 1.

käsitteen soveltuvan myös RL 36: 1:n tulkintaan. Lisätukena voitaisiin mainita, että joskaan voimassa oleva oikeus ei petossäännöksen yhteydessä puhu varallisuudesta tai sen vahingoittamisesta, vuoden 1884 rikoslainehdotuksessa seuraustunnusmerkiksi oli asetettu »förlust i e g e n d o m», sekä että rikoslakivaliokunta ehdottaessaan vuoden 1888 valtiopäiville, että tutkimuksen kohteena olevan säännöksen toinen momentti, joka säädylle 1885 annettussa esityksessä kuului: »Föröfvas be-
drägeri i afsigt endast att skada annan; vare lag samma», saatettaisiin siihen muotoon, joka sillä vieläkin on, lausui perusteluinaan: »Denna bestämmelse anser Utskottet böra förtydligas derhän, att den åsyftade och förorsakade skadan bör innebära förmögenhets förlust, ty annars erhöles bedrägeribrottet, som till sin natur rätteligen är en egendomsförbrytelse, allt för stor utsträckning.»⁵

Saksan petossäännöksen tulkitsijat eivät suinkaan ole päässeet yksimielisyyteen sen paremmin varallisuus- kuin varallisuusvahinkokäsitteenkään sisällöstä. Näiden selvittäminen on päinvastoin osoittautunut siinä määrin vaikeaksi, että — kuten jäljempänä tulee puhe — kirjallisuudessa on havaittavissa pyrkimys vapautua petosrikoksen tulkinnassa niistä rajoista, jotka varallisuuskäsitteen pohjalta operoiden tulevat vastaan paikoissa, joissa niiden kohtaamista vähiten odottaisi ja toivoisi.

Mielipiteet ovat heilahtaneet ns. juridisesta varallisuuskäsityksestä, jonka mukaan varallisuus on varallisuus oikeuksien (ja varallisuus-oikeudellisten velvoitteiden) muodostama kokonaisuus, äärimmäiseen taloudelliseen varallisuuskäsitykseen, joka näkee varallisuuden henkilölle kuuluvien taloudellisten arvojen summana.

Edellisen kannattajina mainitaan yleensä rinnakkain *Binding* ja *Merkel*, joitten mielipiteet kuitenkin, vaikkakin käyvät suurin piirtein yhteen mitä tulee varallisuuskäsitteeseen⁶ eroavat toisistaan suuresti kysymyksen ollessa varallisuusvahingosta. *Bindingin* mukaan varallisuusvahingolla ei ole mitään tekemistä taloudellisen vahingon kanssa, sillä koska on olemassa omaisuutta ja siihen kohdistuvia oikeuksia ja vaatimuksia, joilla ei ole taloudellista arvoa, täytyy myös esiintyä varallisuuden loukkauksia, joita ei voida rahassa arvioida.⁷ Näin ollen kärsii varallisuusvahingon henkilö, jolta laittomasti riistetään varallisuus-oikeus tai esine, johon tällainen oikeus kohdistuu, tahi jonka mahdollisuuksia

⁵ S. 85. — Todettakoon kuitenkin, ettei näihin kahteen viimeksi mainittuun seikkaan ole kukaan viitannut perustellakseen käsitystään rahan tai tavaran tappion ja varallisuusvahingon identiteetistä.

⁶ *Binding* s. 238 ja 341 ja *Merkel* Abhandlungen s. 101 ja Handbuch s. 763.

⁷ *Binding* s. 239.

käyttää oikeuttaan jollakin tavalla rajoitetaan, samoin kuin se, jolle ei suoriteta, »was er rechtlich zu fordern hat», sekä se, johon kohdistetaan perusteeton suoritusvelvollisuus (»dem grundlos eine Leistungspflicht aufgelegt wird») — ja täysin riippumatta siitä, koituuko tästä po. henkilölle taloudellista vahinkoa vai ei (s. 240). — Merkelin käsitys vahingosta poikkeaa edellisestä ennen kaikkea siinä, että hän katsoo oikeuden loukkaamisen tai velvoitteen syntymisen voivan merkitä varallisuusvahinkoa vain silloin, kun siitä samalla aiheutuu aineellinen vahinko. Henkilön varallisuuden tulee teon jälkeen edustaa »einen geringeren Werth... als er repräsentiert haben würde wenn die That nicht begangen werden wäre».⁸ Merkelin käsitys vahingosta lähenee siis itse asiansa hyvin paljon sitä näkemystä, jonka mukaan varallisuusvahinko on ymmärrettävä taloudellisena ilmiönä, ja se on näin ollen lopputulokseksi Bindingin mielipidettä helpommin hyväksyttävissä sellaisen taholta, joka käsittää varallisuuden ja varallisuusvahingon puhtaasti taloudellisesti.⁹

⁸ Abhandlungen s. 103 ja s. 107, Handbuch s. 758 ja Strafrecht s. 329.

⁹ Tämän tutkimuksen kannalta ei ole tarpeen syventyä perusteellisesti niihin syihin, jotka ovat saaneet mainitut tutkijat omaksumaan edellä tekstissä viitatu lopputulokset. En kuitenkaan malta olla toteamatta, että näistä kahdesta *Binding* kaikista huolimatta on esittänyt johdonmukaisemman ja lähtökohdalleen uskollisemman rakennelman, jos kohta siihenkin sisältyy ristiriitaisuuksia. — Onhan nimittäin niin, että jonkin oikeuden mahdollisesti edustama arvo on tyystin eri asia kuin itse tämä oikeus. Arvo tosin saattaa olla oikeudesta riippuvainen siten, että sekin muuttuu oikeuden muuttuessa olemukseltaan tai laajuudeltaan. Sen sijaan ei oikeuden olemassaolo ole riippuvainen arvosta muutoin kuin edellyttäen, että varallisuus-oikeuden eräänä tunnusmerkkinä pidetään taloudellista arvoa, ja tällöinkin vain arvon kokonaan hävitessä. Jos ajatellaan esim. omistusoikeutta johonkin esineeseen, niin tämä oikeuskompleksi ei muutu siitä, että sen arvo esineen arvon alentuessa pienenee. Näin ollen ei myöskään varallisuudessa — mikäli se todella ymmärretään oikeuksien ja velvoitteiden kokonaisuutena — sellaisenaan aiheudu mitään muutoksia vielä sillä perusteella, että sen osien (oikeuksien) arvot muuttuvat. Tästä johtuu myös, että — koska sana »beschädigen» ei sinänsä viittaa nimenomaan taloudelliseen vahinkoon (ks. esim. *Hirschberg* s. 277 s. ja s. 279) — oikeus saattaa muuttua sillä tavoin, että sen voidaan sanoa tulleen vahingoitetuksi, ilman että sen arvon tarvitsisi pienentyä. — Onkin epäjohdonmukaista *Merkelin* tavoin pitää varallisuutta oikeuksien muodostamana kokonaisuutena ja kuitenkin asettaa sen vahingoittuminen riippuvaiseksi oikeuksien arvoissa tapahtuvista muutoksista. Varallisuus — *Merkelin* ja *Bindingin* tapaan ymmärrettynä — voi vahingoittua, vaikkei sen osien edustama arvo laskeakaan, ja toisaalta se taas saattaa pysyä vahingoittumattomana arvon alenemisesta huolimatta. Lähinnä juridisen varallisuuskäsityksen kannattajista mainittakoon vielä esim. *Gallas* (joka kuitenkin *Merkelin* tavoin vaatii, että oikeudella, jotta sen menettäminen voisi merkitä varallisuusvahinkoa, on oltava taloudellista arvoa, ks. s. 433), *Finger* s. 361 ja *Stooss*

Taloudellisen näkemyksen mukaan, jonka voidaan sanoa muodossa tai toisessa olevan vallitsevana saksalaisessa aiheita käsittelevässä kirjallisuudessa, varallisuus taas on, kuten sanottu, henkilölle kuuluvien taloudellisten arvojen muodostama kokonaisuus, jossa otetaan huomioon joko sekä positiiviset että negatiiviset (taloudelliset velvoitteet) arvot¹⁰ taikka vain ensiksi mainitut.¹¹ — On tosin huomattava, etteivät edes taloudellisen katsantokannan omaksuneet tutkijatkaan aina määrittele varallisuutta arvojen kokonaisuudeksi, vaan sanovat että henkilön varallisuus on hänelle kuuluvien rahanarvoisten etuuksien muodostama kokonaisuus, tai kaiken sen summa, jolla henkilölle on taloudellista arvoa,¹² ikään kuin varallisuus koostuisi esim. taloudellista arvoa omaa-

s. 380, joiden kahden viimeksi mainitun kannanotto on helposti ymmärrettävissä, kun ottaa huomioon Itävallan rikoslain 197 §:n nimenomaan edellyttävän, että henkilö kärsii vahinkoa »an seinem Eigentume oder anderen Rechten». Samaa luokkaan on luettava myös *Hafters*, joka (s. 215) lausuu: »Vermögen ist die Summe der geldwerten Beziehungen und der sonstigen wirtschaftlichen Rechte...»; »Kein Delikt richtet seinen Angriff jemals auf das Vermögen als Ganzes, sondern stets nur auf einzelne Vermögensrechte». *Hafter* sanoutuu lisäksi jyrkästi eroon käsityksestä, että vahingon tulisi olla rahanarvoinen: suoja ei koske vain taloudellisia arvoja, »sondern auch andere, persönliche Interessen an Sachgütern» (s. 215 alav. 1 ja 2), ja *Wetter* s. 112 ss. sekä meillä *Estlander* s. 96 ss. ja *af Hällström*, *Bedrägeri* s. 326.

¹⁰ Näin esim. *Dalcke—Fuhrmann—Schäfer* s. 329, v. *Hippel* s. 258 (»'Vermögen' bedeutet die Summe der wirtschaftlichen Aktiva und Passiva einer Person»), *Jahn* (»Zu berücksichtigen ist also der Gesamtwert des Vermögens») s. 81 ja *Schwander* s. 334.

¹¹ Esim. *Doerr* s. 28 ja *Schönke—Schröder* s. 1088. — Sillä, omaksutaanko lähtökohdaksi »netto»- vaike »bruttovarallisuus», näyttäisi olevan eroa ainakin arvosteltaessa veloitteen syntymisen merkitystä varallisuusvahingon kannalta. Vrt. *kuit. Nagler* s. 349 s., joka katsoo kummankin lähtökohdan johtavan samaan tulokseen. Vm. mielipiteen oikeutus voidaan nähdäkseni kuitenkin asettaa kysymyksenalaiseksi. Jos lähtökohdaksi otetaan »nettovarallisuus», on nimittäin ilman enempää tutkimisia selvää, että veloitteen syntyminen merkitsee varallisuusvahinkoa, kun taas tähän tulokseen päätyminen vastakkaisesta lähtökohdasta tuntuisi johdonmukaisuuden vaatimuksesta edellyttävän sen seikan toteamista, että velvoite todella konkreettisesti tapauksessa on vaikuttanut alentavasti positiivisiin arvoihin. Ja joka tapauksessa johtavat käsityskannat eri tuloksiin ainakin silloin, kun on kysymyksessä tilanne, jossa velvoite kohdistuu sellaiseen henkilöön, jolla ei ole mitään positiivisia arvoja. (Veloitteen merkityksestä tarkemmin ks. jälj. C. 2. b.)

¹² Näin esim. *Beseler* s. 39, *Dalcke—Fuhrmann—Schäfer* s. 329, *Doerr* s. 19 (»Inbegriff von geldwerten Gütern»), samoin *Frank II* s. 130, *Mayer—Allfeld* s. 488, *Jahn* s. 81, *Niethammer* s. 268 ja *Schönke—Schröder* s. 1088 (»Die Gesamtheit der wirtschaftlichen Gütern einer Person»).

vista esineistä yms. Kuitenkin on niin, että aivan samoin kuin edellä todettiin (alav. 9) oikeuden ja sen arvon olevan kaksi eri asiaa, ei myöskään esineitä voida samaistaa niiden mahdollisesti edustaman arvon kanssa. Esine saattaa vahingoittua ilman, että sen taloudellinen arvo alenee, ja päinvastoin saattaa arvossa tapahtua nousua tai laskua ilman että itse esineessä ilmenisi mitään muutoksia. Jos nyt varallisuus todella määriteltäisiin etuuskien kokonaisuudeksi, edellyttäisi varallisuuden vahingoittuminen näiden etuuskien (konkreettista) vahingoittumista ja olisi näin ollen riippumaton etuuskien arvoissa tapahtuvista muutoksista. Esim. pelkkä arvon alentuminen ei vielä merkitsisi vahinkoa, mikäli varallisuuteen kuuluvat etuudet sellaisinaan jäisivät ennalleen. Ajatellaan, että A omistaa yhden ainoan taloudellista arvoa omaavan esineen eikä mitään muita »Güter». Jos esine rikottaisiin olisi hänen varallisuuttaan (jonka muodosti juuri tämä esine) vahingoitettu. Mahdollista tietysti on, että esineen arvo samalla on pienentynyt, mutta tällä seikalla ei olisi kuitenkaan vahingon toteamisen kannalta merkitystä. Jos sen sijaan ajatellaan, että po. esineen taloudellinen arvo alenisi ilman, että itse esineessä tapahtuisi mitään muutoksia, ei A:n varallisuus ilmeisestikään olisi vahingoittunut. — Koska kuitenkin nekin tutkijat, jotka ovat määritelleet varallisuuden etuuskien muodostamaksi kokonaisuudeksi, katsovat varallisuusvahingoksi pelkän arvon menetyksen ilman mitään »konkreettista» vahinkoa,¹³ lienee lupa katsoa

¹³ Ks. *Allfeld* s. 544, *Dalcke—Fuhrmann—Schäfer* s. 328, v. *Hippel* s. 258, *Jahn* s. 81 ja *Schönke—Schröder* (10. Auflage) s. 1022 (»Vermögensbeschädigung bedeutet jede in Geld abschätzbare Verschlechterung der Gesamtvermögenslage»). Vrt. *Doerr*, joka lausuu (s. 59 s.) »...wertmindernde Beschädigung von zum Vermögen gehörigen... Sachen». — Jo tässä yhteydessä on mainittava, että kirjallisuudessa katsotaan varsin yleisesti varallisuusvahingon olevan ilmiö, jonka luonne on riippumaton siitä yhteydestä, jossa se esiintyy, että ts. varallisuuden väheneminen on vahinko asiayhteydestä riippumatta. Tätä käsitystä on asettunut vastustamaan mm. *Hirschberg*, joka katsoo, että jos kohta varallisuusvahinko saattaa edellyttää varallisuuden vähenemistä, ei jokainen tällainen vähentyminen kuitenkaan merkitse vahinkoa. Esimerkkinä hän mainitsee tapauksen, jossa henkilö maksaa saadakseen seurata teatteriesitystä. Tällöin hänen varallisuutensa olisi vähentynyt ilman, että hänen kuitenkaan voitaisiin katsoa kärsineen vahinkoa. Zum Vermögensschaden aber wird diese Minderung dann, wenn sie auf einer rechtswidrigen Manipulation des Gegners beruht», s. 314. Vrt. myös *Sipilä* s. 19, joka tuntuu asettavan tapahtuman vahinkoluonteeseen riippuvaksi siitä, että se on syntynyt »hänen (oikeussubjektin) tahdostaan» riippumatta. — Ks. myös *Gallas* s. 435 s. ja *Schönke—Schröder* s. 1092, jotka katsovat, ettei vahinkoa ole syntynyt vastikkeettomasta varallisuuden vähenemisestä huolimatta, mikäli disponoinnilla on saavutettu se sosiaalinen päämäärä, johon sillä on pyritty. — Toisenlaiseen loppu-

heidänkin, sanonnallisesta ristiriidasta huolimatta, ymmärtävän varallisuudella arvokokonaisuutta.¹⁴

Taloudellisen varallisuuskäsityksen omaksuneiden tutkijoidenkaan kesken ei kuitenkaan kaikissa suhteissa vallitse yksimielisyys. Niinpä on esitetty toisistaan varsin jyrkästi poikkeavia käsityksiä siitä, mikä suhde tulee etuuden ja henkilön välillä vallita, jotta etuuden edustama arvo olisi luettavissa hänen varallisuuteensa. Erään mielipiteen mukaan riittää, että etuus tai arvo on tosiasiallisesti henkilön käytettävissä.¹⁵ Toiset tutkijat taas asettavat kriteeriksi oikeusjärjestyksen etuudelle suoman suojan tavalla tai toisella, esim. siten, että varallisuuteen luetaan vain »unter dem Schutze der Rechtsordnung zu Gebote stehende Werte»¹⁶ tahi vain sellaiset etuudet, jotka ovat henkilön oikeudellisen disponointivallan alaisuudessa¹⁷ taikka sitten vain lausumalla vieläkin pyöreämmin, että kysymys joidenkin arvojen kuulumisesta määrätyle henkilölle, samoin kuin kysymys taloudellisten arvojen oikeudellisesta tunnustamisesta, on ratkaistava »nach der jeweils geltenden Rechtsordnung».¹⁸ Jälkimmäisten — ns. oikeudellis-taloudellista varallisuus-

tulokseen päätyvät luonnollisesti ne tutkijat, jotka katsovat taloudellista arvoa vaillakin olevan aatteellisen vastikkeen (ideaalisen ekvivalentin) voivan kompensoida arvon menetyksen.

¹⁴ Näin määrittelevätkin varallisuuden esim. *Kohlrausch—Lange* s. 579 sekä *Welzel* s. 271 ja *Grundzügen* s. 175, kumpikin siteeraten erästä RG:n ratkaisua (RGSt 66 s. 285 s.): »Die Summe jemanden... zu Gebote stehenden Wirtschaftlichen Werte», samoin kuin *Mezger* BT s. 177 »'Vermögen' ist die Gesamtheit der... wirtschaftlichen Werte», ilman että he tässä suhteessa katsoisivat olevansa edellä mainittujen tutkijoiden kanssa eri mieltä; vrt. *Jacobowitz* s. 43 s.

¹⁵ Näin periaatteessa esim. *Dalcke—Fuhrmann—Schäfer* s. 329, *Hegler* s. 425 ss., *v. Hippel* s. 258, *Mayer* s. 584 (vrt. kuit. alav. 36 samalla s:lla, jossa katsotaan, että saamisen on oltava »vom Recht anerkannt»), *Niethammer* s. 268, *Schönke—Schröder* (10. Auflage) s. 1023 ja s. 1031 s. (vrt. kuit. s. 1031, jossa saamisen »varallisuuskelpoisuuden» edellytykseksi asetetaan, että sillä on »rechtlicher Bestand») sekä ilmeisesti *Olshausen*, ks. II s. 1079.

¹⁶ Ks. esim. *Kohlrausch—Lange* s. 579 ja *Welzel* s. 271. Ks. myös *Daude* s. 295 ja *v. Liszt* s. 457, jotka vaativat, että etuuden on, jotta se voitaisiin lukea varallisuuteen, oltava »rechtlich geschützt» sekä *Schlesinger* s. 71 (»gesetzliche Anerkennung») ja *Kyll* s. 10 (»rechtlich anerkannten geldwerten Beziehungen»).

¹⁷ »In der rechtlichen Verfügungsgewalt eines Rechtssubjekts» (*Nagler* s. 349; ks. myös s. 352, jossa kriteerinä esiintyy »rechtlicher Schutz»); »Güter über die jemand rechtlich... verfügen kann» (*Frank* II s. 130; ks. myös s. 131 »Zwischen der Person auf der einen Seite und den geldwerten Gütern auf der andern (muss) eine solche rechtliche Beziehung bestehen, dass die Möglichkeit darüber in eigenem Interesse zu verfügen, auf dem Rechte beruht»); ks. myös *Dietrich* s. 19.

¹⁸ Näin *Mezger* BT s. 178.

käsitystä (»juristisch-wirtschaftliche» tai »juristisch-ökonomische Vermögenstheorie») edustavien¹⁹ — tutkijoiden esityksistä saa kuitenkin turhaan hakea tarkempaa selvitystä siitä, milloin etuus on heidän tarkoittamallaan tavalla oikeudellisesti suojattu taikka millä tavalla oikeusjärjestys sääntelee etuuksien ja arvojen kuulumista eri henkilöille. Yleensä on vain kasuistisia esimerkkitalanteita ratkaisemalla pyritty osoittamaan, mitä vaadittu »oikeudellisuuden» kriteeri käytännössä merkitsee. Yhtenäistä linjaa on kuitenkin varsin vaikea löytää, koska mielipiteet yhteisesti hyväksytyn vaatimuksen vaikutuksesta vaihtelevat yksityistapausten ratkaisemisessa. Niinpä rikoksella saadun etuuden arvo kuuluu eräiden tutkijoiden mielipiteen mukaan varallisuuteen,²⁰

¹⁹ Raja tämän ja puhtaan taloudellisen varallisuuskäsityksen välillä on käytännössä varsin häilyvä, ja useitten tutkijoiden kohdalla on milteipä makuasia kumman käsityksen kannattajaksi heidät luetaan. Ainoa selvä periaatteellinen tunnusmerkki, joka erottaa käsityskannat toisistaan, on muodossa tai toisessa asetettu oikeudellisen suojan vaatimus (on muuten todettava, että yksityistapauksissa eroavat toisistaan myös sellaisten selvästi oikeudellis-taloudellisen teorian kannattajiksi katsottavien tutkijoiden, kuten esim. *Mezgerin*, *Naglerin* ja *Welzelin* käsitykset; tämän suhteen ks. myös *Bockelmann* Vermögensschade s. 465 alav. 43). Näin ollen olisikin raja — mikäli yleensä halutaan päästä perille siitä, mihin ryhmään kukin tutkija kuuluu — vedettävä sen mukaan, onko ao. henkilö ottanut mainitun kriteerin varallisuuskäsitteestä antamaansa määritelmään vaiko ei. Kaikkien osalta ei rajanveto näinkään kuitenkaan käy päinsä. Niinpä esim. *Schönke—Schröder*, joka ei hyväksy oikeudellis-taloudellista näkemystä, kuitenkin aikaisemmin kiisti siveettömään oikeustoimeen perustuvalta saamiselta varallisuuskelpoisuuden sillä perusteella, ettei sillä ole »rechtlicher Bestand», ks. (10. Auflage) s. 1031.

²⁰ Ks. esim. *Kohlrausch—Lange* s. 582 (»Auch der Betrüger kann betrogen werden»), *Mezger* BT s. 179, *Nagler* s. 353 ja *Welzel* s. 272 (»Auch Werte die jemand widerrechtlich besitzt gehören... zu seinen Vermögen, ... jedoch nur so weit als der Besitz rechtlich geschützt ist»). Avoimeksi jää vain kysymys siitä, minkä mukaan ratkaistaan, onko arvo oikeudellisesti suojattu. Eikö tehtävänä juuri ole selvittää sitä, saako myös »oikeudenvastainen» arvo petossäännöksen johdosta oikeudellista suojaa? — Todettakoon muuten, että myös *Hafter*, jonka edellä todettiin edustavan lähinnä juridista varallisuuskäsitystä, on omaksunut tämän, lähtökohtansa kanssa itse asiassa ristiriidassa olevan kannan. Hänen pääperusteensa on kuitenkin se, että tekijän (»pettäjän») suhtautumisen moitittavuus ei ole sen vuoksi vähäisempää, että hyökkäyksen kohde on oikeudettomasti saatu, ks. s. 268. — Vastakkaista käsityskantaa edustaa *Frank*, jonka mukaan varallisuuteen ei voida lukea oikeudenvastaisesti hankittuja arvoja. Niinpä hänen mukaansa ei henkilön varallisuutta vahingoiteta sillä, että häneltä riistetään rikoksen kautta saatu etuus; tekijä olisi tuomittava varastetun tavaran kätkemisestä, ks. II s. 132. Vm. kaltainen ratkaisu edellyttäisi ilmeisesti kuitenkin vähintäänkin sitä, että »riistäjä» olisi tietoinen arvon oikeudettomasta saamisavasta. Tämän johdosta ks. myös *Hafter* s. 268 alav. 2. Ks. myös *Ecker* s. 53.

mutta ei sen sijaan sellaisen »saamisoikeuden» arvo, joka perustuu siveettömään tai kiellettyyn oikeustoimeen, vaikkakin sillä tunnustetaan voivan olla taloudellista arvoa; tällaiselta saamiselta puuttuu »*rechtlicher Bestand*».²¹ Toisaalta taas saamisoikeuden arvon lukemisen varallisuuteen ei edellytä sitä, että olisi kysymys kannekelpoisesta saamisesta, joten esim. vanhentuneet saamiset samoin kuin ns. naturaali-obligaatiot²² ovat periaatteessa »varallisuuskelpoisia». — Koska hallintaan liittyy monia taloudellista arvoa heijastavia oikeudellisia funktioita ja koska haltija voi »*wie der Eigentümer mit der Sache Verfahren und mit ihr Rückgabe- und Bereicherungsansprüche befriedigen*»,²³ on hallintakin jo sellaisenaan (»*für sich allein*») luettava varallisuuteen.²⁴ Tällöin kuitenkin eräät tutkijat vaativat, ettei hallinta saa olla laittomalla tavalla saatua, sillä muutoin siltä puuttuu »*rechtliche Anerkennung*»,²⁵ toisten taas kiinnittämättä hallinnan saamistapaan mitään huomiota.²⁶

Taloudellisen varallisuuskäsityksen omaksuneet tutkijat ovat oivaltaneet, että myös sellainen taloudellisesti merkityksellinen tapahtuma, jota odotetaan sattuvaksi vasta tulevaisuudessa, saattaa »heijastaa» merkityksensä jo nykyhetkeen, niin että samoin kuin oikeudella saada tulevaisuudessa taloudellista etua saattaa jo nyt olla taloudellista arvoa,²⁷ voi myös tosiasiallisella mahdollisuudella vastaavasti olla

²¹ Ks. esim. *Daude* s. 295, *Kohlrausch—Lange* s. 582, *v. Liszt—Schmidt* s. 668, *Nagler* s. 354 ja *Welzel* s. 272.

²² Ks. esim. *Allfeld* s. 544 alav. 30 ja *Nagler* s. 352.

²³ Jo tässä yhteydessä on mielenkiintoista todeta, että *Honkasalolla* esiintyy samankaltainen ajatus. Hän nimittäin perustelee käsitystään, että rikoksen kautta saadun etuuden menetys merkitsee varallisuusvahinkoa, sillä että »uhri» oikean omistajan kääntyessä kanteella häntä vastaan, ei voi luovuttaa tälle esineitä in specie, vaan on velvollinen korvaamaan omistajalle niiden arvon», *Kiristäminen* s. 482 ja *E I* s. 177.

²⁴ *Nagler* s. 352 s. Näin myös esim. *Allfeld* s. 544, *Kohlrausch—Lange* s. 579, *Lietzmann* s. 11, *Mezger BT* s. 179 ja *Welzel* s. 271.

²⁵ Näin esim. *Nagler* s. 353; vrt. *kuit. kannanottoa rikoksen kautta saadun tavaran osalta alav. 20 edellä.*

²⁶ Esim. *Kohlrausch—Lange* s. 579 (»Auch der Besitz, sogar der fehlerhafte»), *Kyll* s. 12 s., *Mezger BT* s. 179 ja *Welzel* s. 272.

²⁷ Jo tässä yhteydessä on huomautettava siitä, että taloudellinen arvo itse asiassa useimmiten on jotain tulevaisuuteen liittyvää. Esim. jos henkilöllä on oikeus saada tietty esine, niin perustuu tämän oikeuden arvo siihen tulevaisuuden tapahtumaan, että hän todella saa po. esineen. Esineen arvo taas saattaa perustua siihen, että sitä voidaan käyttää jollakin tavalla hyödyksi tai myydä se, so. vaihtaa se rahaan, eli jälleen tulevaisuuden tapahtumaan. Rahan arvo haltijalleen

merkitystä nykyhetken varallisuusasemaa arvosteltaessa. Esim. mahdollisuus saada työpaikka, mahdollisuus tekemällä jotain ansaita rahaa tai saavuttaa jokin muu taloudellista arvoa omaava etuus, mahdollisuus solmia edullinen liiketoimi jne. ovat sellaisia mahdollisuuksia, joilla tilanteesta riippuen saattaa jo nyt olla taloudellista arvoa. Samaan kategoriaan luetaan kirjallisuudessa suurta huomiota osakseen saanut liikemiehen asiakaspiiri; se sisältää mahdollisuuksia palveluksia tekemällä saada taloudellisia etuja.

Myös tällaisten mahdollisuuksien edustaman eventuaalisen arvon lukemisessa henkilön varallisuuteen kuuluvaksi esiintyy oikeudellistaloudellisen varallisuuskäsityksen omaksuneiden tutkijoiden kesken eri mieltä.²⁸ Niinpä esim. Nagler vaatii, että henkilöllä täytyy joko olla oikeudellinen vaade odotettavissa olevan arvon saamiseen tai että kysymyksessä kuitenkin on jonkinlainen »Anwartsrecht», joka syntyy esim. tarjouksen vastaanottajalle sitovan tarjouksen perusteella. Samanlainen odotusoikeus liittyisi myös säännöstelynälaisten tavaroiden ostokorttiin. Kortin haltijalla ei ole oikeudellista vaadetta saada tavaraa, mutta kortti oikeuttaa hänet sitä saamaan, mikäli sitä yleensä on saatavissa. Sen sijaan ei pelkkiä tosiasiallisia arvon saamismahdollisuuksia olisi luettava varallisuuteen. Näin ollen ei myöskään asiakaspiirin menettäminen Naglerin mukaan merkitse varallisuusvahinkoa, ellei tämä ole »vertrag-

taas merkitsee sitä, että sillä voi tyydyttää joitakin tarpeita, esim. hankkia jokin arvoa omaava etuus, jolloin huomio on jälleen kohdistettu tulevaisuuteen. Ks. myös Strahl s. 11 ja s. 15 ss. sekä Eckstein s. 70.

²⁸ Sekään, mitä tällaisella mahdollisuudella itse asiassa tarkoitetaan, ei ole täysin selvää. Niinpä esim. Naglerin kysymyksenasettelu kuuluu: Onko odotettavissa oleva luullinen varallisuudenlisäys luettavissa varallisuuteen? Ja hän tulee tulokseen, että »unbestritten stellt er einen Vermögenswert dar», jos siihen nähden jo on olemassa »ein rechtlicher Anspruch» (s. 353). Näin ei kysymystä kuitenkaan voida asettaa, jos lähtökohta on se, että varallisuusvahinko edellyttää olevassa tapahtuvaa muutosta. Kysymys ei näin ollen ole siitä, onko »odotettavissa oleva varallisuudenlisäys» varallisuutta, vaan siitä, onko tulevaisuudessa odotettavissa olevan arvon saamisen mahdollisuus sellainen tosiasia, että jo sillä voidaan katsoa olevan varallisuuskelpoista arvoa. Ja Naglerin vastaus olisikin muutettava seuraavaksi: »Unbestritten stellt sie (die Möglichkeit) einen Vermögenswert dar...». Vrt. myös esim. Honkasalo, joka, vaikka katsoo varallisuusvahingon edellyttävän olevassa varallisuudessa tapahtuvaa epäedullista muutosta, kuitenkin lausuu: »Omaisuuksivahingoksi on katsottava myös todennäköisesti odotettavissa olevan varallisuusedun saamatta jääminen», ks. Erinäiset s. 67. — Täsmällisempää olisikin sanoa: »Hoffnungen oder Exspektanzen sind wirtschaftliche Positionen, auf Grund deren mit einen gewissen Mass von Wahrscheinlichkeit... Gewinn erzielt werden könne», Hirschberg s. 326.

lich festgebunden».²⁹ Toisella kannalla on taas esim. *Mezger*, joka ei periaatteessa vaadi mitään »fester Rechtsanspruch»; hänen mukaansa riittää, että mahdollisuus (»Aussicht», »Erwartung», »Anwartschaft») on siinä määrin todennäköinen, että taloudellinen näkemys katsoisi sillä olevan taloudellista arvoa jo nyt. Näin ollen kuuluisi myös vakituinen asiakaspiiri varallisuuteen, edellyttäen, että se on »eine gewisse Festigung erlangt».³⁰

Jo tämä edellisillä sivuilla esitetty suppea katsaus saksalaiseen kirjallisuuteen³¹ osoittanee, että varallisuusvahinko-käsitteen ottaminen perustaksi on tuskin omiaan helpottamaan petosrikoksen seuraustunnusmerkkiin kohdistuvaa tulkintatehtävää.^{32 33} Tämä tosiasia ei luonnollises-

²⁹ Ks. s. 353 s. v. *Liszt-Schmidt* vaatii, että täytyy olla »Rechtsanspruch» tai »rechtlich begründeter Anspruch» ennen kuin arvo on varallisuuteen luettavissa, ks. s. 668; vrt. v. *Liszt* s. 457, jonka mukaan tosiasiallinen mahdollisuus ja sen toteutumisen todennäköisyys riittää. — Selvältä tuntuisi, etteivät juridisen varallisuuskäsitteen omaksuneet tutkijat voi hyväksyä varallisuuteen muuta kuin tulevaisuuteen liittyviä oikeuksia. Näin tekivätkin *Binding* s. 343 s. ja *Merkel*; viimeksi mainittu on asettanut kriteeriksi vielä sen, että kysymyksessä olevasta etuudesta täytyy jo nyt voida disponoida, ks. *Handbuch* s. 764. — Vrt. kuitenkin *Hafters* s. 267, jolle riittää »eine an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit».

³⁰ *Mezger* BT s. 179 s. Ks. myös *Allfeld* s. 544 alav. 36 (»Man wird... es für ausreichend ansehen müssen, wenn nach Massgabe der gegebenen Verhältnisse der Gewinn mit Wahrscheinlichkeit zu erwarten war.»); *Daude* s. 295, *Kohlrausch-Lange* s. 579, *Mayer* s. 457 ja *Welzel* s. 271.

³¹ Saksan oikeuskäytäntö on kuuluisasta täysistuntoratkaisusta RGSt 16 s. 1 ss. lähtien ollut vakiintuneesti taloudellisen varallisuuskäsitteen kannalla. Tässä yhteydessä ei ole tarpeen ryhtyä tarkemmin esittelemään oikeuskäytännön ratkaisuja niissä eri yksityisissä pulmakysymyksissä, joita vaatimus varallisuusvahingon syntymisestä aiheuttaa. Samat kysymykset tulevat kuitenkin eteen myös tässä tutkimuksessa, ja niissä yhteyksissä on luonnollisesti mielenkiintoista vertaillen tarkastella, miten sikäläinen oikeuskäytäntö on niistä selvinnyt. Huomioon ottaen ratkaisujen yleensä varsin yksityiskohtaiset perustelut ja sen seikan, että oikeuskäytäntö joutuu huomattavasti enemmän kuin oikeustiede pitämään ensi sijassa silmällä oikeustajuntaa tyydyttävän ratkaisun saavuttamista yksityistapauksessa senkin kustannuksella, että joudutaan poikkeamaan jostakin teoreettisesta konstruktiosta, on oletettavissa, että ratkaisujen tarkastelusta on hyötyä myös tämän tutkimuksen kannalta.

³² Tässä yhteydessä voidaan viitata siihen, että Ruotsin uusi petossäännös ei käytä termiä varallisuusvahinko, vaan edellyttää pettäjän aikaansaavan vain »skada», jolla tarkoitetaan nimenomaan taloudellista vahinkoa (ks. *Ekeberg-Strahl-Beckman* s. 185 s. ja *Strahl* s. 7 s.). Samoin voidaan panna merkille, että Norjan petossäännöksen seuraustunnusmerkki, joka aikaisemmin ilmaistiin termillä »formuestab», on lainmuutoksen jälkeen pelkkä »tab». — Osoituksena näistä vaikeuksista voitaneen pitää myös sitä, että Saksan rikoslakia uudistamaan asetettu

tikaan sellaisenaan oikeuta hylkäämään po. käsitettä lähtökohtana, mikäli todella on niin, että RL 36: 1:ssä on katsottava rangaistuksen uhalla kielletyksi toisen henkilön varallisuuden — tietynsisältöisenä ja rajoiltaan määriteltävissä olevana käsitteenä ymmärrettynä — loukkaaminen, niin että loukkaus, joka kohdistuu johonkin po. käsitteen rajojen ulkopuolella olevaan, tai joskin varallisuuteen, niin kuitenkin tavalla, joka ei sovi varallisuusvahinko-käsitteen piiriin, jää säännöksen soveltuvuusalueen ulkopuolelle. Eli siis mikäli »tavarain tai rahan tappiota» on haluttu käyttää vain varallisuusvahingon synonyyminä, niin että jälkimmäinen on molempien käsitteiden sisällön määräävä.

Sen seikan selvittämiseksi, onko asianlaita tämä, ei nähdäkseni ole olemassa kuin kaksi mahdollisuutta. Toinen on se, että itse säännöksen ulkopuolelta olisi löydettävissä jotakin, joka oikeuttaisi päättelemään, että lainkohdan tarkoituksena todella on kriminalisoida nimenomaan

komitea, joka ei katsonut voivansa luopua »varallisuusvahingosta» petoksen nimenomaisena tunnusmerkkinä, totesi, että »allerdings wird die Strafrechtswissenschaft den Begriff des Vermögens neu durchdenken und nachprüfen müssen, ob nicht auch die Arbeitskraft... zu schützen sind.», ks. *Dahm* s. 461; ks. myös E 1960 s. 391.

³³ Jonkinlaista pyrkimystä vapautua tämän käsitteen asettamista kahleista on havaittavissa myös saksalaisessa kirjallisuudessa; ks. *Bockelmann* Unrechtsgehalt s. 248, jossa traditionaaliset varallisuuskäsitykset on korvattu ns. persoonallisella varallisuuskäsityksellä: varallisuus »ist die Gesamtheit dessen, woran und worin die wirtschaftliche Kraft des Menschen erlaubterweise wirkt. Und ein Eingriff in dieses Ganze begründet den Schaden». Tähän tulokseen hän katsoo olleensa pakoitettu päätyttyä ennen kaikkea sen vuoksi, että oikeuskäytäntö ei — kuten hän esimerkein pyrkii osoittamaan — ole, yrittäessään saavuttaa yksityistapauksissa oikeustajuntaa tyydyttäviä ratkaisuja, voinut pitäytyä tarkasti missään aikaisemmin kirjallisuudessa esitettyssä käsityksessä varallisuusvahingon merkityksestä, ks. mk. s. 249. Ks. myös *Bockelmann* Gläubigersicherung s. 147. — Kuriositeetin vuoksi voidaan mainita vielä *Borstin* käsitys varallisuudesta: »Vermögen kommt von dem her, was einer vermag, wirtschaftlich, geistig, sittlich, künstlerisch. Alles wozu er die Kraft und die Möglichkeit hat — das ist sein Vermögen. Vermögen kommt in gleicher Weise vom Wollen her, wie von Können, vom Haben und Besitzen» (s. 1223). — Vertailun vuoksi on mielenkiintoista todeta, mitä »sivilisti» *Sipilä* lausuu varallisuudesta: »Se varallisuus-käsite, jonka piirissä oikeudellisesti relevantti vahinko ilmenee, ei ole juriidinen..., vaan taloudellinen käsite, jonka sisällyksenä on oikeussubjektin vallinnassa ja vallintamahdollisuuksien ulottuvilla olevien taloudellisten hyödykkeiden kokonaisuus». »Yksilön varallisuusasemaa on käsiteltävä sellaisena, joksi se asianomaisessa elämänpiirissä on sen luonteen mukaisesti muodostunut... Tarkka määrittely saattaisi toisissa tapauksissa osoittautua liian ahtaaksi, toisissa taas tuoda haittaa liian laajuutensa vuoksi». Näin ollen *Sipilä* luopuukin definitionista, joka edellyttäisi yksityistapauksen välitöntä subsumointimahdollisuutta. Ks. *Sipilä* s. 170.

tiettyyn, säännöksestä itsestään riippumattomana olemassa olevaan, rajoiltaan määriteltävissä olevan varallisuuskäsitteen piiriin kuuluvien intressien loukkaaminen. Ellei tämä ole mahdollista, edellyttäisi identtisyttä osoittavan merkin asettaminen »tavarain tai rahan tappion» ja varallisuusvahingon välille molempien käsitteiden itsenäistä selvittämistä ja näin saatujen tulosten vertailua. Enemmittä perusteluitta on jälkimmäisen mahdollisuuden epämielekkyyks ilmaiseva asetetun tehtävän (seuraustunnusmerkin tulkitsemisen) kannalta. Mitä sitten ensimmäiseen vaihtoehtoon tulee, on todettava, ettei ole olemassa mitään, jonka nojalla mainittu johtopäätös olisi tehtävissä. Edellä tosin (s. 116) todettiin, että lainkohdan valmistelutöissä esiintyvät termit »egendom» ja »förmögenhetsförlust». Samoin on totta, että lainsäätäjällä on ilmeisestikin ollut mielessään kuva petoksesta rikoksena, joka on luettava ns. varallisuusrikosten ryhmään. Tästä on kuitenkin pitkä matka siihen päätelmään, että lainsäätäjällä olisi ollut mielessään jokin täsmällinen varallisuuskäsitys, jonka rajojen mukaan myös petossäännöksen soveltuvuusalue määräytyisi. Pidän verraten todennäköisenä sitä, että po. termejä on käytetty vain niin sanoakseni esitysteknisinä käsitteinä ilman, että olisi edes syvennytty pohtimaan, minkälaisia ilmiöitä käsitteen piiriin tarkkaan ottaen olisi luettava. Niillä on lähinnä haluttu vain ilmaista se, minkä luonteisesta vahingosta petoksessa on kysymys. Ja jos kohta edellä (s. 116) viittausta rikoslakivaliokunnan ehdotuksesta samoin kuin sen saamista vastaanotosta johtuen kenties voitaisiin päätellä, että käsitteillä »förlust i gods eller penningar» ja »förmögenhetsförlust» on katsottu olevan sama sisältö, niin tämäkin samaistus on ilmeisesti tapahtunut ikään kuin edellisestä jälkimmäiseen päin, niin että edellisen selvittämisen avulla on selvitettävissä, mitä jälkimmäisen termin käyttäjä on sillä tarkoittanut. On muuten huomattava, että niissä petosta koskeissa meikäläisissä tutkimuksissa, joissa »tavarain tai rahan» tappion selvittämisessä on lähdetty liikkeelle käsitteestä varallisuusvahinko, käsitteiden identtisyys on yleensä todettu täysin aksiomaattisesti.³⁴

³⁴ Vain *Estlander* toteaa alustavasti, että käsitteen »gods eller penningar» kanssa »förbinder sig... närmast begreppet 'förmögenhet'» (s. 96). Sen sijaan lausuu esim. *Forsman* vain »Värkan af bedrägeribrottet är, ... att gärningsmannen tillskyndar den förfördelade en förlust i gods eller penningar. Detta innebär, att en förminskning af förmögenheten skall hafva inträdt.» (Särskilda s. 383 s.). *Honkasalo* taas toteaa: »Omaisuuksien disponoinnista tulee, kuten sanottu, aiheutua »tavarain tai rahan tappio», t.s. omaisuusvahinko.» (Erinäiset s. 67; ks. myös Kiristäminen s. 480 ss.).

Tässä tutkimuksessa hylätään varallisuus- ja varallisuusvahinkokäsitteet petoksen seuraustunnusmerkin tulkinnan lähtökohtina.³⁵ Useissa kohdissa tulee lopputulos olemaan sama kuin varallisuusvahingon selvittämisessäkin saavutettu, enkä halua väittää, että niissä tapauksissa, joissa eroja on, vain tässä esitetyt tulokset olisivat oikeita. Kaiken edellä esitetyn perusteella katson kuitenkin metodisesti oikeammaksi ratkaista kysymys RL 36:1:n soveltuvuudesta johonkin ilmiöön sen perusteella, onko syntynyt »tavarain tai rahan tappio», kuin sen perusteella, onko siinä loukattu sellaista intressiä, joka asianomaisen tutkijan mielestä kuuluu varallisuuskäsitteen piiriin, ja sellaisella tavalla, joka vastaa hänen käsitystään varallisuuden vahingoittamisesta. Eri asia sitten on, että »varallisuusvahinkoa» voidaan käyttää esitysteknisenä apuneuvona, selvitettävänä olevan käsitteen »tavarain tai rahan tappion» synonyyminä, ilman että edellisellä katsottaisiin olevan mitään itsenäistä sisältöä. Ei mikään estä sopimasta siitä, että niitä ilmiöitä, jotka kuuluvat jälkimmäisen käsitteen sisällön piiriin, kutsutaan yhteisellä nimellä varallisuusvahinko.³⁶ Samoin on mahdollista, että niitä intressejä, joiden havaitaan voivan tulla rahan tai tavarain tappion aikaansaamisella loukatuiksi, kutsutaan varallisuudeksi.

B. Tavarain tai rahan tappio — taloudellinen menetys

Kun käydään tarkastelemaan lain käyttämää sanontaa »förlust i gods eller penningar», on tämän ilmaisun perusteella ilman muuta pääteltävissä, että vaikka RL 36:1:ssä puhutaankin rahan tai tavarain menettämisestä, päähuomiota ei kiinnitetä siihen, onko joku kärsinyt

³⁵ Korkeimman oikeuden petosta koskevista ratkaisuista on vain hyvin vaikeasti arvattavissa, mikä kulloinkin on määrännyt kannanoton yksityistapauksissa. En ole kuitenkaan löytänyt yhtään ratkaisua, josta selvästi olisi pääteltävissä sen perustuneen jonkin teoreettisen varallisuuskäsityksen omaksumiseen.

³⁶ Myös *Salmiala* mainitsee useissa yhteyksissä, että petos edellyttää varallisuusvahinkoa (näin esim. Elintarvikekortti s. 156 s. ja s. 157 sekä DL-47 s. 7), mutta hänen kysymystä koskettelevista lukuisista esityksistään on kuitenkin nähdäkseni selvästi pääteltävissä (ks. esim. Elintarvikekortti s. 158 sekä DL-50 s. 50 ss.), että hän käyttää sanottua termiä juuri tällä tavalla esitysteknisenä apuneuvona, ilman että hän perustaisi petosrikoksen tulkintansa itsenäisen sisällön omaavan varallisuuskäsitteen varaan.

konkreettisen, esineellisen menetyksen.¹ Jos henkilö erehdytetään luovuttamaan toiselle esim. rannekello, ei petoksen tunnusmerkistön toteamisen kannalta ole ratkaisevaa merkitystä tällä kellon konkreettisella menetyksellä vaan sillä, onko kellon luovuttamisesta aiheutunut (tai paremminkin: onko se merkinnyt) menetystä »tavarassa tai rahassa».

Mitä sitten tällä sanaparilla »*gods eller penningar*» halutaan ilmaista? RL 36: 1 ei suinkaan ole ainoa lainkohta, jossa se esiintyy. RL 28: 1:n nojalla rangaistaan sitä, joka varastaa »tavaraa tai rahaa». Samat käsitteet esiintyvät myös esim. ryöstöä ja kiristämistä koskevissa kriminaalisoinneissa. — Varsinkin varkausrikoksen osalta on kysymys sanaparin merkityksestä ollut huomion kohteena pyrittäessä selvittämään kysymystä varkauden objektilta vaadittavasta arvosta.

Forsman on esittänyt sen käsityksen, että varkauden kohteeksi kelpaa vain sellainen esine, jolla on taloudellista arvoa. *Salovaara* puolestaan on lausunut mielipiteenään, että »varkauden objektilla tulee olla yleisluontoista taloudellista arvoa tai että tällaisen arvon saaminen sen avulla ainakin täytyy olla mahdollista». Kumpikin tuntuu lähtevän jostakin »yleisestä» esineeseen liittyvästä arvosta kiinnittämättä huomiota siihen, onko esineellä oltava arvoa nimenomaan varkauden uhrin, varkaan vaiko kenties molempien kannalta. *Serlachius* ja häneen yhtyen *Salmiala* sen sijaan kiinnittävät kysymykseen huomiota nimenomaan uhrin kannalta. Heidän mukaansa ei varkauden objektilla tarvitse olla yleistä »markkina-arvoa». Kuitenkaan ei heidän esityksestään ole helposti pääteltävissä, minkälaista arvoa esineen on omistajalleen edustettava. Heidän mukaansa on nimittäin pidettävä riittävänä, että se, jolta esine otetaan, pitää sitä »kallisarvoisena» tai »omistamisen arvoisena». Sen, että esine on omistajansa mielestä »kallisarvoinen» tai »omistamisen arvoinen», ei suinkaan tarvitse merkitä sitä, että sillä olisi hänelle taloudellista arvoa. Kun kuitenkin *Serlachius* toisessa yhteydessä (II s. 191) katsoo varkauden edellyttävän esineen »taloudellisen arvon siirtämistä oikealta omistajalta ottajalle», voitaneen *Honkasalon* katsoa olevan oikeassa lausuessaan *Serlachiuksen* ja *Salmialan*

¹ Ks. myös *Serlachius* II s. 254. — Vrt. kuit. *Estlander* s. 101 »Rättslig förlust... är förlust af en förmögenhetsrättighet; ekonomisk förlust är förlust af en ekonomiskt värdefull sak» sekä Ruotsin vanhemman oikeuden kannalta *Stjernberg*, *Några ord* s. 283 s., jossa hän tulee tulokseen, että säännöksen sanamuoto »bedrager sig till gods eller penningar» edellyttää sitä, että erehdyttäjä hankkii itselleen »ett föremål, som är av beskaffenhet att ha kunnat vara objekt för tjuvnad».

edellyttävän varkauden objektilta nimenomaan taloudellista arvoa. Selvimmin ja vähiten tulkinnanvaraisesti on Honkasalo itse ilmaissut oman kantansa: hän hylkää yleisen »raha-arvon» vaatimuksen ja lausuu: »Riittää, että esineellä on taloudellista arvoa omistajalleen...»²

Vallitseva käsitys siis meillä on, että varkauden objektilla on oltava jonkinlaista taloudellista arvoa.³ Siihen nähden, ettei arvo ole mikään esineeseen kiinteästi liittyvä ominaisuus eikä ratkaisevaa saata olla se, mikä esineen taloudellinen arvo kenties on »yleiseltä» kannalta, voitaneen *Honkasalon* äsken siteerattuja sanoja pitää tämän kannan kiteytyksenä. Vallitseva käsitys — johon mielestäni voidaan hyvin yhtyä — merkitsee sitä, että myös meidän rikoslakimme varkausrikokselle on olennaista se, että siinä varas anastamalla toiselta irtaimen esineen aiheuttaa taloudellista vahinkoa. Sanaparია »tavaraa tai rahaa» on siis RL 28:1:ssä käytetty osoittamaan irtainta esinettä, jolla on omistajansa (tai sen muun henkilön, jolta esine anastetaan) kädessä taloudellista arvoa.

Vielä pitemmälle meneviä johtopäätöksiä siitä, mistä »tavarassa tai rahassa» on kysymys, voidaan tehdä RL 31:4:n perusteella. Sen mukaanhan rangaistaan kiristämisestä henkilöä, joka kiskoo »joltakulta tavaraa tai rahaa, velan helpotuksen, velkakirjan, takauksen, taikka muun aineellisen edun». Tästä säännöksestä käy edellistä selvemmin esille se, että sanaparilla halutaan ilmaista jotakin taloudellista arvoa omaavaa.⁴ Siinähan se on rinnastettu käsitteeseen »aineellinen etu» (»fördel i egendom»). — Koska laista — sen paremmin kuin sen esitöistäkään — ei ole löydettävissä mitään, mikä viittaisi siihen, että sanaparია olisi RL 36:1:ssä käytetty jossakin edellisistä poikkeavassa merkityksessä,⁵ antaakin juuri esitetty tarpeellisen lähtökohdan käsillä olevan probleeman selvittelylle: petos edellyttää, että henkilölle aiheutetaan menetys

² Ks. edellä esitetyn johdosta *Forsman Särskilda s. 204 s.*, *Salovaara Varkaus s. 46*, *Salmiala Elintarvikekortti s. 160* ja *Honkasalo E I s. 11*.

³ Varkauden objektilta vaadittavan arvon suhteen v:n 1734 lain pohjalta ks. esim. *Olivecrona s. 42 ss.*, jonka mukaan varkauden (RiK 40:1) kohteeksi kelpasi vain sellainen esine, joka voidaan »uti penningar uppskattas».

⁴ Ks. *Sterzel s. 12 alav. 4* (»I 'gods eller penningar' ligger i och för sig icke mer än ett kraf på 'penningar eller penningars värde'»); toisin *Stjernberg, Några ord s. 282*.

⁵ Ks. myös *Estlander s. 96 alav. 1*.

taloudellisessa mielessä, taloudellinen menetys.⁶ Tapahtuma, jolla ei ole ollut vaikutusta henkilön taloudelliseen asemaan on irrelevantti petosrikoksen kannalta.

C. Taloudellinen menetys

1. Yleistä

Kun lähtökohta on edellä esitetynlainen, näyttäisi vastauksen saaminen yksityistapauksessa kysymykseen, onko joku joutunut petoksen uhriksi, ensisijaisesti edellyttävän jonkinlaista vertailua kahden eri tilanteen välillä silmällä pitäen po. henkilön taloudellista asemaa. Vertailu voitaisiin ajatella toimitettavan joko tapahtumaa edeltäneen tilan ja sen jälkeisen tosiasiallisen tilan välillä tai sitten olisi tapahtuman jälkeistä tilaa verrattava siihen tilaan, joka samalla hetkellä olisi ollut, ellei tapahtumaa olisi sattunut. Edellinen vertailutapa antaisi vastauksen kysymykseen, onko o l e v a s s a tilassa tapahtunut muutoksia, jälkimmäinen taas siihen, onko tapahtuma vaikuttanut taloudellisen tilan kehitykseen. Koska henkilön taloudellista asemaa ei voida ymmärtää staattisena tilana: se on luonteeltaan päinvastoin mitä suurimmassa määrin dynaaminen — mikäli haluttaisiin esittää »taloudellisen tilan» määritelmä, sopisi täksi erinomaisesti edelläkin jo ohimennen viitattu *Bockelmannin* persoonallinen varallisuusmääritelmä ilman siihen liittyvää »luvallisuuskriteeriä»¹ — olisi näistä kahdesta vertailutavasta ilmeisestikin valittava jälkimmäinen.²

⁶ Ks. *Flensburg* s. 183 s. (»förlust af gods eller penningar» tarkoittaa samaa kuin »ekonomisk förlust»). — Saksan oikeuden osalta ks. *Jacobowitz* s. 65 (»Es ist also: Vermögensbeschädigung jede Verschlechterung der ökonomischen Lage»).

¹ »Die Gesamtheit dessen, woran und worin die wirtschaftliche Kraft des Menschen erlaubterweise wirkt», *Unrechtsgehalt* s. 248.

² Ks. myös *Hegler* s. 425 s. (petos edellyttää »eine pekuniäre Verminderung des Gesamtvermögens...», so dass das Vermögen nach und infolge der Disposition einen geringeren Wert darstellt, als es ohne dieselbe darstellen würde»), *Kohlrausch—Lange* s. 581, *Merkel* Abhandlungen s. 103 ja 107 ja *Handbuch* s. 758 sekä *Schönke—Schröder* (10. Auflage) s. 1024. Ks. myös *Daude* s. 295, *Forsman* Skadestånd s. 127, *Salovaara* Varkaus s. 96 alav. 34 ja *Strahl* s. 16. — On kuitenkin todettava, että mikäli — kuten edellä viitatuista tutkijoista *Hegler*, *Kohlrausch—Lange*, *Merkel* ja *Schönke—Schröder* tekevät — lähdetään siitä, että varallisuus on jokin oleva kokonaisuus ja varallisuusvahinko tässä olevassa tapahtuva muutos, ei lähtökohta oikeastaan antaisi mahdollisuutta vertailuun on-olisi, vaan pitäisi vertailu itse asiassa toimittaa tilanteiden oli-on välillä. Näin tekevätkin esim.

On myös ajateltavissa, ettei vertailua toimitettaisi kahden tilan välillä, vaan että rinnakkain asetettaisiin kaksi tapahtumasarjaa: se, mikä todella tapahtui, ja se, mikä todennäköisesti olisi kehittynyt, ellei vahinkotapahtumaa olisi ollut. Vertailu suoritettaisiin tällöinkin silmällä pitäen puheena olevan henkilön taloudellista asemaa, ja vahinko olisi tapahtumasarjojen ero.³ — Ensi näkemältä saattaa näyttää siltä, kuin tämä vertailutapa olisi edellisiä helpommin suoritettavissa. Tosiasiassa se ei kuitenkaan eroa siitä, jossa vertailun kohteena olivat todellinen ja hypoteettinen tila, muutoin kuin sikäli, että vertailu suoritetaan ikään kuin varhaisemmassa vaiheessa. Jos ajatellaan *Strahlin* esittämää esimerkkiä tehdasrakennuksen palosta, niin hänen mukaansa vahingon määrittäminen tapahtuu vertaamalla taloudelliselta kannalta niitä tapahtumia, jotka olisivat sattuneet, mikäli tehdas ei olisi vahingoittunut (joista riippuu se, paljonko voidaan ajatella, että tehtaan omistaja kenties olisi ansainnut, ellei tehdas olisi vahingoittunut) niihin tapahtumiin, joihin palo antoi aiheutta (näistä taas riippuvat hänen ansionsa palon jälkeen). Juuri tämän esimerkin kohdalla *Strahl* huomauttaa, että vahinko ei ole määritettävissä kahden varallisuustilan välisen vertailun avulla, vaan on oikean tuloksen saavuttamiseksi verrattava »två händelseförlopp». Tällä vertailulla voi kuitenkin olla mielekkyyttä vain, mikäli se toimitetaan pitäen silmällä niitä vaikutuksia, joita vertailtavilla tapahtumasarjoilla oli tai olisi ollut. Ja on jokseenkin sama asia, sanotaanko henkilön kärsineen vahinkoa, koska tilanteen kehittyminen ilman vahinkotapahtumaa olisi merkinnyt hänelle 1 000 markan tuloa kun sen sijaan vahinkotapahtumasta aiheutunut tilanteen kehitys toikin vain 500 markkaa, vai todetaanko, että juuri koska näin kävi, on henkilön varallisuus 500 markkaa pienempi, kuin mitä se olisi ilman vahinkotapausta ollut.

Allfeld s. 545, *Dalcke—Fuhrmann—Schäfer* s. 328, *Maurach* s. 250, *Nagler* s. 361, *Niethammer* s. 269, *Olshausen* s. 1079 sekä *Welzel* s. 272 ja *Grundzüge* s. 176. Myös *Forsman* toteaa petosrikoksen osalta, että sen edellyttämä seuraus on syntynyt, jos varallisuus teon jälkeen »representerar ett ringare värde än förut», ks. *Särskilda* s. 383 s. — Todettakoon kuitenkin, että tässä tarkoitettulla epätasällisyydellä ei ole juuri käytännöllistä merkitystä, sillä edellä mainitut tutkijat ymmärtävät vahingolla arvon menetystä ja (nykyhetkenkin) arvon määrittämisessä joudutaan yleensä kiinnittämään huomiota tilanteen tulevaan kehitykseen.

³ Näin esim. *Strahl* s. 16 s. (»Den ekonomiska skadan framgår genom en jämförelse mellan det händelseförlopp som skulle ha utvecklats sig därest den skadande händelsen icke ägt rum och det som utvecklar sig ur händelsen. Jämförelsen göres med avseende å den skadelidandes ekonomi...») ja *Ljungholm* s. 135.

Kumpikaan näistä vertailutavoista ei kuitenkaan sellaisenaan kykene antamaan vastausta kysymykseen, onko yksityistapauksessa syntynyt taloudellista tappiota, onko tapahtuma vaikuttanut epäedullisesti henkilön taloudelliseen tilanteeseen. Jos vertailu suoritetaan kahden tapahtumasarjan välillä, päästään tosin perille siitä, millä tavalla vahinko-tapahtuma tosiasiallisesti on vaikuttanut tilanteen kehitykseen, mutta tällä ei vielä ole sanottu, mikä merkitys tällä vaikutuksella on taloudelliselta kannalta arvosteltuna. Ennen kuin myös tästä päästään selvytyteen on tiedettävä minkälaiset ilmiöt yleensä saattavat vaikuttaa taloudelliseen asemaan. Sama koskee vielä suuremmassa määrin vertailua, joka toimitetaan kahden tilan välillä: ellei tiedetä, onko tarkasteltavana oleva tapahtuma sellainen, että sillä on vaikutusta taloudelliseen tilaan, ja minkälainen sen vaikutus on, ei mistään vertailusta saata olla kysymys. On nimittäin huomattava, että henkilön taloudellinen tila ei ole sellainen mitattavissa oleva suure, jonka suuruus olisi eri hetkinä määritettävissä ja jonka suhteen tapahtuneet muutokset olisi todettavissa mittaamalla se hetkinä A ja B sekä vertaamalla näin saatuja mittaustuloksia keskenään.

Ajatellaan esim. tapausta, jossa »tapahtuma» on se, että henkilö on erehdytetty antamaan toiselle 100 markkaa. Ratkaistavana on kysymys siitä, onko hänen taloudellinen tilansa heikentynyt. Vastausta tähän on mahdotonta saada kiinnittämättä huomiota rahasumman menettämisen vaikutukseen. Vastaus on epäilemättä myöntävä, mutta sitä ei missään tapauksessa löydetä suoraan vertaamalla henkilön taloudellista tilaa siihen, mikä se olisi ilman tapahtumaa ollut. On joko todettava ensiksi, että rahalla on merkitystä taloudelliselle tilanteelle, ja pääteltävä tämän perusteella, että rahasumman menettäminen heikentää taloudellista tilaa, tahi sitten on myöntävään vastaukseen päädyttävä suorastaan sen perusteella, että tiedetään rahasumman menettämisen olevan taloudellista tilaa heikentävä ilmiö. Sama koskee esim. velkavastuuseen joutumista. Tämänkään tapahtuman taloudellinen merkitys ei ole todettavissa siten, että verrattaisiin taloudellisia tiloja keskenään ja näin saatujen »mittaustulosten» perusteella havaittaisiin, että koska taloudellinen tila ilman velan syntymistä olisi ollut parempi kuin mitä se todellisuudessa on, on velan syntymisellä taloudellista tilaa heikentävä vaikutus. Päinvastoin edellyttää vastauksen saaminen kysymykseen, onko taloudellinen asema heikentynyt, a priori tietoa siitä, mikä merkitys velan syntymisellä henkilön taloudellisen aseman kannalta on.

Edellä oleva merkitsee sitä, että »tapahtuman» merkityksen selvittämiseksi tapahtuva vertailu on suoritettava aluksi tosiasiallisella, ei talou-

dellisella tasolla. Vertaamalla sitä, miten tilanne tosiasiasa kehittyi, siihen, miten olisi käynyt ilman tapahtumaa, pyritään saamaan selville tapahtuman tosiasialliset vaikutukset. Näin saatu tulos asetetaan sitten tarkastelun kohteeksi taloudelliselta kannalta ja selvitetään, mikä taloudellinen merkitys todetulla konkreettisella muutoksella on. Tosiasiallisella tasolla tapahtuva vertailu on kenties tehnyt ilmeiseksi, että henkilö on tapahtuman johdosta menettänyt jonkin esineen, jäänyt saamatta rahasumman, joutunut vastuuseen sitoumuksesta, tehnyt työtai palvelussuorituksen jne. Kysymys siitä, onko henkilölle tapahtuman johdosta aiheutunut »tavarain tai rahan tappio» riippuu nyt siitä, mikä taloudellinen merkitys tälle vertailutulokselle, tapahtuman tosiasialliselle vaikutukselle annetaan.⁴

2. Eräiden tosiasiallisten tapahtumien merkityksestä taloudellista menetystä arvosteltaessa

a. Arvon menetys; arvon saamatta jääminen

Jos henkilö menettää taloudellista arvoa omaavan esineen, olemme valmiit sanomaan, että hän on kärsinyt taloudellisen vahingon.⁵ Tämä on tosiasia, joka helposti johtaa ajatuksen eteenpäin viennin harhaan sen vuoksi, että se on omiaan kiinnittämään huomion liaksi itse esineen (tai muun etuuden) konkreettiseen menettämiseen, ilman että tarkemmin selvitetäisiin, mikä seikka tässä tapauksessa antaa sille menettäjän taloudelliseen asemaan vaikuttavan merkityksen. Aina ei nimittäin kiinnitetä tarpeeksi huomiota siihen, että vaatimus esineellä olevasta taloudellisesta arvosta merkitsee sitä, että sillä on oltava arvoa nimenomaan menettäjälleen. Ajatellaan esimerkiksi henkilöä, jolla on hallussaan kultakello. Ennen kuin voidaan todeta, että henkilö, joka kellon menettää, kärsii taloudellisen tappion, on kellon »yleisluontoisen» taloudellisen arvon toteamisen lisäksi selvitettävä erinäisiä muita seikkoja.

⁴ On mahdollista, että tapahtuman tosiasiallisten vaikutusten tarkastelussa todetaan osan niistä olevan henkilön taloudellisen tilan kannalta positiivisia; tällöin joudutaan luonnollisesti punnitsemaan vastakkain näitä ja tapahtuman negatiivisia vaikutuksia, ennen kuin voidaan sanoa, onko ja millä tavalla tapahtuma henkilön taloudelliseen tilanteeseen vaikuttanut.

⁵ *Estlander* s. 101 »Ekonomisk förlust är förlust af en ekonomiskt värdefull sak».

Tuskin esim. silloin, kun kello on ollut menettäjän hallussa vain tallettavana ilman oikeutta palkkaan tai muuhun korvaukseen, voidaan sanoa hänen kärsineen taloudellisen menetyksen.⁶ Ja vaikka hän olisikin ollut oikeutettu tiettyyn palkkioon sinä aikana, jona hän kelloa huoltaa, olisi hänen kärsimänsä tappio ilmeisestikin luonteeltaan erilainen, kuin se olisi ollut, jos hän olisi kellon omistanut. Talle-esineen haltijana hänen vahinkonsa olisi siinä, että hän kellon katoamisen jälkeen ei enää voisi saada aikaisempaa palkkiotaan, eli ts. siinä, että hän menetti sen taloudellisen merkityksen, joka kellolla hänelle oli. Sillä seikalla, mikä kellon »yleinen» arvo kenties oli, ei olisi hänen tappionsa kannalta mitään merkitystä. Hänen tappionsa olisi täsmälleen sama, vaikka kysymyksessä olevalla esineellä ei olisi mitään arvoa muiden kuin sen oikean omistajan silmissä, joka oli luvannut menettäjälle palkkiota sen hoitamisesta. Ko. henkilö toisin sanoen kärsi esineen menettämisen johdosta taloudellisen tappion sen vuoksi, että hän tallettavana olevan esineen menettämisen kautta menetti sen taloudellisen arvon, jota esine hänelle edusti sillä perusteella, että hän saattoi ansaita rahaa pitämällä siitä huolta. Ja juuri tämä on tappion ytimenä myöskin niissä tilanteissa, joissa on kysymys omistajaa kohdanneesta konkreettisesta menetyksestä. Tappio ei ole vielä siinä, että menettää etuuden, eikä edes siinä, että menettää taloudellista arvoa omaavan etuuden, vaan taloudellista vahinkoa tässä tapahtumassa merkitsee se, että henkilö on menettäessään etuuden samalla menettänyt sen hänelle edustaman taloudellisen arvon. Esineen menettämiseen liittyvä taloudellinen tappio on ts. siinä, että henkilö menettää taloudellisen arvon.

Etuuden menettäminen on kuitenkin vain yksi muoto, jossa arvon menettäminen saattaa ilmetä. Etuuden edustama arvo saattaa pienetä, ja kun näin tapahtuu, on omistajaa kohdannut arvon menetys luonteeltaan aivan samanlainen kuin itse etuuden menettämiseen liittyväkin. Ja epäilemättä myös tällöin on henkilön taloudellinen asema heikentynyt. Sanonkin, että taloudellisen arvon menettäminen — ilmenipä tämä sitten arvoa omaavan etuuden menettämisenä tai sellaisen arvon alenemisena — merkitsee menetystä taloudellisessa mielessä, tavarain tai rahan tappiota. Näin ollen siis, milloin tapahtumasarjojen vertailulla tullaan tulokseen, että vahinkotapahtuma on merkinnyt tietyn etuuden menet-

⁶ Eri asia on, että henkilölle kenties kellon kadottamisen johdosta syntyy korvausvelvollisuus, joka — kuten jäljempänä tarkemmin tulee puheeksi — sellaiseen saattaa merkitä taloudellista vahinkoa.

tämistä, on seuraavaksi todettava, onko po. esineellä ollut taloudellista arvoa menettäjälle.

Kysymykseen etuuskien arvostuksesta palataan myöhemmin. Jo tässä yhteydessä on kuitenkin syytä kosketella tarkemmin erästä »etuutta». — Kuten edellä varallisuusvahingosta esitettyjä käsityksiä selviteltäessä todettiin, ovat kysymystä taloudelliselta pohjalta tarkastelevat tutkijat katsoeet, että varallisuusvahinko saattaa syntyä jo sillä, että olemassa oleva mahdollisuus taloudellisen edun saamisesta tulevaisuudessa tehdään tyhjäksi. Kysymys on yleensä kytketty siihen problemaan, mikä merkitys taloudelliselta kannalta on annettava toteamukselle, että henkilö tapahtuman johdosta jäi saamatta jonkin taloudellisen edun.⁷ Kuitenkin on kysymyksessä pohjimmiltaan kaksi eri ongelmaa: edun saamiseen liittyvän mahdollisuuden (siis jonkin jo olevan) menettämisen merkitys toisaalta ja jonkin edun saamatta jäämisen merkitys toisaalta.

Kun on kysymyksessä mahdollisuuden menettäminen, riippuu tapahtuman taloudellinen merkitys siitä, onko po. mahdollisuudella katsottava olleen taloudellista arvoa, jonka henkilö mahdollisuuden hävitessä (tai heiketessä) samalla menettää. Edellä on tehty selkoa niistä vaatimuksista, joita Saksan oikeustieteessä on mahdollisuudelle asetettu, jotta sillä voitaisiin katsoa olevan varallisuuskelpoista arvoa.⁸ Vaatimukset ovat liikkuneet edun saamiseen kohdistuvasta oikeudellisesta vaateesta pelkkään edun saamisen todennäköisyyteen. Asetettiinpa mahdollisuudelle mitä vaatimuksia hyvänsä — RL 36:1:n kannalta ei voitane vaatia muuta, kuin että mahdollisuus on siinä määrin todennäköinen, että sillä voidaan järkevän taloudellisen ajattelun mukaan katsoa voivan olla merkitystä henkilön taloudellista tilaa arvosteltaessa⁹ — on niiden toteamiseksi toimitettava arviointi suoritettava ex ante,¹⁰ on

⁷ Ks. ed. s. 123 alav. 28. Ks. myös esim. *Serlachius* II s. 256, *Forsman* Särskilda s. 384 ja *Skadestånd* s. 127 sekä *Honkasalo* E I s. 174 s. Ks. myös *Sipilä* s. 19.

⁸ Ks. ed. s. 122 ss. viittauksineen. — *Honkasalolle* riittää »todennäköisyys», sen sijaan pelkkä »toive» ei kelpaa, *Erinäiset* s. 67.

⁹ Ks. esim. *Sipilä* s. 19 alav. 39, joka vaatii, jotta mahdollisuuden menettäminen voisi olla vahinko, että se on siinä määrin todennäköinen, että se on »sovelias olemaan asiallisesti tunnustettavan taloudellisen laskelmoinnin pohjana». — Ks. myös BGH p. 20. 2. 1962 NJW-62 s. 973: »Tatfrage ist es, ob die Aussicht... nur die Stufe einer flüchtiger, wirtschaftlich noch nicht fassbaren Hoffnung erreicht oder ob sie schon solche Gewissheit erlangt, dass sie nach der Verkehrsauffassung messbaren Vermögenswert hat.»

¹⁰ On todettava, ettei mitään periaatteellista eroa ole tällaisen mahdollisuuden ja »varsinaisen» etuuden välillä. Kuten edellä jo on viitattu, ilmenee jälkimmäi-

ts. arvioitava, oliko mahdollisuus silloin, kun se tehtiin tyhjäksi sellainen, että sillä sellaisenaan voidaan katsoa olleen taloudellista arvoa. Ja jos vastaus on myönteinen, on kysymyksessä vain eräs niistä tilanteista, jotka kuuluvat edellä esitetyn taloudellista menetystä koskevan toteamuksen piiriin: henkilö on menettänyt olevan taloudellisen arvon. Luonnollista on, että vaikka mahdollisuuden todennäköisyyttä koskeva arvostelu onkin toimitettava *ex ante*, arvioija ei saata olla kiinnittämättä huomiota tilanteen myöhempään kehitykseen ja ennen kaikkea siihen, tuntuuko tilanteen myöhempi kehitys huomioon ottaen todennäköiseltä, että mahdollisuus olisi toteutunut. Tilanteen myöhempi kehitys ei kuitenkaan ole se, joka ratkaisee kysymyksen mahdollisuuden menettämisen merkityksestä,¹¹ vaan on se korkeintaan helpottavana tekijänä arvioitaessa sitä, minkälainen ko. mahdollisuus menettämishetkellä oli.

Kun tapahtumasarjojen vertailu aikaisemmin esitetyn mukaisesti on toimitettava on — olisi, saatetaan kenties todeta, että henkilö olisi, ellei tapahtumaa olisi sattunut, saanut taloudellisen arvon. Ei voine olla epäilystäkään siitä, että taloudellinen katsantokanta näkee myös tällaisessa arvon saamatta jäämisessä taloudellisen menetyksen. Mutta tällöin ei enää ole kysymys siitä, että tappio nähtäisiin edun saamiseen kohdistuvan mahdollisuuden menettämisessä, eikä huomiota olekaan kiinnitettävä siihen, kuinka todennäköisenä edun tulevaisuuden tapahtuvaa saamista *ex ante* arvosteltuna kenties voitiin pitää. Riittää, kun todetaan, että tilanne, joka olisi kehittynyt ilman vahinkotapahtumaa olisi vaikutuksiltaan ollut edullisempi kuin se, joka sai alkunsa vahinkotapahtumasta. On totta, että tällaisenkin tappion toteamisessa joudutaan suorittamaan todennäköisyysarviointi, mutta se ei, kuten sanottu, tapahtu sen selvittämiseksi, kuinka todennäköisenä sitä tapahtumaa, joka olisi edullisesti vaikuttanut, olisi *ex ante* arvostellen voitu pitää. Nyt

senkin arvo yleensä siinä, että siihen liittyy jokin mahdollisuus tavalla tai toisella käyttää sitä tulevaisuudessa hyväksi. Jos ajatellaan esim. jotakin esinettä, niin havaitaan, että arvo ei kuulu sen perusominaisuuksiin. Vasta kun sitä ajatellaan jossakin tiettyssä (tulevaisuuden) yhteydessä, se saa arvoväriytyksen. — On lisäksi huomattava, ettei kukaan ole kiistänyt *oikeudella* saada jokin taloudellinen etu voivan olla taloudellista arvoa muutoinkin kuin sen kautta, että tämä oikeus kenties on myytävissä. Ja sen arvo nähdään tällöin juuri siinä, että siihen liittyy (mahdollisesti oikeuskeinoin tehostettu) mahdollisuus toteuttaa sen sisältö, ts. saada se etu, jonka saamiseen oikeus kohdistuu.

¹¹ Niinpä esim. arpalipulla on tietty taloudellinen arvo juuri siihen liittyvän voitonmahdollisuuden vuoksi. Jos henkilö ennen arvontaa menettää arpansa, on hän kärsinyt tappion, vaikka arviointihetkellä jo tiedettäisiin, ettei arvalle langennut voittoa; ks. *Andenaes Formuesforbrytelse* s. 50 ja *Eckstein* s. 75.

puheena olevassa tilanteessa todennäköisyysarviointi liittyy vain siihen todistusoikeudelliseen kysymykseen, voidaanko pitää selvitettyinä, että tilanne todella ilman vahinkotapahtumaa olisi kehittynyt edullisemmaksi kuin mitä se tosiasiallisesti on kehittynyt. Tässä ex post tapahtuvassa arvioinnissa on voitava todistusoikeudessa hyväksyttyjen periaatteiden edellyttämällä varmuudella todeta tapahtuman edellä tarkoitetulla tavalla vaikuttaneen tilanteen kehitykseen. — Varsin usein lankeavat luonnollisesti arvoa omaavan mahdollisuuden menettäminen ja viimeksi puheena ollut tilanne yhteen. Niiden periaatteellinen ero lienee kuitenkin selvinnyt edellä esitetystä. Edellisessä on kysymys siitä, onko kyseessä ollut siinä määrin todennäköinen mahdollisuus, että sillä sellaisenaan voidaan katsoa jo menettämishetkellä olleen arvoa; jos näin on, on henkilön kärsimä arvon menetyksenä ilmenevä tappio periaatteessa riippumaton siitä, voidaanko ex post todeta, että mahdollisuus todella olisi toteutunut ilman vahinkotapahtumaa, vai onko päinvastoin todettavissa, ettei mahdollisuus ilmeisesti olisi toteutunut, vaikkei vahinkotapahtumaa olisi sattunutkaan. Jälkimmäisessä taas tappio on täysin riippumaton siitä todennäköisyyden asteesta, jolla positiivisesti vaikuttava tapahtuma oli ex ante odotettavissa, mutta edellyttää sen sijaan ex post toteamusta, että tällainen tapahtuma olisi ilman vahinkotapahtumaa sattunut.¹²

Ennen kuin menen tappio-ongelman selvittelyssä pitemmälle, on syytä kosketella erästä kysymystä, joka läheisesti liittyy viimeksi esitettyyn. — Erehdyttäminen esiintyy usein kaksipuolisten oikeustointen yhteydessä: henkilö saadaan tekemään jotakin, joka sellaisenaan olisi tappio (esim. antamaan rahaa tai jokin taloudellista arvoa omaava esine) lupaamalla hänelle vastikkeeksi jokin toinen etuus, jonka arvo tosiasiaa ei vastaakaan sitä, mitä luvattiin, ja jota silmällä pitäen erehdytetty oman luovutuksensa teki. Merkitseekö se, että henkilön saama vastike ei arvoltaan vastaa sitä, mitä hänelle luvattiin, RL 36:1:n tarkoittamaa

¹² On tosin huomattava, että useat tämänkaltaiset tilanteet jäävät petoksen soveltuvuusalueen ulkopuolelle sen vuoksi, ettei edun saamatta jäämistä (jonka saaminen kenties edeltäkäs in arvosteltuna olisi vaikuttanut täysin epätodennäköiseltä) voida lukea sen aiheuttajan syyksi tahallisenä (IV. A.). Välttämätöntä tämä ei kuitenkaan ole. Näiden kahden tilanteen välisellä erolla on kuitenkin sikäläkin merkitystä, että pelkän mahdollisuuden arvo ei ainakaan aina ole sama kuin sen edun arvo, jonka saamiseen mahdollisuus kohdistuu; sen sijaan, kun tappio nähdään edun saamatta jäämisessä, on se samansuuruinen, kuin olisi saman edun menettämisessä ilmenevä tappio.

tappiota?¹³ Ensi näkemältä tuntuu, kuin tässä olisi vain eräs arvonsaamatta jäämisen tapaus, jonka juuri edellä katsottiin merkitsevän taloudellista menetystä. Sekä oikeuskäytännössä että kirjallisuudessa on merkkejä siitä, että luvattun ja todella saadun arvons väliselle erolle olisi annettu merkitystä arvosteltaessa, onko yksityistapauksessa aiheutunut tappiota.¹⁴ Tämä käsitys on kuitenkin torjuttava. Seikka on nimittäin se, että katsottiinpa sitten, että tällainen tapahtuma merkitsisi taloudellista menetystä tai ei, ei se kuitenkaan saata käydä petosrikoksen seuraustunnusmerkistä. Täydellinen yksimielisyys vallitsee nimittäin siitä, että ymmärrettiinpä tappiolla (tai varallisuusvahingolla) mitä hyvän-sä, tämän ilmiön täytyy johtua erehdyksestä. Ja juuri tämä vaatimus erehdyksen ja tappion välisestä yhteydestä sulkee pois sen mahdollisuuden, että petos tulisi täytetyksi jo sen perusteella, että erehdytetyn saama vastike ei arvoltaan vastaa sitä, mitä hänelle oli luvattu ja minkä toivossa hän oman suorituksensa teki. Se, että todellisuudessa saatu vastike on arvoltaan pienempi kuin luvattu, ei nimittäin johdu erehdyttämisestä, eikä erehdys myöskään aiheuta jälkimmäisen saamatta jäämistä. Erehdys aiheuttaa ainoastaan erehdytetyn oman disponoinnin, ja jos joissakin tapauksissa kenties voitaisiinkin sanoa erehdyksen olleen aiheena myös erehdyttäjän disponointiin sikäli, ettei hän, mikäli hänen erehdyttämistoimintansa ei olisi onnistunut, olisi antanut sitäkään vastiketta, minkä hän nyt antoi, niin on kuitenkin huomattava, että näissäkään tapauksissa ei erehdys ole aiheuttanut sitä, että luvattua vastiketta ei annettu tai että tosiasiallinen vastike alitti sen arvoltaan. Ajatellaan

¹³ Kysymyksellä on mielenkiintoa vain niissä tapauksissa, joissa tosiasiasa saatu vastike arvoltaan vastaa erehdytetyn tekemää suoritusta, sillä muussa tapauksessa kysymyksessä olisi jo suorastaan arvons menetyksenä ilmenevä tappio.

¹⁴ Ks. esim. *Alanen*, Petosrikoksesta s. 898, *Estlander* s. 125 sekä *Salmiala Lisiä* s. 24 ja *DL-50* s. 51 («Voidaan siis sanoa, että niissäkin tapauksissa, joissa... ostaja ei ole velvollinen luovuttamaan tavaraa takaisin oikealle omistajalle ilman lunastusta, hän ei ole saanut olettamaansa (kurs. tässä), suorittamansa vastikkeen arvoista tavaraa, vaan huonompaa». Kannanotto liittyy oikeustapaukseen (KKO 1950 I 2), jossa henkilö oli antanut pantiksi saamansa kellon vilpittömässä mielessä olevalle kolmannelle edelleen pantiksi kellon päätöksessä todettua arvoa huomattavasti pienemmästä lainasta.) Ks. myös esim. KKO 1930 II 516, 1935 II 38, 1939 II 529, 1942 II 66, 1949 II 398, 1952 II 92, p. 5. 11. 1959 no. 2397 ja p. 13. 4. 1960 no. 1127; vrt. kuitenkin 1947 II 226, jossa saatetaan ajatella syytteen hylkäävän ratkaisun perustuneen juuri siihen, ettei tappio ole vielä siinä, että vastike on luvattua vähempiarvoinen (koska tämäkin päätös on täysin perustelematon, on luonnollisesti aivan yhtä hyvin mahdollista, että KKO:n kielteinen lopputulos on johtunut jostakin muusta syystä). — Näin myös *Froeschmann* s. 34 ja *Krabbe* s. 681.

esimerkkiä, jossa A:lle on tarjottu villakankaana ostettavaksi ala-arvoisesta lumpusta valmistettua tekstiiliä. A erehtyy kankaan laadusta, ostaa sen ja maksaa siitä vaaditun hinnan, joka ei ylitä kankaan — sellaisena kuin se todellisuudessa oli — arvoa A:n kannalta arvosteltuna. Mikäli nyt RL 36:1:n edellyttämä tappio nähtäisiin siinä, että henkilö saa arvottomamman vastikkeen, kuin hänelle luvattiin, olisi tässä ilmeisestikin olemassa täytetty petos (edellyttäen, että A:n odottama villakangas olisi ollut hänen saamaansa kangasta arvokkaampaa). Mutta jos otetaan lähemmin tarkasteltavaksi, mihin A:n erehdys antoi aiheen, havaitaan, että se aikaansai hänen oman disponointinsa — maksun suorittamisen. Voidaan edelleen ajatella, että se myös — juuri maksun suorittamisen välityksellä — aiheutti erehdyttäjän vastasuorituksen. Mutta A:n erehdys ei missään tapauksessa aiheuttanut sitä, että erehdyttäjä antoi A:lle luppukankaan villakankaan asemasta. Petoksen edellyttämä tappio ei siis voi olla vielä siinä, että erehdytetyn saama vastike — mikäli hän yleensä saa mitään — ei vastaa sitä, mitä hänelle on luvattu ja mitä hän on odottanut.¹⁵ Tästä johtuu myös, ettei toisaalta vielä se seikka, että erehdytetyn todellisuudessa saama virheelinen vastike vastaa taloudelliselta arvoltaan sitä, minkä toivossa hän oman disponointinsa suoritti, sinänsä merkitse, ettei tappiota ole syntynyt.¹⁶ Tämä on tärkeätä muistaa varsinkin sellaisissa tilanteissa, joissa joku on erehdytetty tekemään taloudellinen uhraus väärin perustein, mutta tietoisena siitä, että disponointi heikentää hänen taloudellista asemaansa.¹⁷

¹⁵ Meikäläisessä kirjallisuudessa korostaa tätä seikkaa *af Hüllström Bedrägeri* s. 330 s. — Samaan lopputulokseen ovat (eri perustein) päätyneet myös esim. *Engelhard* s. 14 s. ja *Betrug* s. 134, *Hegler* s. 426 alav. 2 ja s. 429 alav. 1, *Hirschberg* s. 294, *Kohlrausch—Lange* s. 581 (»Nicht ist massgebend der Zustand der bestanden hätte, wenn die vorgespiegelten Tatsachen wahr gewesen wären«), *Mezger* BT s. 183, *Neidhart* s. 41, *Strahl* s. 68 s. ja *Zeiler* s. 251. Ks. myös BGH p. 18. 7. 1961 NJW-61 s. 1876 ss. (»Schlechthin und unter allen Umständen, allein deswegen, weil der gekauften Sache eine vom Verkäufer betrügerisch zugesicherte Eigenschaft fehlt, kann der Käufer nicht als geschädigt angesehen werden, sofern die Sache ohne die zugesicherte Eigenschaft einen Wert hat, der dem Kaufpreis entspricht«) sekä *Ekeberg—Strahl—Beckman* s. 191, *Forsman*, *Särskilda* s. 386 ja *Merkel*, *Abhandlungen* s. 107.

¹⁶ Eri asia kokonaan on, voidaanka odotetun vastikkeen arvoon kiinnittää huomiota pyrittäessä selvittämään erehdytetyn *luovuttaman* etuuden taloudellista arvoa; tämän johdosta ks. jälj. s. 182 ss.

¹⁷ Ks. ed. s. 98 s.

Kun edellä todettiin, ettei tappiota merkitse se, ettei erehdytetty saa sitä vastiketta, jonka toivossa hän oman disponointinsa teki, oli huomio kohdistettuna tilanteisiin, joissa henkilö erehdytettiin johonkin suoritukseen, antamaan toiselle jokin taloudellista arvoa omaava etuus. Erehdyttäminen saattaa kuitenkin tapahtua myös suorituksen vastaanottamisen yhteydessä: henkilö erehdytetään ottamaan vastaan suoritus, joka ei vastaakaan sitä, josta oli sovittu. — Kirjallisuudessa on tapana erottaa toisistaan ns. *Eingehungsbetrug*, jolla tarkoitetaan paitsi tilannetta, jossa henkilö erehdytetään johonkin suoritukseen, myös tapausta, jossa hänet erehdytetään sitoutumaan johonkin¹⁸ sekä ns. *Erfüllungsbetrug*, jossa juuri on kysymys siitä, että henkilö erehdytetään ottamaan vastaan suoritus, joka ei arvoltaan vastaa sovittua. Jakoon on syytä tässä yhteydessä kiinnittää huomiota sen vuoksi, että varsin yleisesti katsotaan viimeksi mainitun kaltaisissa tilanteissa tappion riippuvan — ei erehdytetyn suorituksen ja hänen saamansa vastikkeen välisestä vertailusta vaan — siitä, vastaako todellisuudessa saatu vastike arvoltaan sitä, josta oli sovittu. Tämä johtuisi siitä, että koska erehdytetyllä oli sopimukseen perustuva oikeus tiettyyn suoritukseen, hän kärsii tappion (vahingon), mikäli hän erehdyttäjän suhtautumisen vuoksi »till någon del går förlustig den prestation vartill han är berättigad».¹⁹ — Mitään periaatteellista eroa ei kuitenkaan *Eingehungs-* ja *Erfüllungsbetrugin* välillä ole. Jälkimmäisessä yhtä vähän kuin edellisessäkin tappio ei saata olla välittömästi siinä, ettei erehdytetty saa jotakin tiettyä suoritusta, sillä tämä saamatta jääminen ei koskaan johdu hänen erehdyksestään. *Erfüllungsbetrugissa* aiheuttaa erehdys sen, että erehdytetty disponoi ottamalla vastaan sopimuksenvastaisen suorituksen. Ja koska näissäkin tapauksissa tappion on aiheuduttava erehdyksestä, riippuu petoksen seuraustunnusmerkin toteutuminen siitä, mikä merkitys tällä vastaanottamisella on. *Erfüllungsbetrug* on ts. vain eräs niistä tilanteista, joissa henkilö erehdytetään luopumaan oikeudestaan tai ainakin toimimaan tavalla, joka vähentää sen toteutumismah-

¹⁸ Ks. esim. *Hirschberg* s. 309, *Kohlrausch—Lange* s. 582, *Niethammer* s. 270 ja *Strahl* s. 69 s. — Eräät tutkijat taas rajoittavat nimityksen »*Eingehungsbetrug*» tilanteisiin, joissa henkilö erehdytetään solmimaan hänelle epäedullinen velvoite-oikeudellinen oikeustoimi, ks. esim. *Beseler* s. 5 s. (vrt. kuit. esimerkki 3 s:lla 4) ja *Nagler* s. 362. — Ks. myös *Dalcke—Fuhrmann—Schäfer* s. 329 s.

¹⁹ *Strahl* s. 69 s. Ks. myös *Beseler* s. 12, *Frank II* s. 133, *Hirschberg* s. 310, *Kohlrausch—Lange* s. 585 (»Strafbar, falls der Getäuschte bewogen wird, an Stelle der geschuldeten eine geringerwertige Leistung als Erfüllung anzunehmen») ja *Metzger BT* s. 182.

dollisuuksia ja samalla sen arvoa, mikä merkitsee sitä, että kysymys tappiosta näissäkin tapauksissa ratkeaa sen mukaan, onko henkilön katsottava menettäessään oikeutensa tai sen arvon pienentymisen kautta kärsineen taloudellisen arvon menetyksen; oliko ts. oikeuden arvo tai se mitä siitä menetettiin erehdytetyn kannalta arvosteltuna suurempi kuin mitä todellisuudessa saatu vastike hänelle edustaa.^{20 21 22}

b. Sitoumukset

Mielenkiintoinen ja käytännöllisesti merkityksenkäs on velvoittautumisen taloudellisen merkityksen ongelma, ts. kysymys siitä, merkitseekö jo sitoutuminen johonkin sellaisenaan tappiota. — Voidaan liioittele-matta sanoa, että vallitseva käsitys vastaa kysymykseen myöntävästi ja katsoo jo pelkän velvoittautumisen sinänsä merkitsevän (edellyttäen, ettei velvoittautumista vastaa jokin sen merkityksen kompensoiva ilmiö) petoksen seuraustunnusmerkin toteutumista. Eräillä tutkijoilla tulos johtuu jo suorastaan heidän omaksumastaan varallisuuskäsitteestä,²³

²⁰ Ks. myös esim. *Nagler* s. 363 (»Die Schädigung beim Erfüllungsgeschäft (sog. Erfüllungsschade) ergibt sich gleichfalls aus der Vergleichung des Vermögensstands den Verletzten auf Grund seines Vertragsrechts unmittelbar vor und nach dem entscheidenden Ereignis... Unterschied zwischen dem Wert des vom Verletzten vorher erworbenen Vertragsrechts gegenüber den Werte derjenigen Leistung, die er als Erfüllung erhält und annimmt, ohne Rücksicht auf der Wertverhältnis zwischen der vereinbarten Leistung und der Gegenleistung«), *Niethammer* s. 270 (jonka mukaan on verrattava keskenään »das vertragliche Recht, das dem Verletzten vor der Täuschung zustand« siihen »was er durch die Erfüllung erlangt hat«) ja *Schönke—Schröder* s. 1098 (vahinko syntyy, jos suoritus »im Vergleich zu dem erworbenen Vertragsrecht minderwertig ist«).

²¹ Oikeuskäytännöstämme voidaan mainita esim. seuraavat »Erfüllungsbetrug«-tilanteet: KKO 1957 II 41 (katteeton shekki annettu maksuksi), 1949 II 189 (mainoksesta leikattua rahankuvaa tarjottu maksuna tavaroista: petoksen yritys), 1947 II 308 (velka maksettu katteettomalla shekillä), 1941 II 34 (maksu olemattoman yhtiön nimessä asetetulla vekselillä), 1920 II 113 sekä 1924 II 516 (myyjä oli erehdytetty kuittaamaan kauppakirjaan osan kauppahinnasta saaduksi). — Ks. myös *Salmiala*, *Lisiä* s. 24.

²² Niinpä esim. katteettoman shekin antaminen jo olevan velan maksuksi on petos vain edellyttäen, että sen vastaanottaminen heikentää velkojan asemaa; muussa tapauksessa voidaan shekin antajaan soveltaa RL 38:7:ää, jossa ei edellytetä taloudellisen vahingon syntymistä. — Ruotsin oikeuden osalta ks. *Bergendahl* *Checkbedrägeri* s. 265 ss. — Ks. myös *A. Mayer* s. 26.

²³ Näin on jos varallisuus määritellään oikeuksien ja velvoitteiden muodostamaksi kokonaisuudeksi (esim. *Binding* s. 238 ja 240; vrt. *kuit.* s. 341, jossa todetaan,

mutta myöskään ne tiedemiehet, jotka eivät lähtökohtaisesti sisällyttä velvoitteita varallisuuskäsitteeseen tai jotka eivät lainkaan operoi sanotulla käsitteellä, eivät yleensä ole epäörineet antaa sitoutumiselle tällaista merkitystä.²⁴

Velvoittautumisen yhteydessä voitaisiin ajatella kolmea eri mahdollisuutta: 1. tappio syntyy jo velvoittautumistoimella sellaisenaan riippumatta tilanteen myöhemmästä kehityksestä; 2. tappio syntyy velvoittautumisella, mutta vain edellyttäen, että sitoumus sittemmin täytetään; sekä 3. tappio syntyy vasta sitoumuksen täyttämisellä. — Mikäli katsottaisiin, että tappio syntyy vasta silloin, kun erehdyttämällä aikaansaatu sitoumus täytetään, ei kysymyksessä kuitenkaan enää olisi velvoittautumiseen erehdyttämällä suoritettu petos, sillä joskin velvoittautuminen ja sitoumuksen täyttäminen ovatkin syy-yhteydessä toisiinsa, ei tappio (sitoumuksen täyttäminen) olisi enää erehdyttämällä aikaansaadun disponoinnin (velvoittautumisen) välitön²⁵ seuraus. (Eri

että »'Vermögen' bezeichnet die Summe aller Vermögensrechte derselben Person», ja jossa ei enää siis velvoitteita luetakaan varallisuuteen. Tämän (ja Bindingin konstruktion yleensäkin) johdosta ks. *Bockelmann* Unvollkommene Verbindlichkeiten s. 366 alav. 4) tahi jos taloudellisesti ymmärrettyyn varallisuuskäsitteeseen lähtökohtaisesti sisällytetään velvoitteet (esim. *Dalcke—Fuhrmann—Schäfer* s. 329 ja v. *Hippel* s. 258).

²⁴ Saksan oikeuden osalta voidaan mainita esim. *Allfeld* s. 544, *Bockelmann* Unvollkommene Verbindlichkeiten s. 365, *Beseler* s. 42 ss., *Doerr* s. 28, *Frank* II s. 131, *Haager* s. 594 s., *Liszt—Schmidt* s. 668, *Maurach* s. 253, *Merkel* Handbuch s. 774 s., *Mezger* BT s. 180, *Nagler* s. 349 s., *Reuter* s. 30, *Schönke—Schröder* (10. Auflage) s. 1028 ja *Welzel* s. 274. Vrt. kuitenkin *Kohlrausch—Lange* s. 582 (joka tosin sillä 585 katsoo sitoumuksen voivan joissakin olosuhteissa siitä aiheutuvan vaaran vuoksi merkitä varallisuusvahinkoa) ja *Schönke—Schröder* s. 1097 s., jossa katsotaan, ettei sitoumus merkitse vahinkoa. Ruotsin oikeuden osalta ks. esim. *Sterzel* s. 54 s. (Ruotsin SL 22:1 alkuperäisessä muodossaan) ja *Strahl* s. 16 ja s. 52. — Suomen oikeuden kannalta ks. *Estlander* s. 135, *Hakulinen*, DL-47 s. 18 (tosin vain poikkeustapauksissa) ja *Salmiala* Lisiä s. 21. — *Honkasalo* sen paremmin kuin *Serlachiuskaan* eivät oppikirjojihinsa sisältyvässä petosta koskevassa esityksessä puuttu suoranaisesti tähän kysymykseen, mutta vertaamalla heidän toisaalta kiristämistä ja toisaalta petosta koskevissa tutkimuksissa saavuttamiaan tuloksia keskenään voidaan pitää ilmeisenä, että he katsovat velvoittautumisen merkitsevän jo sellaisenaan tappiota, ks. *Honkasalo* Kiristäminen s. 480 sekä *Serlachius* II s. 243 ja 255. *Forsman* sen sijaan tuntuu suhtautuvan kielteisesti sitoutumisen tappiomerkitykseen. Hän nimittäin toteaa petosta koskevassa esityksessään: »Vår lag fodrar uttryckligen för bedrägeri en förlust...», kun hän taas kiristämisen kohdalla, todettuaan kiristämiseen riittävän, »att den förfördelades ekonomiska ställning blir försämrad, utan att någon direkt förlust ännu behöfver hafva drabbat honom», esittää tällaisesta tilanteesta esimerkkinä mm. takauksen menon, ks. *Särskilda* s. 385 ja s. 361.

²⁵ Ks. ed. s. 100 s.

asia kokonaan on, että sitoumuksen täyttäminenkin saattaa aiheutua erehdyksestä, jolloin — edellyttäen, että sen täyttäminen on katsottava tappioksi — kysymyksessä luonnollisesti saattaa olla petos; tällöin ei kuitenkaan ole enää kysymys velvoittautumisen merkityksestä.²⁶)

Olisiko sitoumuksen merkitys sitten arvosteltava keskimmäisen vaihtoehdon mukaan? Tämä merkitsisi sitä, että kysymys velvoittautumistoimen tappiollisuudesta olisi eräänlaisessa pendenssitilassa siihen saakka kunnes nähtäisiin, tullaanko sitoumus täyttämään.²⁷ Meidän oikeuskäytännöstämme on löydettävissä useita ratkaisuja, jotka viittaavat siihen, että KKO olisi omaksunut tämän käsityksen.²⁸ Ensi näkemältä ei kannanotto tunnu lainkaan mahdottomalta. Onhan edellä jo useissa yhteyksissä huomautettu siitä, että jonkin ilmiön taloudellista merkitystä arvosteltaessa joudutaan suuressa määrin kiinnittämään huomiota tilanteen tulevaan kehitykseen. Mielipiteen hyväksyttävyyys on kuitenkin kiistettävä. Ajatellaanpa, että henkilö on erehdytetty sitoutumaan 100 markan suoritukseen. Sitoumuksen syntyminen on se tosiasiallinen tapahtuma (muutos), jonka voidaan havaita erehdyttämisestä aiheutu-

²⁶ Vrt. esim. *Beseler* s. 5 s. (»Ein Eingehungsbetrug liegt also vor, wenn jemand durch Täuschung zum Anschluss eines für ihn ungünstigen obligatorischen Rechtsgeschäftes veranlasst wird und entweder... oder die spätere vertragsmässige Erfüllung desselben für ihn einen Vermögensschaden bedeutet.«) sekä *Kohlrausch—Lange* s. 582 ja *Schönke—Schröder* s. 1098.

²⁷ Ks. *Goos* s. 481.

²⁸ OO 1917 II 361 (A oli saanut erehdyttämällä aikaan vuokrasopimuksen, jolla B oli sitoutunut määrättyihin velvoituksiin; tällä ei oltu kuitenkaan tuolle toiselle »skada förorsakats«), KKO 1930 II 590 (A oli erehdyttänyt B:n asettajaksi vekseliin. Koska A oli määräaikana lunastanut vekselin, ei hän ollut aiheuttanut menettelyllään B:lle vahinkoa), 1933 II 118 (katetta vailla oleva talletustodistus oli siirretty vilpittömässä mielessä olevalle; talletusmakasiinin omistajalle ei katsottu syntyneen vahinkoa vielä sen perusteella, että hänelle näin oli syntynyt vastuuvollisuus, vaan koska hänen oli ollut pakko suorittaa korvaus), 1935 II 291 (A oli myytyään osan kiinteistöstään hakenut koko tilaan kiinnityksen; kun syytejuttu oli pantu vireille, oli A kuolettanut ko. kiinnityksen, sikäli kuin se rasitti myytyä osuutta, minkä vuoksi HO ja KKO katsoivat, ettei A ollut aiheuttanut menettelyllään ostajalle vahinkoa), 1935 II 313 (B oli erehdytetty takaukseen »seurauskin«, että hän oli joutunut maksamaan po. velan), p. 16. 5. 1934 DL-34 oik.tap. os. s. 65 s. (A oli B:n menettelyn johdosta joutunut vekselivastuuseen, mutta kun KKO oli kumonnut alioikeuden ja HO:n A:ta vastaan antaman suoritustuomion, ei A:n katsottu kärsineen tappiota), 1937 II 539, 1956 II 89 ja p. 7. 4. 1961 no. 1274 (A oli erehdyttänyt B:n takaukseen ja täten aiheuttanut tälle, kun tämä oli joutunut velan maksamaan, rahan tappion). — Ks. myös *Hakulinen* DL-47 s. 17 s. (»Rangaistavaksi petokseksi muodostuu tällainen erehdyttäminen (siis sopimukseen erehdyttäminen) yleensä vasta silloin, kun erehdytetty tavalla tai toisella määrää omaisuudestaan«).

neen ja jonka taloudellinen merkitys olisi selvitettävä. On jokseenkin mahdotonta ajatella, että sen suoranainen, välitön merkitys olisi riippuvainen siitä, suorittaako po. henkilö sitoumuksensa edellyttämän rahamäärän vai ei. Se saattaa kyllä olla syytä siihen, että sitoutuja sittemmin toimii tavalla (maksaa 100 markkaa ja näin menettää tämän rahasumman edustaman taloudellisen arvon), joka sellaisenaan, asiayhteydestä irroitettuna, merkitsisi tappion syntymistä. Mutta pelkästään se, että jälkeinpäin voidaan todeta jonkin ilmiön antaneen aiheen (olleen syynä) tappion syntymiseen, ei saata merkitä sitä, että voitaisiin sanoa jo tämän ilmiön merkinneen tappiota. Kysymys sitoumuksen taloudellisesta merkityksestä onkin ratkaistava riippumatta niistä taloudellista laatua olevista ilmiöistä, joihin se kenties sittemmin on ollut syynä.^{29 30}

Lienee epäilyksetöntä, että taloudellinen katsantokanta näkee ainakin määrättyissä tapauksissa menetyksen jo pelkän sitoumuksen syntymisessä. Tämän osoittamiseksi ei tarvitse muuta kuin ajatella rinnakkain kahta tilannetta, joista toisessa henkilö vastikkeetta menettää rahasumman (esim. 100 mk) ja toisessa taas luovuttaa saman suuruisen rahamäärän maksettavaksi erääntyneen velkansa maksuksi. Molemmissa tilanteissa henkilö on menettänyt 100 markan edustaman talou-

²⁹ Ks. esim. KKO 1948 II 453 (tässä tapauksessa henkilö oli erehdytetty takaukseen. HO hylkäsi syytteen mm. sillä perusteella, ettei velkaa vielä ollut yritettykään hakea, mutta KKO tuomitsi petoksesta) sekä 1921 II 1403 ja 1923 I 20.

³⁰ Nyt saatettaneen kysyä, miten sitten edun saamatta jäämistä voidaan pitää tappiona. Eikö siinäkin ole kysymys tosiasiallisesta tapahtumasta, jonka vaikutus ilmenee vasta jälkeinpäin? Näin ei kuitenkaan ole, vaan tällaisessa tilanteessa tosiasiallinen tapahtuma on juuri se, että henkilö tietyn seikan vuoksi jää saamatta edun, jonka hän ilman tätä seikkaa olisi saanut. Disponointi ts. näissä tapauksissa *merkitsee* juuri edun saamisen ehkäistymistä; edun saamatta jääminen on jo itse tosiasia-arvostelun olennainen osa. Olisi loogisesti mahdotonta sanoa, että edun saamatta jääminen merkitsee tappiota vain, jos etu ilman tapahtumaa olisi saatu, ja ettei se sitä merkitsisi silloin, kun voidaan todeta, ettei etua muutoinkaan olisi saatu, sillä jälkimmäisessä tapauksessa ei enää lainkaan ole kysymys jonkin tapahtuman aiheuttamasta edun saamatta jäämisestä. Sitoumustilanteessa taas tapahtuman (erehdyttämisen aiheuttaman disponoinnin) välittömästi aiheuttama tosiasiallinen muutos on juuri velvoitteen syntyminen. Ja kysymys on juuri näiden (edun saamatta jäämisen ja velvoitteen syntyminen) tosiasiallisten tapahtumien taloudellisesta merkityksestä. Ensiksi mainitun suhteen tultiin edellä tulokseen, että se merkitsee tappiota. Ja myös jälkimmäisen kohdalla on ratkaistava, merkitseekö sitoumus sellaisenaan taloudellista menetystä vaiko ei, mihin kysymykseen ei sitoumuksen mahdollisella täyttämällä, joka ei välittömästi aiheudu erehdyttämisestä, saata olla vaikutusta.

dellisen arvon. Mutta tästä yhtäläisyydestä huolimatta on kiistatonta, että taloudellinen katsantokanta ei jälkimmäisessä tilanteessa näe (ainakaan yhtä suurta) menetystä.³¹ Tämä taas saattaa johtua vain siitä, että jo sitoutuminen rahamäärän suorittamiseen on merkinnyt tappiota.³² — Esitetty toteamus ei kuitenkaan vielä anna vastausta kysymykseen, onko sitoumuksella aina ja kaikissa olosuhteissa tällainen merkitys, vai olisiko sille asetettava joitakin erityisiä edellytyksiä. Tämän selvittäminen edellyttää sitä, että päästään perille siitä, mikä on se seikka, joka antaa sitoumukselle (niissä tapauksissa, joissa asia on ilmeinen ja riidaton) tappiomerkituksen. Tähän kysymykseen ei kirjallisuudessa juuri ole syvennytty, mikä on jossakin määrin ihmeellistä, kun ottaa huomioon, etteivät tutkijat yleensä ole katsoneet kaikilla sitoumuksilla tätä merkitystä olevan.

Sitoumuksen merkitys on joskus tahdottu nähdä siinä, että sen syntyminen alentaisi henkilölle kuuluvien varallisuusetujen arvoa sen kautta, että hänen »positiivinen» varallisuutensa on periaatteessa kokonaisuudessaan vastuussa sitoumuksen täyttämisestä.³³ Eräät tutkijat taas katsovat henkilölle koituvan taloudellisten arvojen menetyksen sen vuoksi, että sitoumuksen syntyminen merkitsee taloudellisen menetyksen vaaraa (eli siis sitä vaaraa, että sitoumus täytetään).^{34 35} Näiden

³¹ Ks. myös esim. *Bockelmann* Unvollkommene Verbindlichkeiten s. 368 (»Die Vorstellung, dass sich schädigt, wer zahlt, was er schuldig ist, erscheint von vornherein verkehrt») ja *Welzel* Schadensbegriff s. 652 (»Bei Erfüllung eines fälligen Anspruchs (tritt) kein Vermögenschade (ein)»). — On tosin esitetty ajatus, että po. tilanteessa myös velan maksajalle syntyisi tappiota, koska »der Besitz einer Sache (ist) regelmässig als höherwertig gegenüber der Befreiung von einer Verbindlichkeit anzusehen» (*Schönke—Schröder* (10. Auflage) s. 1026). Tälläkin tavalla asiaa tarkastellen on kuitenkin selvää, että velvoitteesta vapautumisella katsotaan olevan ko. tappiota pienentävä merkitys.

³² Voidaan ajatella myös seuraavasti: henkilö, joka saa lahjaksi 100 mk, saa taloudellisen näkemyksen mukaan varmasti suuremman hyödyn kuin toinen, joka saa velaksi saman rahasumman. Tämäkin on selitettävissä vain sillä, että velvoitteen syntyminen on tekijä, jolla on negatiivista taloudellista merkitystä.

³³ Ks. esim. *Frank* II s. 131, *Hirschberg* s. 288 s. sekä *Nagler* s. 349s. ja s. 360.

³⁴ Näin ilmeisesti esim. *Honkasalo*. Hän nimittäin katsoo, että sitoutuminen johonkin suoritukseen on »ainakin vaarantanut» henkilön varallisuusasemaa, ja vaarantaminen taas hänen mukaansa merkitsee varallisuusvahinkoa silloin, kun se »vaikuttaa kokonaisvarallisuuden arvoa vähentävästi», ks. Kiristäminen s. 480 ja *Erinäiset* s. 68. — Ks. myös *Hurwitz* s. 455.

³⁵ Niiden tutkijoiden, jotka varallisuuskäsitteestä lähtien selvittelevät petosrikoksen seuraustunnusmerkkiä ja määrittelevät varallisuuden arvokokonaisuudeksi sekä vahingon tämän kokonaisuuden pienenemiseksi, onkin oikeastaan pakko —

käsitysten yleispätevyys on kuitenkin asetettava kyseenalaiseksi. Jälkimmäisen osalta on todettava ensinnäkin, ettei tulevaisuudessa odotettavissa oleva menetys vielä sellaisenaan aina vaikuta henkilöllä nykyhetkellä olevien etuuksien arvoihin alentavasti. Toiseksi on sanottava, ettei sitoumuksen syntyminen suinkaan aina merkitse tappion vaaran syntymistä. Taloudellinen katsantokanta ei nimittäin ainakaan kaikissa tapauksissa näe oikeudellisesti pätevän sitoumuksen täyttämässä tappiota, eikä tällaisen sitoumuksen syntyminen­kään tällöin voi merkitä tappion vaaraa pelkästään sen vuoksi, että sen täyttäminen on odotettavissa. — Mitä sitten edelliseen mielipiteeseen tulee, on kyllä todettava, että on tilanteita, joissa sitoumus johonkin suoritukseen saattaa alentaa henkilölle kuuluvien etuuksien arvoa. Näin on asianlaita esim. silloin, kun sitoumus merkitsee rajoitusta etuuden sellaisten käyttömahdollisuuksien suhteen, joissa sen arvo aktualisoituu. Niinpä esim. sitoumus jonkin esineen luovuttamiseen alentaa useinkin tämän etuuden arvoa haltijalleen. Yhtä epäilyksetöntä kuitenkin on toisaalta, ettei näin ole aina asianlaita. On varsin mielivaltaista väittää, että sitoumuksen syntyminen jo pelkästään sen vuoksi alentaisi henkilölle kuuluvien etuuksien arvoa, että ne kenties joskus joudutaan uhraamaan sitoumuk-

mikäli haluavat pysyä lähtökohdalleen uskollisina — »katsoa» sitoumuksen alentavan henkilölle kuuluvia taloudellisia arvoja. Sen osoittaminen, missä tämä arvon aleneminen yksityistapauksissa ilmenisi, on kuitenkin usein jäänyt tekemättä. — Niinpä esim. *Merkel* kyllä nimenomaan lausuu, että »juristisch betrachtet vollzieht sich die Minderung des Vermögens... gerade nur durch die Begründung der Schuld, nicht durch deren Tilgung», mutta jättää kokonaan selittämättä, milloin ja minkä vuoksi sitoumus aiheuttaa sen, että varallisuus sen solmimisen jälkeen edustaa »einen geringeren Werth», ks. *Handbuch* s. 774. *Frankin* selitys ei ole sen tyhjentävämpi: »Denn schliesslich läuft jeder solche Anspruch für den Verpflichteten auf die Wertminderung (z.B. durch Begründung einer Dienstbarkeit) oder den Verlust von Gütern hinaus (Bürgschaft)», ks. II s. 131. — *Schönke—Schröderin* mukaan merkitsee esim. blankovekselin antaminen tai velkakirjan asettaminen olemattomasta velasta (ks. myös *Beseler* s. 112) vahinkoa sen vuoksi, että ne merkitsevät varallisuuden vaarantumista; lisäedellytyksenä kuitenkin on, että vaarantuminen »zugleich eine Verschlechterung des gegenwärtigen Gesamtvermögens enthält» (10. Auflage s. 1026 s.). Kun on kysymys johonkin sopimukseen erehdyttämisestä, on taas vahinko syntynyt, »wenn das Versprechen des Täters gegenüber der Versprochenen Gegenleistung des Getäuschten einen wirtschaftlich geringeren Wert besitzt» s. 1028. (Ks. myös RGSt 16 s. 1 ss. sekä esim. RG p. 18. 10. 1937 JW-37 s. 3092 ja BGH p. 18. 7. 1961 NJW-61 s. 1876). Tästäkään ei kuitenkaan käy ilmi, minkä vuoksi jo se, että henkilö on sitoutunut luovuttamaan jonkin etuuden, jonka arvo ylittää tekijän vastasuoritukseen kohdistuvan lupauksen arvon, merkitsee sitä, että »der Gesamtgeldwert des Vermögens» on pienentynyt.

sen täyttämiseksi. Päinvastoin: useimmissa tapauksissa henkilöllä on sitoumuksen jälkeen yhtä suuri vapaus kuin ennenkin käyttää etuuskiaan tavalla, jossa niiden taloudellinen arvo ilmenee.^{36 37}

Jos nyt jätetään huomiotta ne tapaukset, joissa sitoutuminen johonkin suoritukseen edellä esitetyin tavoin rajoittamalla jonkin etuuden käyttömahdollisuuksia alentaa sen arvoa, ja joissa sitoumus siis merkitsee arvon menetyksenä ilmenevää tappiota, on ilmeistä, että taloudellisesti epäedullinen merkitys saattaa henkilölle olla vain sellaisella sitoumuksella, jonka täyttäminen sellaisenaan (ellei sitoumusta olisi) merkitsisi taloudellista menetystä. Kuitenkaan ei pelkästään se, että toteuttamissuhtautuminen on sellainen, että se sellaisenaan merkitsisi tappiota, vielä riitä selittämään sitoumuksen taloudellista merkitystä. Ellei muihinkin näkökohtiin olisi kiinnitettävä huomiota, olisi esim. velkasitoumuksella sama taloudellinen merkitys kuin henkilön mielessään tekemällä päätöksellä tai kahden kesken suullisesti antamalla lupauksella lahjoittaa toiselle jokin rahasumma, mikä selvästikään ei voi pitää paikkaansa.

Edellä mainittiin, että taloudelliselta kannalta on eri tavoin arvoiteltava toisaalta sellainen tapaus, jossa henkilö antaa toiselle 100 markkaa velkansa maksuksi, ja toisaalta taas tilanne, jossa hän lahjoittaa saman summan; molemmissa henkilö tosin menettää po. rahamäärän edustaman taloudellisen arvon, mutta vain jälkimmäisessä tilanteessa hänen voidaan tämän kautta katsoa kärsineen sen suuruisen taloudellisen menetyksen. Tämä toteamus tuntuu antavan sopivan lähtökohdan sitoumusten taloudellisen merkityksen tarkastelulle yleensäkin.

Ainoa ero näiden tilanteiden välillä on se, että edellisessä tapauksessa henkilö rahat luovuttamalla vapautui sitoumuksen mukanaan tuomasta suoritusvelvollisuudesta. Tämä näyttäisi merkitsevän sitä, että taloudellinen katsantokanta näkee sitoutumisen yhteydessä tappion siinä, että henkilölle syntyy velvollisuus suhtautumiseen, joka sellaisenaan merkitsisi taloudellista menetystä. Tällä ei suinkaan ole sanottu vielä sitä, että sitoumus, johon jostakin syystä (esim. sen vuoksi, että se ei jonkin sen syntymiseen liittyvän seikan johdosta sido sitoutujaa) ei tällaista velvollisuutta liity, ei voisi koskaan taloudellisen katsantokannan mukaan merkitä tappiota. Mutta toteamus oikeuttaa kuitenkin asettamaan viimeksi mainitun kal-

³⁶ Takaisinsaantia konkurssipesään sen paremmin kuin konkurssirikoksia koskevista säännöksistä ei voitane vastakkaista päätellä.

³⁷ Ks. myös esim. *Estlander* s. 135 ja *RGSt* 16 s. 3.

taiset sitoumukset eri tarkasteluasemaan kuin ne, joihin liittyy sanotunlainen velvollisuus.³⁸ Vain sellaisen sitoumuksen syntyminen, johon liittyy oikeudellinen täyttämisvelvollisuus, merkitsee sellaisenaan tappiota.³⁹

Edellä esitetyn mukaan siis sitoumus tai muu velvoittautuminen, johon liittyy suoritusvelvollisuus jo sellaisenaan (eikä vasta sen täyttäminen), merkitsee taloudellista menetystä. Kysymys sitoumukseen liittyvän suoritusvelvollisuuden olemassaolosta on ratkaistavissa vain tarkastelemalla sitoumusta niiden oikeusjärjestyksen normien kannalta, jotka kysymyksessä olevaa sitoumusta ja sen syntymistä koskevat. — Voidaan todeta, että ongelmaan ei sitoumusten tappio- (vahinko-) merkitystä tarkasteltaessa juuri ole tältä kannalta puututtu.⁴⁰ Toisaalta on kyllä esitetty käsitys, ettei esim. lain tai hyvien tapojen vastaisena mitättömän »sitoumuksen» syntyminen merkitse tappiota.⁴¹ Toisaalta taas on jokseenkin yksimielisesti vastustettu⁴² sitä joskus esitettyä käsi-

³⁸ Taloudelliselta kannalta eroaa epäilemättä tilanne, jossa joku täyttää sellaisen »sitoumuksen», jota hän ei olisi ollut velvollinen täyttämään, tilanteesta, jossa suoritus tapahtuu täysin pätevän sitoumuksen täyttämiseksi. Edellinen tapaus on varsin lähellä hiljaisen lahjoituspäätöksen tai sitomattoman lahjanlupauksen toteuttamista: henkilö on tehnyt suorituksen, jota hänen ei olisi tarvinnut tehdä mikäli kaikki asianhaarat olisivat olleet tiedossa ja todistettavissa.

³⁹ Ks. *Øvergaard* s. 88.

⁴⁰ Ks. *kuit. esim. Nagler* (s. 365), joka sitoumusten merkitystä pohtiessaan lausuu: »Bei alledem wird die Rechtswirksamkeit des Vertrags vorausgesetzt». — Muillakin tutkijoilla voi havaita yksittäisiä lausumia, jotka viittaavat siihen, että sitoutumisen taloudellisen merkityksen läheinen riippuvuus sen täyttämisvelvollisuudesta on havaittu. Ks. *esim. Olshausen II* s. 1083, joka kiistää petoksen mahdollisuuden lajesineiden kauppaa koskevaan sitoumukseen erehdyttämisen yhteydessä sillä perusteella, että ostaja »zur Zahlung des Kaufpreises nur Zug um Zug gegen Empfang der bedungenen gleichwertigen Ware verpflichtet ist». Ks. myös *esim. RGSt 8* s. 68 ss., *36* s. 205 s. ja *48* s. 68 ss., joissa kaikissa lausutaan, että sitoumuksen merkitystä arvosteltaessa on kiinnitettävä huomiota sen oikeusvaikutuksiin; samoin *65* s. 106 ss. (108 s.), jossa katsotaan, ettei henkilö, joka on erehdytetty suulliseen (ja tämän vuoksi »rechtsunverbindlich») takaukseen, ole vielä tällä sitoutumisella sinänsä kärsinyt vahinkoa.

⁴¹ *Esim. Nagler* s. 369 ja *Strahl* s. 46; vrt. *kuit. esim. Beseler* s. 112. — Ns. naturaaliobligaatioiden osalta on esitetty eri mielipiteitä. Myönteisesti suhtautuvat *esim. Nagler* s. 365 (»und zwar schlechthin, wenn der Schuldner zahlungswillig ist, im übrigen je nach dem Stande der Durchsetzbarkeit»), *Strahl* s. 46 alav. 1 (tosin hyvin epäröiden) ja *Welzel* s. 274. Ks. myös *RGSt 62* s. 415 ss. (petos vedonlönnyin yhteydessä).

⁴² *Esim. Bockelmann* Unvollkommene Verbindlichkeiten s. 381 alav. 4, *Merkel Handbuch* s. 775, *Salmiala* Lisiä s. 21, *Strahl* s. 52, *Sterzel* s. 54 s. ja *Wetter* s. 121 (hän tosin puhuu vain tilanteista, joissa vilpin kohteeksi joutuneella on erehdyttä-

tystä, että sitoumuksen vahinkomerkitystä arvosteltaessa olisi kiinnitettävä huomiota siihen merkitykseen, mikä sitoumukselle velvoite-oikeudellisten sääntöjen mukaan on sillä, että se on erehdyttämällä aikaansaatu.⁴³

Mitä tulee »mitättömien» sitoumusten tappiomerkityksen kiistämiseen, ei se saata perustua mihinkään muuhun kuin sitoumukseen liittyvien oikeusvaikutusten (kenties tiedostamattomaan) huomioon ottamiseen.⁴⁴ — Erehdyttämisen siviilioikeudellisten vaikutusten huomiotta jättämistä taas on perusteltu eri tavoin. *Strahl*, joka kuitenkin epää lainvastaiseen oikeustoimeen perustuvalta sitoumukselta vahinkomerkityksen sillä perusteella, että tällainen sitoumus on »ogiltig» (s. 46), lausuu pohtiessaan kysymystä, »om möjligen den omständigheten, att rättshandlingen på grund av vilseledande är ogiltig medför, att skada icke kan anses uppstå» seuraavaa: »Rätta svaret är otvivelaktigt att man vid det straffrättsliga bedömandet skall utgå från rättshandlingen såsom giltig. Det är just åstadkommandet genom vilseledande av en rättshandling som lagen vill bestraffa». (harv. tässä) »Att rättshandlingen privaträttsligt är ogiltig hindrar således icke, att... en förpliktelse som grundas på rättshandlingen, anses bestå fastän rättshandlingen är ogiltig» (s. 52). — Strahlin perustelut eivät kuitenkaan ole vakuuttavat ainakaan Suomen oikeuden kannalta. RL 36 luvun 1 §:n nojalla ei nimittäin rangaista sitä, joka erehdyttää toisen tekemään oikeustoimen, vaan sitä, joka aiheuttaa toiselle »tavarain tai rahan tappion», ja nyt on kysymys juuri siitä, merkitseekö velvoittautuminen kaikissa olosuhteissa tämän seurauksen syntymistä. — *Sterzel* puolestaan vastustaa vilpin siviilioi-

misen perusteella oikeus korjata jo syntynyt tilanne, ei sen sijaan niistä, joissa vilppi aiheuttaa sitoumuksen alun peräisen pätemättömyyden). Näin myös *Øvergaard* s. 88 s., joskin hyvin epäröiden (»ainakin», mikäli sitoumus on tehty kirjallisesti tai todistajien läsnäollessa); toisaalta on *Øvergaard* muutoin sillä kannalla, ettei siviilioikeudellisesti pätemättömän sitoumuksen syntyminen sellaisenaan merkitse tappiota (ks. s. 88).

⁴³ Esim. *Krabbe* s. 680. Ks. myös *Hakulinen* DL-47 s. 18.

⁴⁴ »Mitättömien» ja »pätevien» sitoumusten ero on kai havaittavissa pelkästään niihin liittyviä oikeusvaikutuksia tarkastelemalla. Sitoumuksen syntymisolosuhteiden ottaminen erokriteeriksi on oikeutettua vain sikäli, että oikeusjärjestys tietyissä tapauksissa on ratkaissut sitoumuksen velvoittavuuden näiden olosuhteiden mukaan. Yhtä hyvin olisi ajateltavissa, että oikeusjärjestys tunnustaisi täyden pätevyuden sitoumukselle, joka on syntynyt moraalisesti paheksuttavissa olosuhteissa. Tällöin ei olisi mitään eroa tällaisen sitoumuksen ja moraalisesti hyväksyttävällä tavalla syntyneen velvoitteen välillä.

keudellisten vaikutusten huomioon ottamista seuraavasti: »Att man emellertid härmed i ett straffrättsligt problem infört distinktioner, hvilka sakna hvarje hemul inom straffrätten, synes uppenbart. Med lika fog skulle man kunna förneka fullbordat bedrägeri i det fall, där den svikligen föranledda rättshandlingen innebure en omedelbar rättsöfverföring på bedragaren själv.» (s. 54).⁴⁵ Mikäli petoksen seuraustunnusmerkissä olisi kysymys puhtaasti oikeudellisesta ilmiöstä, voitaisiin juuri esitettyä perustelua mahdollisesti puolustaa. Tässä tutkimuksessa oikeaksi katsotun käsityksen mukaan kysymyksessä on kuitenkin taloudellinen ilmiö, eikä taloudelliselta kannalta ilman muuta voida rinnastaa oikeustointia, joka käsittää jonkin taloudellista arvoa omaavan etuuden luovuttamisen, oikeustoimeen, jolla vasta sitoudutaan tulevaisuudessa tämä luovutus tekemään. Edellisessä tapauksessa on toimen välitön taloudellinen merkitys sinänsä riippumaton niistä oikeudellisista vaikutuksista, jotka luovutukseen liittyvät: luovuttaja on joka tapauksessa tosiasiallisesti kärsinyt arvon menetyksen. Tällainen luovutus-toimi on periaatteessa sellaisenaan taloudelliselta kannalta riippumaton niistä oikeudellisista säännöistä, jotka sääntelevät sen mahdollisen sitovuuden. Toisin on sen sijaan sitoumusten laita. Ne ovat abstraktisia oikeusjärjestyksen luomuksia. Kun etuuden konkreettista luovuttamista voi tarkastella tosiasiallisena tapahtumana myös oikeusjärjestyksen normeista erillään, ei tämä ole mahdollista sitoumusten yhteydessä. Sitoumus irroitettuna sitä koskevista oikeussäännöistä (kuuluvivatpa nämä sitten kirjoitettuun lakiin tai tavanomaisena voimassa olevaan oikeuteen) ei ole mitään. Näin ollen on myös mahdotonta, että arvosteltaessa jonkin sitoumuksen tunnusmerkistön mukaisuutta jonkin rikoksen kannalta jätettäisiin huomiotta ne säännökset, jotka po. sitoumuksen luovat, sillä tällöin ei jäisi jäljelle mitään, joka olisi arvostelun kohteena. Ja kun näin on, ei myöskään voi olla oikein ilman päteviä perusteita väittää, että joku tai jotkut näistä säännöksistä olisi jätettävä arvostelusta pois sen vuoksi, että ne »sakna hvarje hemul inom straffrätten». Näin sitäkin pienemmällä syyllä, kun kysymyksessä on normi, joka sääntelee sitoumuksen oikeusvaikutuksia. — Totta on, että rikosoikeudessa

⁴⁵ Myös *Salmiala* korostaa, että rikosoikeudessa on vain hyvin varovasti nojaututtava siviilioikeudellisiin käsitteisiin ja oikeussääntöihin, ks. esim. *Lisiä* s. 21. — Eräässä toisessa yhteydessä (DL-64 s. 360 s.) hän lausuu epäedullisen tarjouksen merkitsevän jo sellaisenaan tappiota edellyttäen, että »tarjous sinänsä on siviilioikeudellisesti sitova». Esityksestä ei kuitenkaan varmuudella käy ilmi, katsooko kirjoittaja, että myös se seikka, että tarjous on erehdyttämällä saatu aikaan, on otettava huomioon sen siviilioikeudellista pätevyyttä arvosteltaessa.

operoidaan eri käsitteillä kuin yksityisoikeudessa ja että näillä eri oikeudenaloilla käytetään samoja käsitteitä kattamaan eri asioita ja ilmiöitä. Mutta kun käsitellään kysymystä yksityisoikeudellisen sitoumuksen syntymisen merkityksestä petosrikoksen seuraustunnusmerkin kannalta, on kysymyksessä nimenomaan sitoumus yksityisoikeudellisena luomuksena ja käsitteenä, ja silloin on myös rikosoikeudellisessa arvostelussa tarkasteltava tätä sellaisena kuin se sitä sääntelevien normien valossa on.

Jos kerran katsotaan, että sitoumukseen liittyvällä täyttämisvelvollisuudella, sen pätevyydellä,⁴⁶ on merkitystä arvosteltaessa sen syntymisen taloudellista merkitystä (minkä, kuten sanottu, nekin tutkijat tavallaan ovat myöntäneet, jotka kiistävät mitättömiltä sitoumuksilta vahinkomerkituksen), ei näin ollen ole mitään oikeutta jättää huomioon ottamatta sitä vaikutusta, mikä erehdyttämällä tässä suhteessa on. On nimittäin huomattava, että arvosteltaessa sitoumukseen erehdyttämisen merkitystä taloudelliselta kannalta, sitoumusta ei saa ottaa tarkastelun kohteeksi irroitettuna siitä yhteydestä, jossa se tosiasiallisesti esiintyy. Ts. ei ole oikein ajatella näin: kysymyksessä olevan kaltainen sitoumus (esim. velka) on pätevä ja perustaa maksuvelvollisuuden, minkä vuoksi sen syntyminen vastikkeetta merkitsee tappiota; ergo: henkilölle, joka on erehdytetty ottamaan tämä sitoumus kannettavakseen, on erehdyttämällä aiheutettu tappio. Arviointi on päinvastoin kohdistettava juuri po. sitoumukseen sellaisena kuin se tosiasiaassa on. Ja tällöin havaitaan, että henkilö on »pettäjän» toimesta saanut kannettavakseen erehdyttämällä aikaansaadun sitoumuksen, ja kysymys on siitä liittyykö tällaiseen sitoumukseen suoritusvelvollisuus vaiko ei. Jos tilanne on se, että sitoutuminen ei perusta oikeudellista velvollisuutta luvatus suorituksen tekemiseen sen johdosta, että sitoumus saatiin aikaan erehdyttämällä, ei sitoumuksen syntyminen myöskään sellaisenaan (sitoumuksena) merkitse taloudellista menetystä.^{47 48} Poikkeuksen tuntuvat

⁴⁶ Sitoumuksen pätemättömyys merkitsee juuri siihen normaalisti liittyvien oikeusvaikutusten puuttumista, ks. esim. *Muukkonen* Muotosäännökset s. 108 ja s. 122 ja *Zitting* s. 52 s.

⁴⁷ Kuten edellä jo ohimennen viitattiin, ei täyttämisvelvollisuuden puuttuminen vielä ilman muuta merkitse sitä, ettei sitoumuksen syntyminen saattaisi merkitä tappiota. Tällöin ei kuitenkaan ole kysymys sitoumuksen itsenäisestä tappiomerkityksestä, vaan siitä, että sitoumuksen kautta syntyy sellainen vaara, joka jo saattaa merkitä taloudellisen aseman heikkenemistä, ks. jälj. s. 163 ss.

⁴⁸ Korkeimman oikeuden ratkaisujen joukosta ei ole löydettävissä päätöstä, jossa kysymys sitoumuksen pätevyyden merkityksestä nyt puheena olevassa suh-

ensi näkemältä muodostavan ne tilanteet, joissa velvoittautuminen vaikuttaa välittömästi jonkin tai joidenkin etuuksien arvoa alentavasti siten, että sitoumus rajoittaa niitä etuuksien käyttömahdollisuuksia, joissa etuuksien arvo ilmenee. Tällöinkin on kuitenkin edellytettävä, että henkilölle syntyy sitoutumisen kautta oikeudellinen velvollisuus alistua näihin rajoituksiin. Jos hänelle ei sitä synny, ei tappiota merkitse sitoumus, vaan se, että po. henkilö tosiasiallisesti suhtautuu ikään kuin sitoumus häntä velvoittaisi. Ja tällöin petos on siinä, että hänet on erehdytetty tähän suhtautumiseen, eikä siinä, että hänet on erehdytetty sitoumukseen. — Näissäkin tapauksissa saattaa kuitenkin sitoumuksen kautta — vaikka se ei olisikaan oikeudellisesti velvoittava — syntyä sellainen vaaratilanne, jota taloudellisen katsantokannan mukaan voidaan pitää tappiona (ks. jälj. s. 163 ss.).

Yhteenvetona edellisestä voidaan todeta, että sitoumuksen syntymisen sinänsä saattaa merkitä taloudellista menetystä joko sen kautta, että se alentaa sitoutujalle kuuluvien etuuksien arvoja, tai sitten sellaisenaan. Kummassakin tapauksessa tämä kuitenkin edellyttää, että sitoumus perustaa oikeudellisen velvollisuuden suhtautumiseen, joka sellaisenaan (ellei sitoumusta siihen liittyvine velvollisuuksineen olisi) merkitsisi taloudellista menetystä.

teessa olisi joutunut nimenomaisen tarkastelun kohteeksi. Saksan oikeuden osalta sen sijaan voin mainita seuraavat tapaukset, joissa sitoumukseen liittyvälle täyttämisvelvollisuudelle on annettu merkitystä: RGSt 8 s. 68 ss., jossa ensin todetaan, että sitoumuksen oikeudellisista vaikutuksista riippuu, voiko »in der Übernahme einer Verbindlichkeit eine Vermögensbeschädigung enthalten sein», ja sen jälkeen tullaan tulokseen, ettei avoimen siirron merkitseminen vekseliin vielä ole varallisuusvahinko, koskei se erehdyttämisen johdosta perusta vekselivastuuta ennen kuin erehdyttäjä luovuttaa sen vilpittömässä mielessä olevalle; 48 s. 87 ss. (»... und es ist im allgemeinen davon auszugehen, dass der Abschluss eines unwirksamen Vertrags an und für sich nicht geeignet ist, das Merkmal der Vermögensbeschädigung zu begründen» s. 87); 51 s. 166 s., jossa myös on katsottu, että varallisuusvahinko syntyy vasta vekselin tultua siirretyksi vilpittömässä mielessä olevalle; BGHSt 1 s. 92 ss., josta käy ilmi, että kun henkilö erehdytetään asettamaan toiselle shekki, ei vahinkoa merkitse tämä »sitoumus» sinänsä, vaan se, että asettaja »lief von diesem Zeitpunkt ab Gefahr, aus dem Scheck von einem gutgläubigen Erwerber haftbar gemacht zu werden»; sekä BGHSt 6 s. 115 ss., jossa taas on lausuttu julki se käsitys, ettei sen paremmin erehdyttämisestä aiheutunut merkintä kirjoihin, että erehdyttäjällä oli rahasaaminen erehdytetyltä, kuin sekään että toinen erehdytetään merkitsemään kirjoihin toiselta oleva saamisensa lyhenne-tyksi, merkitse sellaisenaan varallisuusvahinkoa (»Die Gutschrift bewirkte... nur eine scheinbare Verminderung seiner Schuld. Dieser falsche Schein allein wäre noch keine Vermögensschaden»). Ks. myös RGSt 65 s. 106 ss. (s. 108).

Tämän tutkimuksen puitteissa ei ole tarkoituksenmukaista ryhtyä tarkemmin tutkimaan, milloin milläkin sitoumuksella on nämä edellytykset. Kysymys ratkeaa kunkin yksityistapauksessa huomion kohteena olevan sitoumuksen osalta sitä koskevien sääntöjen mukaan. Riittää, kun todetaan, että ennen kuin sitoumuksen sellaisenaan voidaan sanoa merkitsevän rahan tai tavaran tappiota, on selvítettävä kysymys sitoumuksen oikeusvaikutuksista. — Koska kuitenkin petosrikos toteutetaan erehdyttämällä ja koska juuri tällaisella suhtautumisella on voimassa olevan oikeuden mukaan suuri merkitys sitoumusten pätevyyden kannalta, on kenties syytä muutamalla sanalla kosketella erehdyttämällä aikaansaadun sitoumuksen, joka ei jostakin muusta syystä ole oikeudellisesti vaikutukseton, pätevyyttä.

Edellä todettiin, ettei erehdyttämistä koskevien sitoumusten oikeusvaikutukseen vaikuttavien normien huomioon ottamiselle petosrikoksen tunusmerkkejä selviteltäessä ole mitään periaatteellista estettä. Jos tarkastellaan erehdyttämällä aikaansaadun sitoumuksen oikeusvaikutuksia OiktL 30 §:n valossa, havaitaan, ettei »oikeustoimi sido vieteltyä», mikäli se, johon toimi kohdistetaan »on tietänyt tai hänen olisi pitänyt tietää» erehdyttämisestä. Lain mukaan oikeustoimi ei siis sido. Tämä ei voi merkitä muuta, kuin että oikeustoimi on alusta lähtien ollut sellainen, että se ei perusta täyttämisvelvollisuutta. Lainkohdan sanamuodon mukaan ei ts. ole mahdollista ajatella, että se olisi alun perin pätevä ja että erehdyttäminen vain antaisi sopimuskumppanille mahdollisuuden saattaa toimi myöhemmin vaikutuksettomaksi.⁴⁹ — Se seikka,

⁴⁹ Onhan OiktL 3 luvun nimikkeenäkin »Oikeustointen pätemättömyys»; pätemättömyys taas (kuten edelläkin jo mainittiin, ks. alav. 46) merkitsee juuri sitoumukseen normaalisti liittyvien oikeusvaikutusten puuttumista. — Meillä ei kenties ole kiinnitetty tarpeeksi huomiota siihen, että tilanne on Saksan oikeudessa toinen. BGB 123 § säättää, että se, joka on saatu antamaan tahdonilmaisuu »durch arglistige Täuschung», voi »anfechten» tahdonilmaisuaan. »Anfechtung»-aika on vuosi (§ 124). Sen, että sopimus on »Anfechtbar», on katsottu merkitsevän, että sopimus on sellainen, »bei welchen zwar die gewollte rechtliche Wirkung trotz des Mangels zunächst eintritt denen aber die rechtliche Wirkung mit rückwirkender Kraft entzogen wird, wenn bestimmte dazu berechnete Personen sich auf den Mangel berufen». (Staudinger s. 513). — Saksan oikeuden mukaan katsotaan siis sitoumuksella olevan moitteiden tai väitteen (»Einrede») esittämiseen ja hyväksymiseen saakka täydet oikeusvaikutukset. Näin ollen on ymmärrettävissä, että niin saksalaisessa oikeustieteessä kuin -käytännössäkin katsotaan jo sitoumuksen syntymisen sellaisenaan voivan erehdyttämisestä huolimatta merkitä varallisuusvahinkoa; ks. esim. Bockelmann Unvollkommene Verbindlichkeiten s. 381 alav. 4 (»So wird... die Strafbarkeit des Eingehungsbetruges nicht dadurch ausgeschlossen, dass der zum

että oikeustoimi on tehty kirjallisesti, ei vaikuta asiaan. Kirjallinen muoto ei sinänsä, ilman nimenomaista lainsäädännöstä, aiheuta muutoksia sitoumuksen oikeusvaikutuksiin nähden.⁵⁰ Ei edes silloin, kun jokin sitoumus annetaan juoksevan velkakirjan muodossa, sitoumus perusta täyttämisvelvollisuutta erehdytettyä kohtaan. Vasta velkakirjan tullessa vilpittömässä mielessä olevan haltuun syntyy maksuvelvollisuus.⁵¹ Näin ollen sitoumuksen syntyminen sellaisenaan saattaa vain harvoin eli niissä tapauksissa, joissa se erehdyttämisestä huolimatta perustaa velvollisuuden sinänsä tappiolliseen suhtautumiseen, toteuttaa Suomen oikeuden mukaan petosrikoksen seuraustunnusmerkin. Tämän vuoksi ei sillä, onko sitoumus, johon toinen on erehdytetty, lain tai hyvien tapojen vastaisena »mitätön» tai perustaako se »naturaaliobligation», useinkaan ole välitöntä merkitystä; jos ja kun erehdyttäminen aiheuttaa täyttämisvelvollisuuden puuttumisen, ei tilanteen arvostelu ole riippuvainen siitä, olisiko sitoumus ilman erehdyttämistään ollut pätevä.⁵²

Edellä on muutamaan otteeseen ennakkoivasti huomautettu siitä, ettei sitoumuksen toteaminen pätemättömäksi ilman muuta merkitse sitä, ettei sen syntymiselle olisi annettava mitään merkitystä harkittaessa kysymystä, onko sitoutujalle aiheutunut taloudellinen menetys. — Sitoumuksella, joka ei perusta täyttämisvelvollisuutta, on taloudellista merkitystä sen kautta, että se saattaa olla s y n ä taloudellisen tappion syntymiseen. Edellä on todettu, että pätemättömän sitoumuksen vastikkeeton täyttäminen (toisin kuin on asianlaita pätevien sitoumusten suhteen) merkitsee tappion syntymistä. Kun kerran maksuvelvolli-

Abschluss eines ungünstigen Vertrages bestimmte Getäusche seine Erklärung anfechten kann») ja RGSt 48 s. 186 ss. (s. 188) (...nach allgemeinen Grundsätzen (muss) unberücksichtigt bleiben, ob der Geschädigte die Befugnis haben würde, den Vertrag durch Anfechtung zur Falle zu bringen»).

⁵⁰ Ks. Ehdotus velkakirjalaiksi. Komiteain mietintöjä 1936:1 s. 75.

⁵¹ Tälle käsitykselle on saatavissa tukea velkakirjalain esitöistä, ks. em. komitean mietintö s. 56: »Kuten... täytyy velkakirjan antajan jossakin määrin muukaantua siihen, että vilpittömän mielen saajasta tulee saamiseen oikeutettu velkakirjan sanallisen sisällyksen mukaisesti, vaikkei hänen saantonsa tapahtuessa kirjan antaja ollutkaan maksuvelvollinen» sekä s. 57: »Vilpittömän mielen saajaa kohtaan tehottomia... väitteitä ovat aluksikin ne, jotka koskevat juoksevan velkakirjan alkuperäistä pätemättömyyttä pakon tai oikeustoimilain 29—33 §:ssä tarkoitetun muun seikan johdosta... Paitsi nyt kosketeltuja väitteitä, jotka tarkoittavat sellaisia tapauksia, jolloin sitovaa velvoitusta ei koskaan ole ollut olemassa,...» (harv. tässä).

⁵² Eri asia on, että jos sitoumus helposti on todettavissa mitättömäksi tai muusta syystä pätemättömäksi, tämä tekee tarpeettomaksi syventymisen kysymyseen erehdyttämisen merkityksestä juuri ko. sitoumuksen kannalta.

suuden syntyminen merkitsee taloudellista menetystä, saattaa pätemättömästä sitoumuksesta aiheutua tappio senkin kautta, että se »muuttuu» sellaiseksi, että siihen liittyy täyttämisvelvollisuus (esim., kun juokseva velkakirja joutuu vilpittömässä mielessä olevan haltuun).⁵³ Vastaavanlainen on tilanne, mikäli velkojan sitoumuksen pätemättömyydestä huolimatta onnistuu saada suoritustuomio velallista vastaan.⁵⁴ — Nyt olisi lähellä ajatus katsoa, että petos pätemättömien sitoumusten yhteydessä tulisi täytetyksi silloin, kun siitä juuri mainituin tavoin aiheutuu tappio, ja että kysymyksessä olisi siihen hetkeen saakka petoksen yritys. Edellä on kuitenkin (s. 142 s. viittauksineen) yritetty osoittaa, ettei petosrikos — edellyttäen, että pidetään kiinni disponoinnin ja tappion välittömän yhteyden vaatimuksesta — saata tällä tavalla tulla täytetyksi.^{55 56} Tällöin ei myöskään pätemättömään sitoumukseen erehdyttäminen saata mer-

⁵³ Ks. esim. RGSt 51 s. 166 s. ja BGHSt 1 s. 92 ss.

⁵⁴ UL 2 luvun 14 ja 15 §:istä käy ilmi, ettei velallisen väite siitä, että sitoumus on pakon tai viettelyn johdosta pätemätön, aiheuta asian siirtämistä riitaisena tuomioistuimen käsiteltäväksi, ellei velallinen ole neljän viikon kuluessa pakon tai viettelyn tapahtumisesta ilmoittanut siitä ulosotonhaltijalle. Ilmoituksen laiminlyöminen ei kuitenkaan aikaansaa sitoumuksen pätevytyymistä (ks. *Wrede* s. 89). Sen sijaan on katsottava, että ulosotonhaltijan päätös, jolla sitoumus määrätään täytettäväksi, merkitsee tappion syntymistä; ks. myös KKO 1929 II 537; vrt. kuit. KKO p. 16. 5. 1934 DL-34 oikt.os. s. 65 s., jossa ei edes HO:n suoritustuomion katsottu merkinneen tappion syntymistä, kun KKO oli sen sittemmin ku-
monnut.

⁵⁵ Vrt. OO p. 21. 4. 1913 JFT.b. 1914 47/IV, jossa »vekselipetos» katsottiin täytetyksi, kun vekseli oli siirtynyt vilpittömässä mielessä olevan haltuun.

⁵⁶ Kysymyksen ratkaisu riippuu suuresti juuri mainitusta välittömyyden vaatimuksesta. Ruotsin oikeuden osalta, jossa petosrikokselta vaaditaan, että dispositioni »innebär skada», on katsottu, ettei välittömyysvaatimuksesta voida pitää niin tiukasti kiinni, ettei tämä edellytys olisi toteutettu silloinkin, kun oikeustoimi tulee lopulliseksi vasta jonkin ajan kuluttua tai jonkun uuden seikan tapahtuttua. Niinpä esim. jos joku erehdytetään tekemään epäedullinen tarjous tai ostamaan avokaupalla arvoton esine, niin petos tulisi täytetyksi, kun tarjous hyväksytään tai kauppa tulee lopulliseksi. Sitä ennen kysymyksessä olisi petoksen yritys. Ks. *Ekeberg—Strahl—Beckman* s. 186. Ks. myös *Strahl* s. 119 ja meidän oikeutemme osalta *Honkasalo E I* s. 174. Tästä käsityksestä lausuu *Thornstedt*, *Problem* s. 423: »Att i dessa två exempel dispositionen och därmed brottet icke anses vara fullbordade förrän vid en viss senare tidpunkt, måste accepteras av praktiska skäl.» Nämä »käytännölliset» syyt ovat ilmeisesti siinä, että ellei jo pelkän tarjouksen tekemisen voitaisi katsoa (esim. sen aiheuttaman tappion vaaran perusteella) merkitsevän vahinkoa (näin esim. *Strahl* s. 119), jäisi po. menettely kriminalisoinnin ulkopuolelle. — Kyseenalaisena voidaan pitää, onko oikein rikos-oikeudessa tällaisen syyn vuoksi »katsoa» jonkin ilmiön olevan tunnusmerkistön mukainen, ellei se sitä todellisuudessa ole. — Ks. myös *Salmiala* DL-64 s. 360 s.

kitä petoksen yritystä. Yrityshän on jotakin epäonnistunutta, kesken jäänyttä. Siinä on täytettyyn tekoon nähden verrattuna se puute, että se seuraus, joka tekisi rikoksesta täytetyn, jää toteutumatta. Yrityksestä rankaiseminen on mahdollista vasta sen jälkeen, kun on todettu, että mikäli tilanne olisi päässyt kehittymään sen »vaaran» mukaisesti, joka yritysteosta aiheutui, yrittäjä olisi syyllistynyt täytettyyn rikokseen. Jos näin ollen ajatellaan tilannetta, jossa A on erehdyttänyt B:n antamaan itselleen haltijavelkakirjan, edellyttäisi A:n rankaiseminen petoksen yrityksestä sitä, että esim. velkakirjan joutuminen vilpittömässä mielessä olevan haltuun tai sen maksaminen, tekisi A:n petoksen täytetyksi. Kuten juuri mainittiin, ei näin kuitenkaan ole asianlaita.⁵⁷ Näin ollen on todettava, että petos, kun on kysymys pätemättömään sitoumukseen erehdyttämisestä, tulee täytetyksi viimeistään joko sitoutumisen tapahtuessa tai ei ollenkaan.⁵⁸

Edellä on siis todettu, että pätemätön sitoumus ei sellaisenaan sitoumuksena merkitse rahan tai tavaran tappiota, mutta että siitä saattaa aiheutua taloudellinen menetys, ilman että tämä myöhemmin ilmenevä seuraus kuitenkaan voisi tehdä petosrikosta täytetyksi. Voidaan ts. sanoa, että pätemättömän sitoumuksen syntyminen luo tilanteen, jossa tappion syntyminen sitoutumisen johdosta tulevaisuudessa on enemmän tai vähemmän todennäköistä. Nyt on tietysti niin, että miltei pä mihin tahansa ilmiöön saattaa liittyä ex ante arvostellen ainakin teoreettinen mahdollisuus tappion syntymisestä tämän ilmiön seurauksena. Sitoumuksella saattaa kuitenkin olla — ja usein onkin — se merkitys, että se tekee menetyksen todennäköiseksi. On tilanteita, joiden kohdalla voidaan sanoa sitoumuksen aikaansaamisen merkitsevän eräänlaisen vaarantilan syntymistä: sitoumuksen syntymisen jälkeen on pelkän ylimalkaisen tappion mahdollisuuden sijasta olemassa t a p p i o n v a a r a.^{59 60 61}

⁵⁷ Ks. myös *Salmiala* DL-42 s. 67.

⁵⁸ Lukuunottamatta sitä tilannetta, että B, edelleen erehdyksen vallassa ollen, maksaa velkansa A:lle. Tällöin se tappio, joka ilmenee olemattoman velan maksamisessa, ei kuitenkaan ole enää velkakirjan antamisen, vaan erehdyksestä johtuneen maksun suorittamisen kanssa välittömässä yhteydessä. — Ks. myös BGH p. 3. 6. 1961, NJW-61 s. 182 s. ja *Bockelmann*, Gläubigersicherung s. 145.

⁵⁹ Ks. myös *Andenaes* Formuesforbrytelse s. 51. — Tässä suhteessa eroaa pätevä sitoumus pätemättömästä: edellisen täyttäminen ei taloudellisenkaan katsantokannan mukaan merkitse tappiota, joten sen syntyminenkään ei näin ollen voi merkitä tappion vaaran aiheutumista; ks. jälj. s. 195 s.

⁶⁰ Vaaran käsitteestä ks. esim. *Alanen* Vaara s. 60, *Ellilä* s. 65, *Honkasalo* I s. 125 ja II s. 153, *Serlachius* I s. 123 ja *Sipilä* s. 296.

Näin ollen kytkeytyy kysymys pätemättömän sitoumuksen taloudellisesta merkityksestä (sen syntymishetkellä) laajempaan ongelmaan, probleemaa siitä, voidaanko henkilön katsoa kärsineen tappion jo sen vuoksi, että on syntynyt vaara häntä tulevaisuudessa kohtaavasta taloudellisesta menetyksestä.

c. Tappion vaara

Oikean lähtökohdan saamiseksi käsiteltävänä olevan ongelmaryhmän selvittämiselle — voiko ja millä edellytyksillä tappion vaaran aiheutuminen merkitä petosrikoksen seuraustunnusmerkin toteutumista — on tehtävä selväksi, mistä po. probleemassa oikeastaan on kysymys.

Kirjallisuudessa puhutaan hyvin yleisesti vaaran merkityksestä petosrikoksen yhteydessä, ja useat tutkijat toteavat vaaran syntymisen voivan merkitä sitä, että petos tulee täytetyksi. Eri tutkijoiden näkemykset siitä, mitä vaaralla olisi ymmärrettävä ja siitä, millä tavalla se saattaa vaikuttaa henkilön taloudelliseen asemaan (tai varallisuuteen), poikkeavat kuitenkin jossakin määrin toisistaan.

Luonnollista on, että ne tutkijat, jotka etsivät vastausta petosrikoksen seuraustunnusmerkkiin liittyviin kysymyksiin varallisuus- ja varallisuusvahinko-käsitteistä lähtien, ovat suuressa määrin sidottuja näiden käsitteiden sisällöstä omaksumiinsa käsityksiin. Niinpä periaatteessa — edellyttäen, että varallisuusvahinko ymmärretään arvokokonaisuuden pienenemisenä — vaarakin saattaa tulla vahinkotekijänä huomioon otettavaksi vain silloin, kun sen voidaan todeta pienentävän kokonais-

⁶¹ Kuten edellä jo on ohimennen viitattu, näkevätkin eräät tutkijat sitoumuksen tappiomerkituksen juuri siinä, että se aiheuttaa tappion vaaran. Kuten juuri mainittiin, ei tämä käsitys pidä paikkaansa ainakaan sellaisten sitoumusten osalta, joihin liittyy täyttämisvelvollisuus; ne eivät yllensä synnytä mitään tappion vaaraa. Mitä taas pätemättömiin sitoumuksiin tulee, on niiden joukossa lukuisia sellaisia (esim. portolle annettu suullinen maksulupaus), joiden kohdalla on varsin kyseenalaista, synnyttävätkö ne edes tappion vaaraa. Koska siis on olemassa sitoumuksia, jotka jo sellaisinaan, mistään tulevaisuuteen kohdistuvista arvioinneista riippumatta, merkitsevät tappiota, ja toisaalta taas sellaisia, joihin liittyy vain — asteeltaan hyvinkin vaihteleva ja tapausten erikoispiirteistä riippuva — tappion vaara, ei ole asianmukaista kuitata kysymystä sitoumusten merkityksestä petoksen seuraustunnusmerkin kannalta vain viittaamalla niiden aikaansaamaan vaaraan. — Ks. NJA 1955 s. 629 s. ja 1956 s. 457 ss. (taloudellisen vahingon katsottiin aiheutuneen jo maksuvelvollisuuden syntymisestä huolimatta velvollisuuden aktualisoitumisen epätodennäköisyydestä). Tapausten johdosta vrt. *Thornstedt Problem* s. 422.

varallisuutta, ts. vähentävän varallisuusarvoja.⁶² On kuitenkin huomattava, että kysymys siitä, onko vaara otettava huomioon etuuskien arvostuksessa ja siitä, saattaako se yleensä siihen vaikuttaa, on eri asia kuin kysymys odotettavissa olevan tappion taloudellisesta merkityksestä nykyhetkeä silmällä pitäen. Edellisessä on ongelmana vain sen seikan tarkempi selvittäminen, milloin henkilö on kärsinyt arvon menetyksenä ilmenevän tappion. Tältä kannalta voidaan sanoa olevan epäilyksetöntä, että vaara on otettava huomioon taloudelliseen menetykseen vaikuttavana tekijänä. Kuten edellä useaan otteeseen on lausuttu, etuuskien arvostus riippuu mitä suurimmassa määrin tulevaisuuteen kohdistuvista arvioinneista ja laskelmista. Ja näissä on otettava huomioon niin epäedullinen kuin edullinenkin tilanteen odotettavissa oleva kehitys. Vaara ei arvostuksen yhteydessä ole itse asiassa muuta kuin eräs tekijä, joka pienentää niitä mahdollisuuksia, joiden perusteella arvo on määritettävissä. Esim. saamisoikeuden arvo riippuu suuresti sen (tosiasiallisista) toteuttamismahdollisuuksista. Voidaan sanoa, että sitä koskevien todisteiden häviäminen tai velallisen maksukyvyn heikkeneminen »vaaran-tavat» saamisoikeutta. Tällöin ei kysymys ole kuitenkaan, kuten sanottu, tappion syntymisen vaarasta sinänsä, vaan siitä, että ne tekijät, joiden perusteella saamisoikeuden arvo on määritettävä, ovat muuttuneet. Ja jos ajatellaan vielä niitä edellä käsiteltyjä »mahdollisuuksia» tulevaisuudessa tapahtuvan arvon saamiseksi, jotka ovat sellaisia, että niillä sellaisinaan voidaan jo nyt katsoa olevan taloudellisessa arvostuksessa huomioon otettavaa arvoa, niin tällaisen mahdollisuuden vaaran-taminen merkitsee epäilemättä usein sitä, että sen arvo pienenee. Kysymyksessä on kuitenkin itse asiassa vain mahdollisuuden toteutumisen todennäköisyysasteen (josta mahdollisuuden arvo riippuu) heikkeneminen. Vaara voi epäilemättä samalla tavalla vaikuttaa myös esineellisten etuuskien arvoa alentavasti. Niinpä esim. odotettavissa oleva

⁶² Näin mm. RGSt 16 s. 1 ss. (s. 11), jossa vaaran merkitys on asetettu riippuvaksi siitä, »ob nach der konkreten Sachlage schon die eingetretene Gefahr eines Verlustes... den Vermögenswert vermindert». Näin myös (periaatteessa) *Bartusch* s. 29, *Daude* s. 295, *Dietrich* s. 40 s., *Kronacher* s. 7, *Lietzmann* s. 12, *Schönke—Schröder* s. 1101 ja *Welzel* s. 274. Samaa täytynee katsoa myös esim. seuraavien tutkijoiden tarkoittavan: *Allfeld* s. 545 alav. 37, *Frank II* s. 134 ja *Maurach* s. 252. — Meillä on *Honkasalo* nimenomaan asettanut vaaratilanteen huomioon ottamiselle sen edellytyksen, että se vaikuttaa kokonaisvarallisuutta pienentävästi, ks. *Erinäiset* s. 68 ja *Prosessipetos* s. 692; ks. kuitenkin myös *E I* s. 184 (»Petos on täytetty sillä hetkellä, kun disponoinnin kautta on syntynyt tappio tai tappion vaara»).

maaomaisuuden sosialisointi vaikuttaa varmasti alentavasti maakiinteistöjen arvoon.⁶³

Kokonaan eri asemassa on se vaara, joka aiheutuu esim. haltijavelkakirjan antamisesta. Kirjallisuudessa on tosin esitetty, että tällaisessakin tapauksessa vaara aiheuttaisi jo olevan arvon alenemisen ja siis jo nyt havaittavissa olevan muutoksen henkilön arvokokonaisuudessa.⁶⁴ Tämä, todellisuuden kanssa ilmeisessä ristiriidassa oleva käsitys selittyy kenties sillä, että koska varallisuusvahinko lähtökohtaisesti on sidottu arvokokonaisuudessa tapahtuviin muutoksiin, on ollut pakko eräissä tapauksissa, joiden sulkeminen käsitteen ulkopuolelle tuntuisi luonnottomalta, »katsoa» arvon vähennyksen tapahtuvan, vaikkei siitä itse asiassa olekaan kysymys.

Tässä ei ole tarkoitus kohdistaa huomiota vaaraan tällaisena etuuden arvoon vaikuttavana tekijänä, vaan kysymykseen siitä, voiko tulevaisuudessa tapahtuvan tappion vaara sellaisenaan merkitä petosrikoksen seuraustunnusmerkin toteutumista. Vaikka jätetään huomioon ottamatta ne kannanotot, jotka koskettelevat vaaran merkitystä vain ensiksi mainitulta kannalta, on havaittavissa, että kirjallisuudessa ja oikeuskäytännössä on varsin voimakas kannatus käsityksellä, että jo vaara sellaisenaan saattaa olla ilmiö, joka toteuttaa petoksen seuraustunnusmerkin.⁶⁵ Korkeimman oikeuden ratkaisuihin on uskaliaasta — ottaen huomioon niiden perustelujen niukkuus — mennä tekemään varmoja johtopäätöksiä, mutta ainakin seuraavissa tapauksissa täytynee voida katsoa, että ratkaisu on perustunut myönteiseen kannanottoon: KKO 1940 II 296 (A oli erehdyttänyt B:n antamaan tarkoittamaansa laajem-

⁶³ Edellä esitetyn johdosta ks. esim. *Strahl* s. 112 »Liksom värdet av ett föremål påverkas av utsikter att det i en framtid skall lämna avkastning, så är även risken för framtida förlust av föremålet ägnad att förringa dess nuvarande värde». — Ks. myös OO 1916 II 650 (henkilö oli erehdytetty antamaan kuitti saatavan suorittamisesta, vaikkei suoritusta ollutkaan tapahtunut), KKO 1954 II 74 (henkilö oli luopumalla omaisuudestaan vaarantanut puolisonsa avio-oikeuden toteuttamista) ja 1950 I 2 (jossa ilmeisesti on katsottu vakuudeksi annetun esineen menettämisen vaaran vaikuttaneen sen arvoon; ks. tämän ratkaisun johdosta myös *Salmiala* DL -51 s. 51); vrt. kuit. KKO 1933 II 494 (henkilö oli erehdytetty ottamaan saatavan suorituksiksi vastaan katteettomia shekkejä sekä antamaan vastaaville määrille kirjoitetut kuitit: KO ja HO tuomitsivat petoksesta, KKO taas hylkäsi syytteen, koskei ko. henkilön oltu näytetty kärsineen vahinkoa).

⁶⁴ Esim. *Schönke—Schröder* (10. Auflage) s. 1027 (blankovekselin antaminen) ja *Welzel* s. 274.

⁶⁵ Meillä on *Salmiala* myönteisellä kannalla, ks. esim. DL-42 s. 66; ks. myös *Honkasalo* E I s. 184. Vrt. *Forsman* Särskilda s. 385.

man valtakirjan; tässä tosin A sittemmin toimi valtakirjaa käyttäen B:n vahingoksi, ja KKO katsoi A:n syyllistyneen yksin teoin tehtyihin petokseen ja epärehellisyyteen, mikä kenties antaisi aiheen epäillä, että KKO olisi katsonut petoksen tulleen täytetyksi vasta valtakirjan käyttämisellä;⁶⁶ toisaalta taas henkilö, joka oli mukana vain valtakirjaa käytettäessä tuomittiin ainoastaan avunannosta epärehellisyyteen.⁶⁷) sekä OO p. 24. 4. 1914 (A oli erehdyttänyt B:n antamaan itselleen kuitenkin 70 litran kaljaeran vastaanottamisesta, ja hänet tuomittiin petoksesta; pelkkä kuitenkin antaminen kysymyksessä olevissa olosuhteissa ei ole voinut vielä luoda mitään oikeudellista maksuvelvollisuutta, ei myöskään voida hevin ajatella, että B olisi kärsinyt kuitenkin antamisen johdosta arvon menetyksenä ilmenevän tappion. Sen sijaan on kuitenkin antaminen epäilemättä luonut tilan, jota voitaisiin kutsua tappion vaaraksi.⁶⁸) Toisaalta on KKO:n praksiksesta löydettävissä ratkaisuja, joissa pelkän tappion vaaran aiheutumisen ei vielä ole katsottu riittävän petoksen seuraustunnusmerkin toteutumiseksi (esim. KKO 1930 II 590, jossa henkilön, joka oli erehdyttänyt toisen asettamaan vekselin, ei katsottu tällä matkaansaattaneen vahinkoa). — Saksan oikeuden osalta voidaan todeta, että sikäläisestäkin oikeuskäytännöstä on löydettävissä ratkaisuja, joissa on katsottu, että jo varallisuusvahingon vaaran syntyminen voi merkitä aiheutunutta varallisuusvahinkoa. Näin esim. RGSt 8 s. 68 ss. (tosin vain periaatteessa; tässä ratkaisussa lausutaan julki käsitys, ettei sellainen vaara merkitse vahinkoa StrGB 263 §:n tarkoittamassa mielessä, jonka toteutuminen on riippuvainen vielä jostakin asianomaisten henkilöiden tahdonvallassa olevasta oikeudellisesta tosiasiasta, kuten esim. vekselin siirtämisestä vilpittömässä mielessä olevalle), BGHSt 1 s. 92 ss. (henkilö oli erehdytetty asettamaan shekki), BGH p. 26. 3. 1953 NJW-53 s. 836 (jossa varallisuusvahingon veroisen vaaran katsottiin syntyneen jo siitä, että henkilö »überhaupt in vertragliche Beziehungen zu einem von vornherein böswilligen Vertragspartner getreten war») sekä OLG Celle p. 29. 12. 1958 NJW-59 s. 399 s. (tässä tapauksessa provisiomyyjä oli, aikoen alun perin myöhemmin muuttaa

⁶⁶ Mikä olisi — mikäli tekstissä esitetty pitää paikkansa — ollut virheellinen ratkaisu.

⁶⁷ Ks. myös *Salmiala* vmk. s. 66. — *Anttila* katsoo, ettei »pelkkä varallisuusintressin vaarantaminen» riitä toteuttamaan epärehelisyysrikoksen (RL 38:1) vahinkotunnusmerkkiä; ks. *Epärehellisyys* s. 82.

⁶⁸ Ks. myös OO p. 16. 10. 1903 JFT. b. 1904 19/III ja 20. 2. 1902 JFT. b. 1903 64/II (henkilö oli erehdyttämällä vakuutusyhtiötä terveydentilansa suhteen saanut nämä solmimaan kanssaan henkivakuutussopimuksia).

tilauksen määrän todellista suuremmaksi, erehdyttänyt henkilöitä tekemään kirjallisen tavaratilauksen⁶⁹). Myös kirjallisuudessa myönteinen kanta on yleinen,⁷⁰ joskaan ei poikkeukseton.⁷¹ — Niissäkään maissa, joissa petoksen seurausta ei ole sidottu »varallisuusvahingon» käsitteeseen, vaan joissa ratkaisu riippuu puhtaasti siitä, onko erehdyttämisestä aiheutunut jollekulle taloudellista vahinkoa, ei yleensä ole epäroity katsoa jo huomionarvoisen tappionvaaran voivan merkitä tämän tunnusmerkin toteutumista.⁷²

Kysymys vaarantilan syntymisen kelpaamisesta petosrikoksen seuraustunnusmerkiksi on varsin vaikea ja tuskin yleisellä, kaikkiin ta-

⁶⁹ »Mit dieser Vermögensverfügung hatten sie (tilaajat) ihr Vermögen bereits gefährdet. Denn nach der Unterschrift auf den Bestellscheinen... sprach der äussere Anschein zunächst einmal dafür, das sich die Besteller zu der in Auftrag nunmehr (siis lisäyksen jälkeen) verzeichneten höheren Bestellung verpflichtet hätten. Im Falle eines Rechtsstreits oblag nunmehr ihnen die Beweislast dafür, dass der Bestellschein nachträglich in einer ihrer wahren Bestellung nicht entspr. Weise verändert werden sei (§ 416 ZPO). Diese nachteilige Rechtslage würde bereits eine so naheliegende Gefährdung des Vermögens der Besteller darstellen, dass sie unbedenklich einen Vermögensschaden i. S. den § 263 StGB gleichgesetzt werden könnte».

⁷⁰ Näin ilmeisesti *Dalcke—Fuhrmann—Schäfer* s. 329, *Germann*, Das Verbrechen s. 278, *Hirschberg* s. 337, *Kohlrausch—Lange* s. 585 (joka mainitsee esimerkiksi »nichtgeschuldete Eingehung einer Wechselverbindlichkeit»), *Mezger* BT s. 183 s. ja *Schönke—Schröder* s. 1101. — Kun Saksan rikoslainsäädäntöä uudistamaan asetettu komitea halusi vaihtaa käsitteen »Vermögensschädigung» sanaan »Nachteil», ei tällä tarkoitettu mitään asiallista muutosta säännöksen soveltamisalaan. Jälkimmäisen sanan käyttäminen katsottiin olevan kuitenkin asianmukaista, koska »noch mehr als das Wort 'Vermögensschaden' schliesst das Ausdruck 'Nachteil' jeden Zweifel darüber aus, dass auch die Gefährdung des Vermögens genügen kann», ks. *Dahm* s. 461 s.

⁷¹ Ks. *Nagler* s. 368, joka huomauttaa siitä edellä tekstissä korostetusta erosta, joka on etuuden arvoa alentavan vaarantilan ja vain yleisen vahingon syntymisen vaaran välillä; ainoastaan edellisessä on kysymyksessä varallisuusvahinko. Samoin *Olshausen* II s. 1081 (»Eine blosse Gefährdung des Vermögens..., die blosse Möglichkeit des Eintritts einer Vernachteiligung ist an sich noch keine Vbschdg., da diese eine nachteilige Veränderung des aktuellen Vzustandes voraussetzt.»); ks. myös *Kronacher* s. 7. Jos varallisuusvahinko ymmärretään puhtaasti oikeudellisenä ilmiönä, on selvää, ettei vaarantaminen voi tätä merkitä: »Eine Vermögensgefährdung lässt den Rechtsstand intakt und stellt deshalb keine Schädigung dar», *Binding* s. 360; ks. myös *Estlander* s. 160, *Hafters* s. 267 ja *Merkel* Handbuch s. 763 alav. 6. — Pelkkä vaara ei myöskään *Øvergaardin* mukaan toteuta petoksen seuraustunnusmerkkiä, ks. s. 90.

⁷² Ks. esim. *Strahl* s. 112 s. »Fara för ekonomisk skada är således ekonomisk skada, i den mån faran vid ett ekonomiskt bedömande är beaktansvärd och icke uppväges av utsikter till förvärv».

pauksiin sellaisenaan soveltuvalla säännöllä selvitettävissä. Ajatellaan esimerkiksi tilannetta, jossa A valheellisesti ilmoittaa B:lle odottavansa tämän lasta ja vaatii tältä kertakaikkisena korvauksena ja elatusapuna 5.000 markkaa. B uskoo A:n ilmoitukseen ja sitoutuu sanotun rahasumman suorittamaan, mutta pääsee, ennen kuin suoritus tapahtuu, perille asian oikeasta laidasta. B:n sitoumus ei vaikuta hänelle kuuluvien etuuksien arvoa vähentävästi eikä se myös sellaisenaan — koskei se perusta oikeudellista täyttämisvelvollisuutta — merkitse tappiota. Ainoa mahdollisuus saattaa A vastuuseen täytetystä petoksesta olisi se, että katsottaisiin jo sitoumuksesta aiheutuneen vaarantilan syntymisen merkinneen taloudellista tappiota B:lle. Mutta ajatellaanpa tilannetta sikäli muutettuna, ettei B anna mitään nimenomaista sitoumusta vaaditun korvauksen suorittamisesta, vaan ainoastaan kunnianmiehenä päättää mielessään suostua esitettyyn vaatimukseen. Onko vaara tässä olennaisesti pienempi kuin edellisessäkin tapauksessa? Tuskinpa. Voidaan mennä vielä pitemmälle: eikö jo se tosiasia, että B uskoo A:n ilmoitukseen — erehtyy — luo asianhaaroista riippuen tilannetta, jossa tappion syntymisen vaara on yhtä huomionarvoinen kuin ensiksi mainitussakin tapauksessa? Mikäli vastaus on myönteinen, ei täytetyn petoksen mahdollisuutta viimeksi mainituksessa tilanteessa voitaisi oikein kiistää silläkään perusteella, ettei erehdys ollut vielä aiheuttanut mitään disponointia B:n taholta, sillä RL 36: 1 ei sanamuotonsa mukaisesti aseta nimenomaista vaatimusta tällaisen välittävän »lenkin» olemassaolosta. Päinvastoin on disponoinnin katsottu kuuluvan petoksen olemukseen »näkymättömänä» tunnusmerkkinä etupäässä juuri sen takia, että on pidetty mahdottomana, että jo pelkkä erehdys voisi aiheuttaa tappiota.⁷³

Toisaalta taas saatetaan joutua yhtä outoihin tilanteisiin, jos tappion vaaran tappiomerkitys yleisesti kiistetään. Ajatellaanpa, että A erehdyttää B:n allekirjoittamaan haltijavelkakirjan. Tässä B on epäilemättä disponoinnillaan saanut aikaan tilanteen, jossa vastaisen tappion syntymisen mahdollisuus on varsin läheinen. Ellei tämä vaara vielä riittäisi tappioksi, olisi kai ainoa mahdollisuus A:n saattamiseksi vastuuseen erehdyttämisestään, tuomita hänet petoksen yrityksestä. Kuten edellä on pyritty osoittamaan, ei petoksen yrityskään kuitenkaan tule tämän tapaisissa tilanteissa kysymykseen. A:n petos tulee täytetyksi joko velkakirjan luovuttamisella tai sitten ei lainkaan ole kysymyksessä petos. Sillä mitä tämän jälkeen tapahtuu ei enää ole merkitystä sen petoksen kannalta, joka alkoi henkilön erehdyttämisellä allekirjoittamaan velkakirja.

⁷³ Ks. ed. s. 95 s. ja alav. 3 samalla s:lla.

Käsiteltävänä olevan ongelman selvittämistä on myös omiaan vaikeuttamaan se, että siinä ollaan tekemisissä käsitteen kanssa, jolla on hyvin keskeinen asema myös yritysopissa.⁷⁴ Onhan varsin yleinen ja meilläkin hyväksytty katsantokanta, että yrityksestä rankaiseminen perustuu vaaran ajatukseen, ts. yrityksestä rangaistaan henkilöä, joka tunnusmerkistönmukaisella toiminnallaan aiheuttaa konkreettisen vaaran tunnusmerkistön mukaisen seurauksen syntymisestä.⁷⁵ Mikäli nyt jo tappion syntymisen vaaran voitaisiin katsoa merkitsevän petoksen seuraustunnusmerkin toteutumista, ei petoksen yritys kenties tuntuisi olevan käsitteellisesti lainkaan mahdollinen. Jonkin rikoksen tultua täytetyksi, ei teko nimittäin voi enää olla saman rikoksen yritystä⁷⁶, eikä petoksen yrityksenä taas saada tulla rangaistavaksi suhtautuminen, joka aiheuttaa vain erehdyksen syntymisen tai vireillä pysymisen vaaran, ilman että samalla voitaisiin todeta tavaran tai rahan tappion vaara: petoksen tunnusmerkistönmukainen seuraushan on nimenomaan tavaran tai rahan tappio eikä vain erehdyksen syntyminen tai vireillä pysyminen.

Epäilyksiä vaaran kelpuuttamiseksi tavaran tai rahan tappioksi herättää myös ajatus siitä, että jos kerran jo tulevaisuudessa odotettavissa olevan menetyksen vaara riittää petoksen seuraustunnusmerkiksi, niin silloin kai johdonmukaisuus edellyttäisi, että myös vaara tällaisen vaarantilanteen syntymisestä (jos tämä kerran jo on tappio) merkitsee taloudellista menetystä jne. loputtomiin.

Viitatuista vaikeuksista huolimatta on kuitenkin todettava, että käsitys, joka kiistäisi pelkältä vaaralta tappiomerkityksen, ei olisi tosiolojen kanssa yhtäpitävä. Aivan samoin kuin taloudellinen katsantokanta tietyn edellytyksin näkee tulevaisuudessa odotettavissa olevassa arvonsaamisessa tekijän, joka on otettava huomioon jo nykyhetken taloudellista asemaa arvosteltaessa, on tilanteita, joissa myös odotettavissa oleva menetys vaikuttaa siihen arvosteluun, joka nykyhetkeä silmällä pitäen toimitetaan. Kysymys on vain siitä, millä edellytyksillä tappion vaaralla saattaa olla tällainen merkitys.

Ensinnäkin on selvää, ettei mikä tahansa tappion syntymisen mahdollisuus vielä saada vaikuttaa henkilön nykyhetken taloudellisen tilanteen arviointiin. Tarkkaa ja yleispätevää sääntöä lopullisen tappion todennäköisyysasteen suhteen ei kuitenkaan voida antaa, vaan vastaus

⁷⁴ Ks. myös Nagler s. 367 s.

⁷⁵ Ks. esim. *Honkasalo* Kausaalisuuskysymys s. 174 ss. ja II s. 156 ss. sekä *Salovaara* Yritys s. 228.

⁷⁶ Ks. esim. *Salovaara*, vmt. s. 190.

jää yksityistapauksessa riippumaan siitä, onko tilannetta pidettävä sellaisena, että huomioon ottaen kaikki asiaan vaikuttavat seikat lopullisen menetyksen aiheutumista voidaan pitää siinä määrin todennäköisenä, että järkevä taloudellinen ajattelu kiinnittää siihen huomiota taloudelliseen asemaan vaikuttavana tekijänä.⁷⁷ — Arviointi on toimitettava pitäen silmällä sitä tilannetta, joka erehdyttämisestä (sen aikaansaaman disponoinnin kautta) välittömästi aiheutui.⁷⁸ Kun kuitenkin vastausta etsitään kysymykseen, aiheutuiko erehdyttämisestä huomionarvoinen tappion vaara, ei arvostelua ole perustettava vain niihin seikkoihin, jotka olivat tiedossa sillä hetkellä, jota silmällä pitäen arviointi toimitetaan, vaan huomio on kiinnitettävä kaikkiin niihin seikkoihin, joitten jälkeenpäin havaitaan olleen po. hetkellä vaikuttamassa tilanteen tulevaan kehitykseen. Vieläpä sellaisetkin jo tuolloin tosiasiaassa olemassa olleet seikat, joista ei silloin edes olisi voinut olla tietoa, on otettava huomioon. Kysymys ei nimittäin ole siitä, olisiko lopullisen menetyksen syntymistä po. hetkellä voitu pitää todennäköisenä, vaan siitä, onko erehdyttämisen johdosta tosiasiallisesti syntynyt sellainen tilanne, joka sisälsi vaadittavan todennäköisyyden tappion syntymisestä. Ja tämä voidaan selvittää vain ottamalla huomioon kaikki ne seikat, jotka kysymyksessä olevaan aikaan olemassa olleista ovat arviointihetkellä tiedossa.⁷⁹ — Se kysymys, mitä vaarasta ja siihen vaikuttavista seikoista etukäteen todella tiedettiin, liittyy syyksiluettavuusongelmaan; tilanne saattaa hyvinkin olla se, että vaikka arvioinnissa tullaan tulokseen, että erehdyttämisen kautta syntyi taloudellisesti arvostellen huomionarvoinen vaara, ei sen aiheutumista kuitenkaan voida lukea erehdyttäjälle syyksi.⁸⁰ — Voi myös käydä niin, että jokin seikka, joka on tiedossa

⁷⁷ Ks. *Schönke—Schröder* s. 1101, jonka mukaan ratkaisevaa on, miltä vaaran-taminen vaikuttaa »nach wirtschaftlicher Betrachtungsweise»; ks. myös *Bartusch* s. 16 ja *Schwander* s. 347.

⁷⁸ Kun arvosteluhetkellä yleensä tiedetään, syntyikö lopullinen tappio vai ei, on luonnollista, että vaikka arviointi periaatteessa onkin suoritettava tekstissä mainittua ajankohtaa silmällä pitäen, siihen jossakin määrin vaikuttavat ne tiedot, joita arvioijalla on tapahtumien tosiasiallisesta kehityksestä: mikäli lopullinen tappio todella on tapahtunut, ollaan taipuvaisempia katsomaan, että erehdyttäminen myös aiheutti taloudellisesti arvioiden huomioon otettavan vaaran sen syntymisestä ja päinvastoin. Ks. tämän suhteen myös *Honkasalo*, Kausaalisuuskysymys s. 170 ja *Salovaara*, Yritys s. 235.

⁷⁹ Toisin yrityksen vaarallisuuden arvostelun osalta esim. *Honkasalo* II s. 153 ss., *Salovaara* vmt. s. 236 s. ja *Serlachius* I s. 123.

⁸⁰ On kuitenkin huomattava, että kysymys syyksiluettavuusasteesta ei ole riippuvainen siitä, pitikö erehdyttäjä tilannetta »vaarana». Häneltä on vaadittava

vasta arviointihetkellä (vaikka se jo oli olemassa sinä ajankohtana, jota silmällä pitäen arviointi suoritetaan), on sellainen, että sen olemassaolo on vaikuttanut, ettei mitään vaaraa lopullisen tappion syntymisestä tosiasiaassa ole ollutkaan olemassa, vaikkakin lopullisen menetyksen syntyminen vain niiden seikkojen perusteella arvioiden, jotka jo etukäteen olivat tiedossa, olisikin ollut todennäköistä. Milloin näin on, ei tekijän voida katsoa aiheuttaneen taloudellisesti huomionarvoista vaaraa.⁸¹

Arvioitaessa lopullisen menetyksen todennäköisyyttä ei ratkaisua saa tehdä pelkästään objektiivisten näkökohtien perusteella. Mahdollisimman suuressa määrin on myös vältettävä nojautumista joihinkin yleistäviin toteamuksiin. Niinpä esim. nimen kirjoittaminen vekseliin tai haltijavelkakirjaan velalliseksi olosuhteissa, jotka aiheuttavat siviilioikeudellisen pätemättömyyden, synnyttää varmastikin usein varsin

tietoisuutta vain niistä tosiasioista, joiden perusteella vaarantilan on objektiivisesti arvostellen katsottu olleen olemassa. Syyksiluettavuuskysymyksessä ei ts. ole ratkaisevaa, mielsikö erehdyttäjä, että hänen toimintansa johdosta syntyi »vaara» lopullisesta tappiosta. Tässä suhteessa riittää, mutta on toisaalta välttämätöntä, että hän on tahallisesti aikaansaanut sen tosiasiallisen tilanteen, jonka voidaan sanoa sisältäneen vaaran lopullisesta tappiosta, sekä että hän on ollut tietoinen niistä tosiasioista, joitten perusteella vaarantilan olemassaolo on pääteltävissä, samoin kuin siitä todennäköisestä tilanteen kehityksestä, jonka varaan vaara-arvostelma perustetaan. Hänen tulee ts. olla tietoinen kaikesta siitä materiaalista, jonka perusteella vaaran objektiivisesti arvostellaan olleen olemassa. Toisin *Strahl* s. 126 ss., joka katsoo riittäväksi, että henkilö tuntee ne tosiasialliset olosuhteet, joiden perusteella vaaran voidaan katsoa olleen olemassa. Tämän mielipiteen hyväksyttävyyys vaikuttaa kyseenalaiselta. Henkilöön ei nimittäin voida kohdistaa tahallisuuspaheksuntaa, ellei hän ole edes mahdollisena mieltänyt seurauksen — tässä vaaran — syntymistä. Ja tätä hän ei ole voinut tehdä, mikäli hän on arvioinut väärin tilanteen tulevan kehityksen. — Syyksiluettavuusopista esittämiensä käsitysten perusteella ratkaisisi kysymyksen tässä esitetyn mukaisesti ilmeisesti esim. *Honkasalo*, ks. II s. 101. — Petoksen edellyttämän tahallisuuden suhteen ks. jälj. IV.

⁸¹ On erityisesti huomattava, että silloin kun on kysymys etuuksien *arvoon* vaikuttaneen vaaran selvittämisestä, ovat sekä arvioinnin päämäärä että perusteet toiset. Tällöin on nimittäin ratkaisevaa, minkälaiselta tilanne *näytti* sillä hetkellä, jota silmällä pitäen arviointi suoritetaan. Vain ne seikat, jotka tuolloin olivat tiedossa (tai joiden luultiin olevan olemassa), voidaan panna arvostelun pohjaksi, sillä tilanteen tuleva kehitys saattaa vaikuttaa etuuden nykyarvoon vain sikäli kuin se (siihen vaikuttavat tekijät) on tiedossa. Se, että myöhemmin tullaan tulokseen, että vaara ei tosiasiallisesti ollutkaan syntynyt, ei enää saata vaikuttaa asiaan; ja päinvastoin: se, että jälkepäin todetaan po. hetkellä olleen olemassa seikkoja, jotka merkitsivät vaaran olemassaoloa, mutta joita ei tuolloin tunnettu, on merkitystä vailla.

huomionarvoisen vaaran tulevasta tappiosta. Tämä ei kuitenkaan missään nimessä oikeuta yksityistapauksessa ilman muuta päättämään, että henkilö, joka on erehdytetty edellä kerrotuin tavoin kirjoittamaan nimensä, olisi kärsinyt tappion. Ei nimittäin riitä, että erehdyttämisen kautta on aiheutunut tilanne, joka tyypiltään on sellainen, että siihen kokemuksen mukaan liittyy usein läheinen mahdollisuus tulevaisuudessa syntyvästä tappiosta, vaan petoksen olemassaolon toteamiseksi vaaditaan positiivista ratkaisua sen suhteen, onko nimenomaan käsillä olevassa tapauksessa tällainen vaara aiheutunut. Ja edellä mainituissa velkakirja- tai vekselitapauksissa saattaa olla olemassa olosuhteita, jotka aiheuttavat sen, ettei tappion vaara ole sellainen, että se olisi taloudellisessa arvostelussa otettava huomioon. — Toisaalta taas saattaa olla tilanteita, joiden kaltaisissa ei yleensä voida katsoa vaadittavan vaaran syntyneen, mutta joihin kuitenkin yksityistapauksessa saattaa liittyä läheinen tappion syntymisen mahdollisuus. — Ennen kaikkea on sellaisissa tapauksissa, joissa lopullisen tappion syntyminen erehdyksen aiheuttamasta tilanteesta on suuresti riippuvainen jostakin asianosaisten lisätoimenpiteistä (esim. vekselin tai velkakirjan siirtämisestä tai sen sisältämän »oikeuden» oikeudellisesta toteuttamisesta), tilanteen arvostelussa kiinnitettävä erityistä huomiota siihen, onko heillä aikomus ryhtyä ko. toimenpiteeseen.⁸²

Edellä sitoumusten tappiomerkitystä käsiteltäessä todettiin, että eräät sellaisetkin tutkijat, jotka periaatteessa katsovat sitoumuksen syntymisen sellaisenaan aina merkitsevän tappiota, kiistävät lain tai hyvän tavan vastaisina mitättömiltä sitoumuksilta tämän merkityksen. Samoin todettiin, ettei eron tekeminen näiden ja täysin moitteettomien sitoumusten välillä saattane perustua muuhun kuin niiden erilaisten oikeusvaikutusten huomioon ottamiseen. Mitä sitten tulee »mitättömien» sitoumusten asettamiseen eri asemaan kuin pelkästään pätemättömät velvoitteet, ei se voi perustua samaan syyhyn; tässähän molemmilta puuttuu oikeudellinen pätevyys.⁸³ Mikäli näin kuitenkin tehdään, ei se saata johtua muusta kuin siitä, että mitätön sitoumus ylipäätään sisältää pienemmän vaaran lopullisesta tappiosta kuin sitoumus, joka on vain esim. erehdyttämisen johdosta pätemätön. Pelkästään erehdyttä-

⁸² Ks. esim. ed. alav. 69:n kohdalla viitattua oikeustapausta OLG Celle p. 29. 11. 1958. Sillä, että henkilö allekirjoittaa tavaratilauksen, ei sellaisenaan yleensä vielä voitane katsoa syntyneen vaaraa siitä, että hän joutuu ostamaan enemmän kuin mitä hänen tilauksensa osoittaa. — Ks. myös *Salmiala* DL-42 s. 66.

⁸³ Vrt. kuit. Saksan oikeuden osalta ed. alav. 49.

misen vuoksi pätemättömän sitoumuksen sisältämä »oikeus» on yleensä todennäköisemmin toteutettavissa kuin mitätön sitoumus. Tässäkin on kuitenkin varottava liikaa yleistämistä. Yksityistapauksessa s a a t t a a mitätönkin sitoumus perustaa huomionarvoisen vaaran lopullisen tappion syntymisestä, ja toisaalta voi taas pelkästään pätemätön sitoumus olla syntynyt olosuhteissa, jotka aikaansaavat sen, ettei siihen voida katsoa liittyvän tällaista vaaraa.⁸⁴ Ajateltakoonpa vaikka toisaalta tilannetta, jossa oikeusavustaja on päämiehensä saamasta maksuttomasta oikeudenkäynnistä huolimatta erehdyttänyt tämän sitoutumaan suorittamaan avustajalle palkkion (sopimus tällaisesta palkkiosta on mitätön, ks. LMO 6 § 2 mom.), ja toisaalta taas tapausta, jossa henkilö yhdenkään todistajan olematta läsnä on erehdyttynä antanut suullisen maksu- tms. suorituslupauksen olosuhteissa, joiden perusteella melkoisella varmuudella voidaan olettaa hänen pääsevän perille sopimuskumppaninsa vilpistä ennen kuin hänen suoritusvelvollisuutensa tulisi ajankohtaiseksi (esim. jos sopimuskumppanin vastasuoritus on erehdytetyt suorituksen edellytyksenä). Lopullisen tappion vaara on jälkimmäisessä tapauksessa epäilemättä vähäisempi kuin edellisessä. — Näin ollen ei mielestäni ole oikein yksityistapauksessa vastata kysymykseen tappion syntymisestä kielteisesti vain sitoumuksen mitättömyyteen viittaamalla. Ratkaisu on nähdäkseni tehtävä puhtaasti sen perusteella, mikälainen vaara tarkasteltavana olevassa tapauksessa on sitoumuksesta aiheutunut. Ja vain tämän vaaran intensiivisyyttä arvosteltaessa voidaan kiinnittää huomiota, muiden seikkojen ohessa, siihen, että sitoumus on mitätön ja siis mm. sellainen, että tuomioistuimen on ex officio kiinnitettävä sen vaikutuksettomuuteen huomionsa.⁸⁵ — Se, että arvostelu sitoumusten vaaramerkityksen selvittelyn yhteydessä on suoritettava »yksilöllisesti», onkin ainakin tietynlaisten sitoumusten osalta joidenkin tutkijoiden esityksissä todettu. Niinpä lausutaan mm. naturaali-obligaatioiden osalta, että niiden tappiomerkitystä arvosteltaessa on

⁸⁴ Ks. myös esim. RGSt 48 s. 186 s., jossa katsotaan mitättömän sitoumuksen syntymisen voivan merkitä varallisuusvahinkoa jo sen vuoksi, että on olemassa se vaara, että »velvoitettu» tietämättömänä tosiasiallisesta oikeudellisesta tilanteesta täyttää »sitoumuksensa».

⁸⁵ Vrt. esim. *Strahl* s. 46 (jossa on kysymys tilanteesta, jossa henkilö on erehdytetty ostamaan luotolla kelvottomia sikiönlähdettämisaineita): »Köpeskillingsfodringen är ogiltig och kan icke konstituera skada». — Ratkaisevaa ei kuitenkaan nähdäkseni ole sitoumuksen mitättömyys, vaan se, ettei velvoittautumisesta esimerkiksi tarkoitetuissa olosuhteissa — tosin mm. juuri sitoumuksen mitättömyydestä johtuen — voida katsoa aiheutuneen sellaista vaaraa tulevista lopullisesta tappiosta, että se olisi taloudellisen arvostuksen kannalta huomionarvoinen.

huomio kiinnitettävä velallisen maksuhaluun ja muihin sitoumuksen toteuttamismahdollisuuksiin vaikuttaviin tekijöihin.⁸⁶

Vaikka voitaneenkin sanoa, että vaaran läheisyys on tärkein seikka vaaran aiheutumisen taloudellista merkitystä arvosteltaessa, ei se kuitenkaan yksin ratkaise sitä, onko yksityistapauksessa jo tappion vaara katsottava tappioksi. Aihetta käsittelevässä kirjallisuudessa ei tosin juuri näy merkkejä siitä, että vaaran merkitystä arvosteltaessa olisi kiinnitetty huomiota muihinkin seikkoihin kuin lopullisen tappion todennäköisyyteen. Tästä johtuen on luonnollista, että myös näiden muiden kriteerien lähempi täsmentäminen on jäänyt varsin vähäiseksi. — Saksalaisesta oikeuskäytännöstä voidaan mainita eräs päätös (RGSt 8 s. 66 ss.), jossa tosin on oivallettu muidenkin seikkojen kuin vaaran läheisyyden merkitys, mutta jossa näihin seikkoihin omaksuttu kanta ei tunnu oikealta. Päätöksessä todetaan, ettei varallisuuden vaarantamista voida vielä pitää varallisuusvahinkona lopullisen vahingon todennäköisyydestä huolimatta, mikäli lopullisen vahingon syntyminen on riippuvainen jostakin sellaisesta seikasta, jonka toteutuminen on asianosaisten tahdon vallassa. Niinpä RG tässä päätöksessään asettui sille kannalle, ettei avoimen siirron merkitseminen vekseliin vielä merkinnyt varallisuusvahinkoa, koskapa siirtäjää kohtaavan vastuun syntyminen (varallisuusvahinko) olisi edellyttänyt lisäksi sitä, että erehdyttäjä siirtää vekselin edelleen. RG:n kannanotossa on se epäilemättä oikea ajatus takana, että huomiota on kiinnitettävä myös siihen, *m i t e n* ja minkä kautta (välittömästi) lopullinen tappio syntyy. Rajoitusta ei kuitenkaan voitane tehdä viitatussa päätöksessä esitetyn tavoin.⁸⁷ Päinvastoin lienee todettava, että juuri sellaisissa tapauksissa, joissa erehdyttämällä aikaansaatu disponointi on antanut erehdyttäjälle ikään kuin »vapaat kädet» päämääränään pitämänsä lopullisen tappion sinetöimiseen myöhemmällä suhtautumisellaan, ollaan valmiit näkemään taloudellinen menetys jo vaarantilan syntymisessä. — Kysymykseen on kiinnittänyt huomiota myös *Strahl*, joka lausuu:⁸⁸ »Man torde även ha anledning att fästa avseende vid huruvida lagens mening kan vara att framkallande av fara av ett ifrågavarande slag skall föranleda straff enligt det ifrågavarande straffbudet eller om icke fallet hellre bör anses höra till ett område, vars kriminalisering ankommer på ett annat straffbud. Därvid torde beaktas vad som för ett naturligt betraktelsesätt

⁸⁶ Ks. esim. *Nagler* s. 365 ja *Strahl* s. 46 alav. 1.

⁸⁷ Tällaista rajoitusta en ole havainnut muissa RG:n tai BGH:n ratkaisuissa.

⁸⁸ S. 119 s.

framstår såsom själva utförandehandlingen, så att skada anses uppkomma först genom denna.» Tämän ajatuksenjuoksun avulla Strahl katsoo olevan ymmärrettävää, ettei henkilöä, joka erehdyttämällä huoneiston haltijan, hankkii itselleen sinne pääsyn aikomuksin anastaa huoneistossa olevaa omaisuutta, rangaista petoksesta siitäkään huolimatta, että jo ko. varastamisaikeissa olevan henkilön sisäänpäästäminen merkitsee läheisen vaaran syntymistä tulevasta tappiosta. Tämä selittää Strahlin mukaan myös sen, ettei se seikka, että joku erehdytetään antamaan toiselle valtakirja, joka tekee erehdyttäjälle mahdolliseksi toimia valtakirjan antajan vahingoksi, vielä merkitse vahinkoa. Erehdyttäjän suunnitelmassa »ter sig användandet av fullmakten såsom själva utförandehandlingen, och för denna kommer straff enligt bestämmelserna om behörighetsmissbruk eller trolöshet mot huvudman i fråga» (s. 120).⁸⁹ Varsinkin edellinen näistä kahdesta esimerkistä osoittaa nähdäkseni varsin selvästi sen edellä esittämäni toteamuksen paikkansa pitävyyden, että vaaran tappiomerkitystä arvosteltaessa on kiinnitettävä huomiota muihinkin seikkoihin kuin vain vaaran läheisyyteen.⁹⁰ Kyseenalaista sen sijaan on, ovatko Strahlin esittämät näkökohdat muutoin hyväksyttävissä. Ongelma vaaran merkityksestä henkilön taloudellisen aseman kannalta on eri asia, kuin se kysymys, onko lain tarkoituksena rangaista vaaran aiheuttajaa petoksesta vaiko jostakin muusta rikoksesta. Nämä kaksi probleemaa ovat täysin erillisiä, ja sen seikan pohtiminen, kilpailleeko petossäännöksen kanssa jokin toinen kriminalisointi, tulee ajan-kohtaiseksi vasta sen jälkeen, kun ensiksi mainittu näistä kysymyksistä on selvitetty. Todettakoon kuitenkin, että Strahlinkin ajatuksenjuoksussa tuntuu punaisena lankana olevan, että lopullisen tappion syntymistapa ja välitön syy ovat tekijöitä, jotka on otettava arvostelussa huomioon. Ratkaisevaa ei kuitenkaan ole se, mitä erehdyttäjä pitää täytäntöönpanotoimena, vaan se, voidaanko sanoa, että sillä tappiolla, jota odotetaan, on perustansa juuri erehdytetyn disponointitoimessa. Ts., ovatko lopullisen tappion syntymisperusteet löydettävissä juuri

⁸⁹ Todettakoon, että meillä on vastaavassa tilanteessa tuomittu erehdyttäjä, joka sittemmin käytti valtakirjaa, sekä petoksesta että epärehellisyydestä, ks. KKO 1940 II 296.

⁹⁰ Kysymyksessä oleva esimerkki esiintyy jokseenkin jokaisessa petosta koskevassa yleisesityksessä. Yleensä sitä tosin käytetään esimerkkinä disponoinnin ja tappion välisen välittömyyden vaatimuksesta kiinnittämättä huomiota siihen, että joskaan disponointi (varkaan laskeminen sisälle) ei välittömästi aiheuta lopullista tappiota (tavaroiden menettämistä), se kuitenkin välittömästi aikaansaa vaaran tämän lopullisen tappion syntymisestä.

tuosta erehdytetyn henkilön suhtautumisesta, niin että lopullisen tappion syntyminen on vain sen tilanteen loppuun kehittymistä, jolla oli perustansa disponoinnissa. Tapausta on ts. valotettava paitsi siten, että todetaan erehdyksen (disponoinnin) lisännen tappion syntymisen mahdollisuutta vaadittavassa määrässä, myös ikään kuin taaksepäin siitä lopullisesta tappiosta, jonka syntyminen oli pelättävissä (ja täysin riippumatta siitä, tiedetäänkö arvosteluhetkellä, että po. tappio jäi syntymättä vaiko ei), sekä tarkasteltava, mikä merkitys erehdyksellä (ja sen aiheuttamalla disponoinnilla) oli siinä ketjussa, joka johti (tai paremminkin: jonka pelättiin johtavan) lopulliseen tappioon. Vain silloin, kun tämä kuvitellun tapahtumaketjun tarkastelu pelätystä seurauksesta taaksepäin osoittaa, että vaaran synnyttänyt disponointi muodostaa tässä ketjussa sen ilmiön tai seikan, jonka voidaan sanoa luoneen perustan seurauksen syntymiselle, saatetaan disponoinnin sanoa merkinneen taloudellisen menetyksen aiheutumista. — Jos tarkastellaan rinnakkain tilanteita, joissa henkilö on erehdytetty a) antamaan anastusaikeissa olevalle henkilölle vapaa pääsy huoneistoonsa ja b) hyväksymään vekseli, niin ei tapausten välillä ole havaittavissa mitään periaatteellista eroa, jos otetaan huomioon vain disponoinnin aiheuttaman vaaran intensiteetti. Molemmissa saattaa — olosuhteista riippuen — tappion vaara olla yhtä suuri. Sen sijaan on selvä ero olemassa, jos niitä edellä esitetyn tavoin tarkastellaan pelätyn tappion syntymisestä taaksepäin: vain jälkimmäisessä erottautuu erehdyttäminen (ja sen aiheuttama disponointi) tapahtumaketjussa siksi tekijäksi, joka varsinaisesti loi perustan lopullisen tappion (esim. vekselin joutuminen vilpittömässä mielessä olevan haltuun) syntymiselle.^{91 92}

⁹¹ Huolimatta siitä, että on osoittautunut mahdottomaksi tietoteoreettisten näkökohtien perusteella osoittaa kausaalisten tekijöiden eriarvoisuus (loogisesti ajatellenhan ne, mikäli hyväksytään *conditio sine qua non* -sääntö kausaalisuus-arvostelun perustaksi, aina ovatkin samanarvoiset), on kuitenkin vastaansanomaton tosiasia, että luonnollinen katsantokanta näkee usein jonkin tai jotkin edellytykset toisia ratkaisevimpina; ks. tämän johdosta esim. *Honkasalo*, Kausaalisuuskysymys s. 74 ss. Ja taloudellinen katsantokanta, joka on elävän elämän luoma ja sen tarpeita varten syntynyt, perustuu suuressa määrin juuri luonnolliseen näkemykseen.

⁹² Tavallaan sama ajatus, joskin eri sanoin esitettynä, sisältyy siihen *Strahlin* edellä jo viitattuun toteamukseen, että vaaratilanteita arvosteltaessa on huomiota kiinnitettävä myös siihen, mikä *»för ett naturligt betraktelsesätt framstår såsom själva utförandehandlingen, så att skada anses uppkommen först genom denna»*, ks. s. 119 s.

Voitaisiin myös ajatella, että odotetun lopullisen tappion syntymistavalla saattaisi olla merkitystä. Edellä on itse asiassa pidetty silmällä vain sellaisia tilanteita, joissa sen henkilön, joka suhtautumisellaan välittömästi aiheuttaa lopullisen tappion syntymisen (velkakirjan siirtymisen kolmannelle tms.), ajatellaan olevan joku muu kuin erehdytetty (tai lopullisen tappion kärsijä). — Edellä on lausuttu, että taloudellinen katsantokanta saattaa nähdä jo tappion vaarassa taloudellisen menetyksen sen vuoksi, että se yleensäkin jo nykytilanteen arvostelussa kiinnittää huomiota myös tilanteen odotettavissa olevaan kehitykseen. Mutta on huomattava, että arviointi toimitetaan juuri nimenomaan jonkun tietyn henkilön kannalta, ei yleisesti. Ts. kun sanotaan, että tappion vaara tietyin edellytyksin saattaa huonontaa henkilön nykyhetken taloudellista asemaa, tarkoitetaan tällä sitä, että juuri tämän henkilön taloudellista tilannetta arvosteltaessa voidaan disponoinnin aikaansaaman tilanteen pohjalta pitää todennäköisenä, että disponointi on tuova mukanaan hänelle lopullisen tappion. Voidaanko kuitenkin näin sanoa silloin, kun lopullinen tappio on riippuvainen jostakin tappion kärsijän omassa tahdonvallassa olevasta seikasta? Eikö koko rakennelma vaarasta taloudellisenä menetyksenä itse asiassa nojaudu siihen, että tilanteen kehitys vaaran aiheuttaneesta disponoinnista lähtien on disponoijan tahdosta riippumaton, että tilanne niin sanoakseni on riistäytynyt disponoijan (tai vahingon kärsijän) käsistä? Ts., että ei ole niinkään kysymys siitä, että saattaa syntyä tappio, kuin siitä, että ko. henkilö saattaa joutua kärsimään tappion.⁹³ Ennen kaikkea tällä kysymyksellä on merkitystä arvosteltaessa tilanteita, joissa lopullinen tappio ei saata syntyä ilman jotakin lisätointa tappion kärsijän puolelta, ja joissa voidaan pitää todennäköisenä, että hän ennen po. toimen tulemista ajankohtaiseksi pääsee perille erehdyksestä. Voidaanko tällöinkin, mikäli vaadittavalla todennäköisyydellä voidaan päätellä, että hän huolimatta siitä, että hän pääsee toisen vilpistä selville, tulee po. toimen suorittamaan, katsoa, että vaarantilan syntymisen aiheuttanut disponointi on merkinnyt petosrikoksen tunnusmerkistön täyttymistä? Tällöin henkilö suorittaa lopullisen tappion välittömästi aiheuttavan toimen, ilman että hän olisi siihen velvollinen ja ilman että hän olisi väärässä käsityksessä sen merkityksestä. Voidaan ajatella esim. tilannetta, jossa A tilaa B:ltä

⁹³ Näin Schönke—Schröder s. 1101; vaaratilanne merkitsee tappiota, »wenn der Getäusche durch die Verfügung eine Situation geschaffen hat, in der der endgültige Verlust nicht mehr wesentlich von seinem Zutun abhängt». Tilanteen on oltava sellainen, että erehdytetty on »das Geschehen aus der Hand gegeben».

jotakin tavaraa tiettyyn hintaan, jonka hän sitoutuu suorittamaan po. tavarain saadessaan. B:llä ei ole alun perinkään aikomusta toimittaa luvattua tavaraa, vaan jotakin sellaista, joka ei arvoltaan vastaa sovittua kauppahintaa. On aivan hyvin ajateltavissa, että joskin sopimuksen tekohetken ajankohtaa silmällä pitäen voitaisiin pitää varsin todennäköisenä, että A pääsee perille siitä, että B on häntä erehdyttänyt, A tästä huolimatta tulisi — riidan ja mahdollisen oikeudenkäynnin välttämiseksi — omasta puolestaan suorittamaan luvatus maksun saadessaan B:ltä tämän ala-arvoisen toimituksen. Tai voidaan ajatella tilannetta, jossa A, joka on B:n liikekumppani, erehdytetään takaukseen B:n velasta C:lle olosuhteissa, joiden perusteella voidaan pitää erittäin todennäköisenä, että hän tulee pääsemään perille erehdyttämisestä ennen kuin hänen takauksensa tulisi ajankohtaiseksi ja siitä ettei takaukseen oikeudellista tietä voitaisi saattaa häntä vastaan tehokkaaksi, mutta joista yhtä kaikki olisi pääteltävissä, että A — esim. haluten pitää B:n yritystä jaloillaan tai heidän välisiään hyviä liikesuhteita yllä — katsoo kaikesta huolimatta olevansa pakotettu takauksesta vastaamaan.⁹⁴ — Ei tunnu olevan mitään periaatteellista estettä sille, että myös tällaisissa tapauksissa on erehdyttäjän aikaansaama lopullisen menetyksen vaara otettava huomioon erehdytetyn taloudellisen aseman arvostelussa. On vain huomattava, että tämän tyyppisissä tapauksissa useimmiten puuttuu vaadittava yhteys erehdyttämisellä aikaansaadun disponoinnin ja odotettavissa olevan lopullisen tappion väliltä — joko tyystin tai ainakin siten, ettei disponoinnilla ole sitä ratkaisevaa asemaa kausaaliketjussa, joka edellä todettiin välttämättömäksi.

Yhteenvetona edellä esitetystä voidaan todeta, että vaaran aiheutumisella voi olla henkilön taloudellisen aseman arvostelun kannalta merkitystä paitsi sikäli, että vaara saattaa alentaa henkilölle kuuluvien etuuksien taloudellista arvoa ja siis merkitä arvon menetyksenä ilmenevän tappion aiheutumista, myös sellaisenaan; ts. että taloudellisen menetyksen vaara saattaa jo sinänsä, vaikkei se vaikuttaisikaan minkään etuuden arvoon, heikentää henkilön taloudellista asemaa. Jotta yksityistapauksessa voitaisiin tulla viimeksi mainittuun tulokseen, on tappion syntymistä kaikkien tarkastelun polttopisteessä olevana ajankohdana olemassa olleiden seikkojen perusteella voitava pitää siinä määrin todennäköisenä, että sen lopullinen toteutuminen tuntuisi olevan vain »ajan kysymys». Edelleen vaaditaan, että erehdyttäminen ja sen kautta aikaansaatu disponointi ovat, kun tilannetta ajatellaan taaksepäin siitä

⁹⁴ Ks. esim. RGSt 65 s. 108 s.

lopullisesta tappiosta, jonka syntymisen vaarasta on kysymys, se tekijä, joka on ikään kuin luonut perustan lopullisen tappion syntymiselle ja joka on ratkaisevimmin vaikuttanut sen syntymiseen.

Jo edellä todettiin ohimennen ennakoivasti, että mikäli todetaan tappion syntymisen vaaran voivan merkitä taloudellista menetystä, nousee vastattavaksi kaksi kysymystä. Ensiksi: eikö, jos toteamus sellaisenaan pitää paikkansa, siitä seuraa, että jo se vaara, että syntyy tilanne, jossa lopullisen tappion vaara on olemassa, merkitse taloudellista menetystä? Jos kerran tappion vaara jo merkitsee tappiota, niin silloinhan myös tällaisen vaaran vaara olisi yhtälailla katsottava taloudelliseksi menetykseksi jne. loputtomiin. Toiseksi: miten petoksen yritys lainkaan on käsitteellisesti mahdollinen, jos jo kerran vaara siitä, että syntyy rahan tai tavarantappio merkitsee sitä, että petoksen tunnusmerkistö on tullut täytetyksi?

Epäilemättä tuntuu siltä kuin loogisuus vaatisi antamaan myönteisen vastauksen ensimmäiseen kysymykseen: jos kerran vaara merkitsee tappiota, niin täytyy myös tällaisen vaaran vaaralla olla sama merkitys. Vaikka näin olisikin, ei johtopäätös kuitenkaan tämän tutkimuksen kannalta ole välttämätön. Edellähän ei alun perinkään ole lähdetty siitä, että luokiteltaessa elävän elämän ilmiöitä petoksiin ja ei-petoksiin vastausta esille tuleviin kysymyksiin olisi etsittävä puhtaasti tietoteoreettisen spekuloinnin tietä. Ryhmittelyhän on päinvastoin — sikäli kuin on kysymys petoksen seuraustunnusmerkistä — lähtökohtaisesti ajateltu suoritettavaksi sen mukaan, onko tietty tapahtuma katsottava menetyksi taloudellisessa mielessä vaiko ei. Ja vastausta tähän kysymykseen ei voida saada filosofisen spekuloinnin avulla, vaan nojautuen taloudellisen katsantokannan mukaisiin näkökohtiin, joiden ei suinkaan joka kohdaltaan tarvitse olla logiikan sääntöjen sitomia. — Kun ajatellaan, mistä syystä taloudellinen katsantokanta yleensä saattaa nähdä menetyksen ja tappion syntymisen vaaran aiheutumisessa, niin on havaittavissa selvä ero viimeksi mainitun tilanteen ja pelkän »vaaran vaaran» välillä. Se ilmiö, jota edellisessä tilanteessa odotetaan, on tosiasiallisesti olemukseltaan ratkaisevasti erilainen kuin jälkimmäisessä. Ns. »lopullinen tappio» — ilmenipä se sitten arvon menetyksenä tai vaikkapa velvoittavan sitoumuksen syntymisenä — on taloudellisena realiteettina erilainen kuin pelkkä vaara sen syntymisestä. Ja vaikka taloudellinen katsantokanta ottaa tämän realiteetin, silloin kun sen syntymistä voidaan pitää kyllin todennäköisenä, ennakoivasti huomioon, ja saattaa katsoa jo tämän todennäköisyyden vaikuttavan heikentävästi ao. henkilön taloudelliseen asemaan, ei sen silti tarvitse nähdä tätä tap-

pion vaaraa — eikä se sitä myöskään näe — sellaisena realiteettina, jonka syntymisen todennäköisyys puolestaan olisi samalla tavalla otettava huomioon.

Lisäksi on huomattava, että »vaaran vaaran» merkitys saattaisi tulla yleensäkin kysymykseen vain niissä tapauksissa, joissa voidaan positiivisesti todeta sen vaarantilan, jonka aiheutumista pelätään, todella olevan sellainen, että sen syntymistä olisi pidettävä taloudellisenä menetyksenä. Tämä taas edellyttää tämän vaaran osalta kaikkien edellä esitettyjen vaatimusten täyttymistä. Jos ajatellaan tilanteen kehittyvän pisteestä A pisteen B kautta pisteeseen C, viimeksi mainitun edustaessa lopullisen tappion syntymistä, B:n sitä hetkeä, jota silmällä pitäen voitaisiin C:n syntymistä pitää vaadittavan todennäköisenä, A:n taas ollessa se ajankohta, jonka mukaisia olosuhteita ajatellen B:n (vaarantilan C:n syntymisestä) aiheutuminen puolestaan on todettavissa todennäköiseksi, merkitsee vasta lausuttu mm. sitä, että tilannetta A silmällä pitäen on voitava todeta, että tilanteen B syntyminen on todennäköinen. Ts. jo tilannetta A silmällä pitäen on voitava todeta olevan vaara olemassa sekä B:n että myös C:n syntymisestä. Jos vain B:n syntyminen on todettavissa vaadittavalla todennäköisyydellä (tilanteesta A lähtien), C:n syntymisen todennäköisyyden sen sijaan täyttämättä tätä vaatimusta, ei tilanteen B voitaisikaan sanoa merkitsevän taloudellista menetystä, jolloin myöskään tilanne A ei merkitse taloudellisen tappion vaaraa (sitähän se saattaa merkitä vain edellyttäen, että tilanne B täyttää ne vaatimukset, jotka vaaralle edellä olevan mukaisesti on asetettava, jotta se olisi katsottavissa taloudelliseksi menetykseksi). Ts.: sekä A:n ja B:n, että B:n ja C:n välisen todennäköisyyden on oltava sellainen, jota taloudellinen katsantokanta vaaralta vaatii, ennen kuin jo vaaraa voidaan pitää tappiona. Ja tämä todennäköisyys on voitava todeta jo tilannetta A silmällä pitäen. Tämä taas merkitsee sitä, että tilanteessa, jossa näyttäisi olevan kysymys vain vaara tappion vaaran aiheutumisesta, onkin itse asiassa kysymys jo lopullisen tappion syntymisen vaarasta.

Mitä sitten tulee petoksen yrityksen käsitteelliseen mahdollisuuteen edellä vaaran merkityksestä omaksutun käsityksen kannalta, on huomattava seuraavaa.⁹⁵ Mikäli erehdyttämällä aikaansaadulla disposoinnilla on välittömästi aiheutettu vaara, joka täyttää edellä asetetut vaatimukset, ei enää voi olla kysymys yrityksestä: petos on täytetty.⁹⁶

⁹⁵ Tämän suhteen ks. myös Schönke—Schröder s. 1101.

⁹⁶ Ks. myös Honkasalo E I s. 184.

Jos tilanne on se, että erehdyttämisen kautta on luotu tilanne, jossa on pelättävissä, että erehdyksen aikaansaamasta disponoinnista tulee välittömästi aiheutumaan tappio, saattaa yritys olla kyseessä vain edellyttäen, että po. tappion vaara ei ole sen laatuinen, että se olisi taloudellisen katsantokannan mukaan otettava huomioon jo henkilön disponoin jälkeistä — mutta lopullisen tappion syntymistä edeltävää — taloudellista tilannetta arvosteltaessa. Tämä saattaa esim. johtua siitä, että vaara ei intensiteetiltään ole riittävä, jotta jo se vaikuttaisi taloudelliseen arviointiin, joskin se riittää yritykseltä vaadittavaan vaaraan. — Jos tapahtumaketju taas on »katkennut» jo ennen disponointia (tai erehdyttämisen onnistumista) ei kysymyksessä saata olla muu kuin yritys, olipa lopullisen tappion vaara kuinka läheinen hyvänsä, sillä tällöin ei tekijä vielä ole ennättänyt aikaansaamalla tai vireilläpitämällä erehdyistä aiheuttaa tunnusmerkistön edellyttämää seurausta.

3. Vastike ja arvostus

Edellä on todettu tappion voivan ilmetä arvon menetyksenä, arvon saamatta jäämisenä (mihin on luettava myös — vaikkei siinä tarkkaan ottaen olekaan kysymys arvon saamatta jäämisestä — yleensäkin henkilön taloudelliseen asemaan positiivisesti vaikuttavan ilmiön syntymisen estyminen), oikeudellisesti velvoittavan sitoumuksen syntymisenä ja taloudellisen menetyksen vaarana. On kuitenkin selvää, että tappio-kysymyksen selvittämisessä yksityistapauksessa on kiinnitettävä huomiota myös siihen, onko disponoinnilla ollut muita sellaisia vaikutuksia, joiden vuoksi henkilön ei mainitunkaltaisesta ilmiöstä huolimatta voida katsoa kärsineen tappiota: onhan mahdollista, että disponoinnista on samalla aiheutunut jotakin, jolla on sellainen positiivinen vaikutus disponoijan taloudelliseen asemaan, että se kompensoi arvon menetyksen tms. Petosrikosta käsittelevässä kirjallisuudessa on tämä seikka yleisesti oivallettu.¹ Kysymys on vain ollut siitä, minkälaiden näkökohtien mukaan näiden muiden vaikutusten taloudellinen merkitys verrattuna arvon menetykseen tms. on arvosteltava.

¹ Ks. *Andenaes*, *Formuesforbrytelsene* s. 50, *Forsman*, *Särskilda* s. 386, *Honkasalo* E I s. 178, *Hurwitz* s. 458, *Jacobowitz* s. 63, *Krabbe* s. 681, *Lietzmann* s. 15, *Maurach* s. 250, *Reuter* s. 27, *Schönke—Schröder* s. 1093 ja *Serlachius* II s. 255; toisin kuit. *Meyer* s. 578 ja s. 585.

Ongelmaa koskevista esityksistä ovat mielipiteet menneet eri suuntiin ennen kaikkea siinä, minkälaista mittapuuta arvostelussa on käytettävä: onko disponoinnin taloudellinen merkitys arvosteltava täysin objektiivisesti, siis erillään siitä subjektista, jonka tekemästä disponoinnista on kysymys; objektiivisesti, mutta kuitenkin disponoijan henkilön ja mahdollisuuksien kannalta; vaiko täysin subjektiivisesti eli sen mukaan, mikä disponoijan oma käsitys asiasta on. Tämän vastakohtaisuuden — objektiivinen c. subjektiivinen vahinkokäsitys — on katsottu sisältävän vahinkokysymyksen varsinaisen ytimen, jonka ratkaisemisesta oikealla tavalla koko probleeman selvittäminen olisi riippuvainen.² Tietyllä tavalla näin onkin, mutta toisaalta tuntuu siltä kuin tämän kysymyksen korostaminen ja siihen tuijottaminen olisi tapahtunut erään toisen, nähdäkseni vielä keskeisemmän näkökohdan kustannuksella. Onhan nimittäin selvää, että ennen kuin kysymys arvosteluperusteen objektiivisesta tai subjektiivisesta laadusta saattaa tulla ajankohtaiseksi, on selvitetävä ongelman lähtökohta ja se tie, jota edeten yksityistapausten ratkaisu on saavutettavissa. Ajatellaanpa tilannetta, jossa henkilö A on ostanut B:ltä hevosen maksaen siitä 600 markkaa. Kun käydään arvostelevaan, onko A kärsinyt kaupassa tappion, on täysin perustetonta aloittaa pohdiskelu siitä, onko tilannetta arvosteltava yleiseltä vaiko nimenomaan A:n kannalta ellei ole ensin tehty selväksi, mitä itse asiassa on arvosteltava. Kysymyshän on siitä, onko A kärsinyt arvon menetyksen, ts. edustiko 600 markkaa hänelle suurempaa taloudellista arvoa kuin hänen sen vastikkeeksi saamansa hevonen. Objektiivisen katsantokannan mukaan voitaisiin sanoa, että A ei kärsinyt tappiota, mikäli 600 markkaa on pidettävä sopivana hintana hevosesta tai mikäli kysymyksessä olevan kaltaisen hevosen arvona voidaan yleisen mittapuun mukaan pitää 600 markkaa. Subjektiiivisen näkemyksen mukaan taas voitaisiin kenties tulla tulokseen, että A on kärsinyt tappion, koska hän ei pidä saamaansa hevosta siitä maksamansa hinnan arvoisena. Jos arviointi on toimitettava objektiivisesti, mutta ottaen huomioon kysymyksessä olevan henkilön asema ja olosuhteet, voitaisiin päätyä tulokseen, ettei A ole kärsinyt tappiota, koskapa hän tarvitsi hevosta ja hänen saamansa hevonen hyvin riittää toteuttamaan tämän hänen tarpeensa, eikä siitä maksettu hinta ylitä sen arvoa. Näissä jokaisessa vaihtoehdossa on se virhe, että niistä ei käy ilmi, mitä taloudellisella arvolla ymmärretään. Ja tuntuu kuitenkin selvältä, että kysymys siitä, minkä näkökohdan mukaan taloudellisen arvon suuruus

² Ks. esim. *Hirschberg* s. 20 s. ja s. 285 ss. sekä *Nitschke* s. 43 ss.

on määritettävä, edellyttää esikysymyksenä sen selvittämistä, mitä kukin tällä taloudellisella arvolla käsittää. Tämä on kuitenkin kysymys, johon saa jokseenkin turhaan hakea vastausta niidenkin tutkijoiden esityksistä, jotka tappiolla (varallisuusvahingolla) ymmärtävät mm. juuri arvokokonaisuuden pienentymistä.³ Nähdäkseni vasta taloudellisen arvon käsitteen selvittämisen jälkeen nousee esille kysymys siitä, mitä näkökohtia on otettava huomioon arvosteltaessa, onko joku kärsinyt arvon menetyksen ja vastaako hänen saamansa vastikkeen arvo menetetytyn etuuden arvoa.

Edellä on jo useampaan otteeseen lausuttu, ettei taloudellinen arvo ole mikään esineisiin kiinteästi liittyvä ominaisuus, joka seuraisi niitä muuttumattomana eri olosuhteissa ja joka olisi todettavissa myös tarkasteltaessa esinettä irrallaan kaikista muista ilmiöistä. Vasta kun esine ajatellaan asetetuksi tiettyyn yhteyteen muiden ilmiöiden kanssa, se »saa» arvon.⁴ — Arvosta tosin usein puhutaan ajattelematta asiaa minäkään subjektin kannalta.⁵ Niinpä voidaan sanoa, että kultakimpaleella

³ Ks. kuit. *Estlander* s. 100 ja *af Hällström* *Bedrägeri* s. 327. — Sellaiset kirjallisuudessa usein esiintyvät taloudellisen arvon ja käsitteiden »rahan arvo», »markkina-arvo», »yleinen arvo» (»gemeine Wert», »gemeine Handelswert») jne. samaistukset ovat ensiksi mainitun käsitteen kannalta varsin mitäänsanomattomia (»yleisellä markkina-arvolla» saattaa olla merkitystä korkeintaan osviittana siitä, kuinka suureen rahasummaan jokin esine olisi vaihdettavissa tai kuinka suuren rahasumman uhraamista jonkin esineen hankkiminen vaatisi). Myöskään sillä kysymyksellä, onko saatu vastike objektiivisesti arvostellen »hintansa arvoinen» (»preiswert»), ei ole mitään välitöntä merkitystä maksetun hinnan ja vastikkeen disponoijalle edustaman arvon kannalta. — Puhumattakaan siitä, että on olemassa suuri joukko etuuksia, joilla ei ole mitään »markkina-arvoa», on todettava, ettei »raha» ole mikään arvo; sillä vain on taloudellista arvoa aivan samoin kuin jollakin muulla esineellä. Niinpä saattaa esim. ulkomaan valuutan todellinen arvo ylittää sen nimellisen vaihtoarvon. Henkilö, joka valuuttapulan ja -säännöstelyn aikana erehdyttää valuutan jakelijan myymään itselleen ulkomaan rahaa, saattaa syyllistyä petokseen, vaikka hän maksaisikin siitä virallisen myyntikurssin mukaisen hinnan. Ks. KKO p. 26. 10. 1961 no. 3335 (A oli erehdyttänyt valuutan myyntiin valtuutetun pankin myymään itselleen ulkomaan rahaa; A tuomittiin petoksesta). — Kuten jäljempänä tarkemmin esitetään, johtuu rahan erikoislaatuudesta luonteesta yleisenä maksuvälineenä kuitenkin, että sitä voidaan tietyissä rajoissa pitää arvon mittana sekä että rahan ja jonkin esineen *suhteellinen* arvo yleensä on määritettävissä. — Ks. myös *Mezger* BT s. 178 s., joka toteaa (joskaan ajatusta sen pitemmälle kehittelemättä), että on parempi operoida käsitteellä »wirtschaftlicher Wert» kuin käsitteellä »Geldwert», sekä *Nagler* s. 357. Ks. myös *Salmiala* *Elintarvikekortti* s. 158 ja s. 159.

⁴ Ks. esim. *Persson* s. 26 s. ja *Strahl* s. 11.

⁵ Ks. *Kaila* s. 91.

tai ruisleivällä on taloudellista arvoa, kiinnittämättä lainkaan huomiota siihen, missä asemassa po. esine on arvon subjekteihin nähden. Mutta tällöin syyllistytään epätasmalliseen yleistyksen: lausuma siitä, että kultakimpaleella on taloudellista arvoa, edellyttää *implicite* sitä, että se on asetettavissa sellaiseen yhteyteen, jossa sen arvo ilmenee. Ellei tämä ole mahdollista, putoaa lausumalta pohja alta.

Taloudellinen toiminta ja kanssakäyminen ei ole itsetarkoitus; tuotannon tarkoitus ei tyhjene tuotteiden aikaansaamiseen eikä vaihdannan päämääränä ole vain hyödykkeiden kiertokulku. Molemmat ovat ainoastaan eräitä vaiheita siinä inhimillisen toiminnan prosessissa, joka saavuttaa päätepisteensä inhimillisen tarpeen tyydyttymisessä.⁶ Tätä taustaa vastaan on tarkasteltava myös kysymystä esineen taloudellisesta arvosta. Taloudellinen toiminta näin ymmärrettynä on se yhteys, johon esine on asetettava, jotta se »saisi» taloudellisen arvon. Näin ollen esineen taloudellinen arvo on pohjimmaltaan riippuvainen siihen liittyvistä mahdollisuuksista tyydyttää sitä käyttämällä inhimillisiä tarpeita. On kuitenkin selvää, ettei esineen taloudellinen arvo supistu vain tarpeitten välittömään tyydyttämismahdollisuuteen. Sillä on — tai saattaa olla — arvoa myös sikäli, että sen avulla on mahdollista hankkia sellaisia hyödykkeitä, joilla on tällaista arvoa tai jotka puolestaan tekevät sellaisten hankkimisen mahdolliseksi.⁷ Jossakin määrin eri luonteinen, mutta silti epäilemättä taloudellista laatua, on myös se merkitys, mikä etuudella on sen kautta, että siihen liittyy mahdollisuus sitä käyttämällä

⁶ Ks. *Andersen—Fog—Winding* s. 13 (»Talouselämä on siis yhteistyötä, joka syntyy ihmisten pyrkimyksistä hankkia itselleen tuloja ja käyttää niitä siten, että heidän tarpeensa tulevat mahdollisimman hyvin tyydytetyksi.»)

⁷ Ks. *af Hüllström Bedrägeri* s. 327, jossa hän todettuaan välttämättömäksi, »att saken, prestationen, bör äga värde», jatkaa: »och lika ofrånkomligt är, att detta värde har sin grund i de mänskliga behoven och nödvändigheten att tillfredsställa dem. Allt som är egnadt att fylla ett kändt behov, äger ett värde.» ja *Eckstein* s. 70 (»Wert ist also der Genuss in Hinsicht der Zukunft; Wert ist Möglichkeit späteren Genusses»); vrt. tämän johdosta *Jacobowitz* s. 43. Ks. vertailun vuoksi myös esim. *Persson* s. 290 (»I en värderingssituation — avseende egendom — föreligger dels ett objekt, dels en miljö i vilket detsamma fungerar genom att användas i avkastningssyfte, för tillfredsställande av behov etc.») sekä *Estlander* s. 99 s., *Sipilä* s. 8 ja *Tulenheimo* s. 51. Tässä yhteydessä voidaan palauttaa mieliin myös *Bockelmannin* »persoonallinen varallisuuskäsitys»: »Die Gesamtheit dessen woran und worin die wirtschaftliche Kraft des Menschen erlaubterweise wirkt». (*Unrechtsgehalt* s. 248); ks. myös *Hirschberg* s. 299 alav. 40 (»Vermögensgüter', darunter verstehe ich Positionen, welche die Grundlage von... Vermögensmacht bilden...»). — On kenties syytä huomauttaa, ettei tekstissä pyritä syventymään arvoon filosofisena käsitteenä; tämän suhteen ks. esim. *Kaila* s. 82 ss. eritt. s. 87 ss.

vapautua jostakin taloudelliseen asemaan vaikuttavasta velvoituksesta. Myös esineisiin liittymättömillä oikeuksilla tai tosiasiallisilla mahdollisuuksilla saada arvoa omaavia etuuksia, saattaa olla »itsenäistä» arvoa sikäli, että ne kenties ovat myytävissä tai muutoin käytettävissä edellä mainitulla tavalla. Yleensä niiden arvo kuitenkin puhtaasti perustuu juuri niiden olemukseen jonkin etuuden saamiseen kohdistuvana oikeutena tai tosiasiallisena mahdollisuutena. Tällöin niiden arvo on riippuvainen ensi sijassa juuri tämän etuuden taloudellisesta arvosta sekä siitä todennäköisyydestä, jolla sen saaminen on odotettavissa. Vastaavasti on velvoitteen tai vaarantilan taloudellinen merkitys riippuvainen kohteensa merkityksestä, ja vaarantilan merkitys lisäksi sen sisältämän uhan toteutumisen todennäköisyydestä.

Kun tältä pohjalta lähdetään tarkastelemaan arvoa omaavan etuuden menetyksen taloudellista merkitystä, on valittavana kaksi toisistaan jyrkästi poikkeavaa lähtökohtaa.

Ensinnäkin voidaan esineeseen liittyvää taloudellista arvoa haltijalleen tarkastella tietyn olevan tilan kannalta. Kun henkilö menettää esineen, ei hänellä disponoinnin jälkeen enää ole sen edustamaa arvoa; ellei hän olisi disponoinut, hänellä olisi se ollut. Tilan kannalta on tapahtunut arvon menetys: arvoa ei enää ole. — Toisaalta antaa edellä esitetty taloudellisen arvon käsitteen hahmottelu mahdollisuuden toisenkinlaiseen tarkastelutapaan. Tilannetta ja disponoinnin vaikutuksia arvosteltaessa voidaan huomio kiinnittää taloudellisen arvon käsitteelliseen funktionaaliseen merkitykseen; esineellä on arvoa tarkasteltaessa sitä jonkin inhimillisen tarpeen tyydyttämismahdollisuuden kannalta.

Edellisen lähtökohdan mukaan on tarkastelussa asetettava rinnakkain se negatiivinen vaikutus, joka esineen menettämisellä tilan kannalta oli, ja toisaalta se tai ne mahdolliset positiiviset vaikutukset, jotka henkilön disponointinsa johdosta saamalla vastikkeella samalta kannalta on. Mikäli jälkimmäiset riittävät kompensoimaan etuuden menetykseen liittyneen arvon häviämisen vaikutuksen, ei disponoinnista ole esineen menetyksestä ja arvon häviämisestä huolimatta syntynyt tappiota; ao. henkilön asema tilan kannalta arvosteltuna ei ole sen huonompi kuin se olisi ollut ilman disponointia. Ratkaisevaa ts. on, vastaako disponoijan saama vastike taloudelliselta merkitykseltään menetetyn esineen edustama arvopotentiaalia. Yksinkertaisimmissa tapauksissa — jollaiset yleensä on otettu ongelmia koskevissa tutkimuksissa tarkastelun kohteeksi — joissa kysymys on vain siitä, mitä disponoija on toisaalta menettänyt ja toisaalta saanut, ratkaisu riippuu tämän lähtökohdan mukaan puhtaasti siitä, vastaako disponoijan saama vastike taloudelli-

selta arvoltaan — edellä olevan hahmottelun mukaisesti ymmärrettynä — menetettyä esinettä. Mikäli henkilö ei ole saanut mitään taloudellista arvoa omaavaa vastiketta tahi hänen saamansa vastike edustaa menetettyä pienempää arvoa, on hän kärsinyt taloudellisen arvon menetyksen; ellei hän olisi disponoinut, olisi hänellä ollut tallella menetetyt esineen edustama taloudellinen arvo. Tämän lähtökohdan kannalta tappiokysymyksen ratkaisu riippuu yksinomaan menetyksen (olipa tämä sitten arvon menetys, arvon saamatta jääminen tms.) ja disponoinnin muiden vaikutusten⁸ välisestä vertailusta. Sillä mitä disponoija on tavoitellut, sen paremmin kuin tavoitellun ja tosiasiallisen vastikkeen välisellä arvosuhteellakaan ei tämän lähtökohdan mukaan ole mitään merkitystä. Tämä on tosiasia, josta eivät lähtökohtaisesti ilmeisesti tällä kannalla olevat tutkijatkaan aina ole yksityistapausten ratkaisuisissa kysyneet pitämään kiinni.⁹ Viimeksi sanottu johtuneen ennen kaikkea siitä, että on tilanteita, joissa lähtökohta ainakin ensi näkemältä vaikuttaa elävässä elämässä vallitsevien käsitysten kanssa ristiriidassa olevalta. Ei tarvitse muuta kuin ajatella niitä lukemattomia tapauksia, joissa ihmiset »menettävät» arvoa omaavia etuuksia ilman, että he saisivat tai edes pyrkisivät saamaan vastiketta, jolla olisi menetettyä vastaava taloudellinen arvo heidän kädessään, ja joissa tavanomainen katsantokanta ei kuitenkaan ole valmis näkemään tappiota. Ei tuntuisi juuri jokapäiväisen kielenkäytön mukaiselta väittää, että henkilö aina kärsisi tappion käyttäessään rahaa esim. syömiseen, teatteri- tai elokuvaesityksen seuraamiseen tms.¹⁰

Eräät tutkijat ovat kiinnittäneet huomiota tähän ristiriitaan, jotkut taloudellisen varallisuus- ja vahinkokäsitteiden kelvottomuuden osoittamiseksi,¹¹ toiset taas sen väittämän tukemiseksi, että taloudellista arvoa omaavan etuuden menettämisen merkitys on selvitettävissä vain menettäjän subjektiivisten käsitysten pohjalta.¹² Sen sijaan on ristiriita

⁸ Sen suhteen mitä vaikutuksia tässä suhteessa voidaan ottaa huomioon ks. jälj. s. 200 ss.

⁹ Ks. esim. *Forsman Särskilda* s. 383 s. verr. s. 386 s.; ks. myös *Merkel Handbuch* s. 758 verr. s. 766 sekä *Strahl* s. 86 ss. — Ei ole mahdollista toisaalta sanoa, että tappiota merkitsee arvokokonaisuudessa tapahtuva pieneneminen ja toisaalta taas kiistää tappio yksityistapauksessa vain sillä perusteella, että tosiasiallinen vastike arvoltaan vastaa sitä, mitä on tavoiteltu. Tällainen ratkaisu olisi periaatteessakin mahdollinen edellä mainituista lähtökohdista vain jälkimmäisen pohjalta.

¹⁰ Ks. myös *Persson* s. 30 alav. 83.

¹¹ Esim. *Binding* s. 356.

¹² Esim. *Estlander* s. 141 s.

yleensä vaieten sivuutettu niiden tutkijoiden esityksissä, jotka lähtökohtaisesti näkevät tappion objektiivisesti todettavissa olevana, disponoijan kannalta epäedullisena muutoksena. Pääasiallisena syynä tähän on ilmeisesti ollut se, ettei edellä tarkoitetun kaltaisilla tilanteilla (henkilö käyttää rahaa syömiseen tai teatteriesityksen seuraamiseen) tunnu olevan petosrikoksen kannalta välitöntä mielenkiintoa, koskapa niissä ei arvon »tuhlaajaa» ole erehdytetty.¹³ Käytännöllistä merkitystä eivät tällä kysymyksellä ilmeisesti katso olevan nekään tutkijat, jotka vaativat petokselta sitä, että erehdyksen on kohdistuttava nimenomaan disponoinnin tappiollisuuteen,¹⁴ tahi jotka edellyttävät disponoinnin aina tapahtuvan »mit Rücksicht auf ein nicht existierendes oder nicht erreichbares... Aequivalent».^{15 16}

Mitään ristiriitaa ei kuitenkaan itse asiassa ole olemassa. Kun tavanomainen katsantokanta kieltäytyy näkemästä tappiota edellä tarkoitetun kaltaisissa tilanteissa, johtuu se vain siitä, että tarkastelukulma on yleensä jälkimmäisen lähtökohdan mukainen. Kuten edellä todettiin, voidaan disponoinnin taloudellista vaikutusta arvosteltaessa ajatella lähdeittäväksi liikkeelle myös taloudellisen arvon funktionaalisesta merkityksestä. Ja jos näin tehdään, tuntuu luonnolliselta väittää, ettei

¹³ Näin esim. *Strahl* s. 50 s.

¹⁴ Ks. esim. *Frank* II s. 135; ks. myös *Schröder Grenzen* s. 722, joka katsoo, että erehdyttämisen täytyy »dem Täter dazu dienen, seinem Opfer das Bewusstsein von dem wirtschaftlichen oder — ausnahmsweise — auch sozialen Sinn seiner Verfügung zu nehmen». — Tällaista vaatimusta ei RL 36:1:n kannalta voitane asettaa, ks. ed. II. A.

¹⁵ Esim. *Merkel Handbuch* s. 765.

¹⁶ *Hirschberg* puolestaan toteaa (s. 314), että joskin puheena olevan kaltaisissa tilanteissa varallisuus pienenee, ei tämä kuitenkaan merkitse (objektiivisenkaan katsantokannan mukaan) vahinkoa, sillä »zum Vermögensschaden... wird diese Minderung dann, wenn sie auf einer rechtswidrigen Manipulation des Gegners beruht». Tämän hän katsoo tekävän ymmärrettäväksi, että henkilö, joka omasta tahdostaan maksaa teatteriesityksestä, ei kärsi vahinkoa, kun taas se, joka erehdytetään tällaiseen suoritukseen on joutunut petoksen uhriksi. Ks. myös *Sipilä* s. 19, joka asettaa varallisuusvahingon tunnusmerkiksi sen, että »intressinrajoitus» tapahtuu oikeussubjektin tahdosta riippumatta.

Tappion käsitteen asettaminen riippuvaksi siitä, johtuuko arvon menettäminen tms. jonkun toisen oikeudenvastaisesta suhtautumisesta, ei kuitenkaan perustu mihinkään; henkilö, joka kadottaa rahasumman tai joutuu vahingonkorvausvelvoitukseksi oman suhtautumisensa vuoksi, on varmasti kärsinyt tappion, vaikkei kenelläkään toisella ole ollut minkäänlaista osuutta asiaan. Sillä seikalla, onko jokin tapahtuma ollut ao. henkilön tahdosta riippuvainen vai ei, ei myöskään voine olla ainakaan yleistä merkitystä; eri asia on, että tällä näkökohdalla on merkitystä vahingon korvaamisen kannalta.

arvoa omaavan esineen menettäminen ilman taloudellista arvoa omaavaa vastiketta merkitse arvon menettämistä silloin, kun esine on käytetty juuri sen tarpeen tyydyttämiseen, jonka tyydyttämismahdollisuudessa esineen arvo ilmeni. Tällöinhän arvo on päinvastoin ikään kuin aktualisoitunut.¹⁷ Ja juuri tässä piilee »ristiriidan» ydin; tavanomainen katsantokanta pyrkii puheena olevan kaltaisissa tilanteissa perustamaan arviointinsa lähtökohtaisesti taloudelliseen arvoon funktionaalisenä taloudellisen elämän realiteettina, ja näin ollen »tuntuu» helposti siltä kuin edellinen lähtökohta johtaisi tuloksiin, jotka eivät ole sopusoinnussa elävässä elämässä vallitsevien käsitysten kanssa.

Mitään ristiriitaa ei kuitenkaan — kuten sanottu — ole olemassa. Kysymys on vain siitä, minkä lähtökohdan mukaan tilannetta arvostellaan. Kun tämä seikka pidetään mielessä ja ollaan selvillä siitä, että arvostelijan tarkastelun kohteena ovat olevissa arvopotentiaaleissa tapahtuvat muutokset, ei ole mitään syytä väittää, että hän on väärässä katsoessaan henkilön aina kärsivän tappion menettäessään arvoa omaavan etuuden saamatta vastiketta, jonka taloudellinen merkitys vastaisi po. arvon »häviämistä».¹⁸

Kumpi näistä lähtökohdista sitten olisi otettava pohjaksi petosrikoksen seuraustunnusmerkin tarkastelussa? Jälkimmäisen osalta voidaan heti alkuun todeta, ettei siitä ainakaan suoraan ole saatavissa vastausta kysymykseen, milloin on syntynyt tappio; sehän vain taloudellisen arvon käsitteestä lähtien sisältää sen toteamuksen, että arvon menetyksestä ja tappiosta ei arvoa omaavan etuuden menettämisestä (ja arvon »häviämisestä») huolimatta ole kysymys silloin, kun esine on käytetty juuri sen tarkoituksen toteuttamiseksi, jota silmällä pitäen sillä voitiin sanoa arvoa olevan. Kysymys on vain siitä, olisiko tästä toteamuksesta johdettavissa osviittoja niiden tapausten varalta, joissa näin ei ole asianlaita, joissa ts. esine luovutetaan ilman minkään tarpeen tyydyttämistarkoitusta tai yleensä erehdyksen johdosta. Sekä kirjallisuudessa että oikeuskäytännössä on merkkejä siitä, että näin olisi asianlaita.¹⁹

¹⁷ Ks. myös *Frank* II s. 66 ja *Salovaara* Varkaus s. 114.

¹⁸ Ks. esim. *Hegler* s. 426 alav. 2 (»Jede veräusserung von Vermögenswerten gegen fälschlich sog. 'ideale Äquivalente' und jede Erwerbung von geldunwerten Sachen gegen Geld (darstellt) eine Vermögensschädigung»).

¹⁹ Niinpä vain tästä toteamuksesta lähtien on ajateltavissa, että luovutetun etuuden ja tosiasiallisen vastikkeen välisessä arvojen vertailussa kiinnitettäisiin huomiota myös tavoitellun vastikkeen arvoon tai siihen tarkoitukseen, jonka toteuttamiseksi etuus luovutettiin; ks. jälj. tekstissä olevaa esitystä.

Toteamuksesta voitaisiin ajatella lähdettäväksi liikkeelle vastakohtaispäätelmän tietä; arvoa omaavan etuuden menettäminen merkitsee aina tappiota, ellei menettäjä saa sitä vastiketta — olipa tämä sitten aineellista tai aatteellista («ideaalinen ekvivalentti») laadultaan — tahi ellei se tarkoitus toteudu, jota silmällä pitäen hän etuuden luovutti.²⁰ Mikäli halutaan pitää kiinni erehdyttämisen ja tappion välisestä yhteydestä, ei tätä johtopäätöstä kuitenkaan olisi ymmärrettävä siten, että tappio olisi tavoitellun vastikkeen saamatta jäämisessä,²¹ vaan siten, että menetetyn etuuden arvo olisi puhtaasti ja joka kohdaltaan riippuvainen siitä, miksi disponoija itse sen arvostelee sen valossa, mitä hän etuutta käyttämällä tavoittelee. Tältä pohjalta arvostelevatkin tappiokysymystä subjektiivisen vahinkokäsityksen omaksuneet tutkijat, joita meillä selvimmin edustaa *Estlander*.²² — Hänen — joka samalla on juridisen varallisuuskäsityksen kannalla²³ — mukaansa disponointi on tappiollinen pääsääntöisesti aina silloin, kun disponoija ei saa sitä vastiketta, jota silmällä pitäen disponointi suoritettiin. Vain mikäli tilanne on sellainen, että erehdytetty olisi disponoinut siitäkin huolimatta, että hän olisi ollut selvillä niistä seikoista, joista hänellä ei tosiasiaassa ollut tietoa, voidaan katsoa, ettei tappiota ole vastikkeen virheellisyydestä huolimatta syntynyt.²⁴ Mutta tällöinkin on ratkaisu disponoijan varassa; vain hän voi

²⁰ Ks. esim. *Thormann—v. Overbeck* s. 105: »Als Vermögensschaden ist es auch anzusehen, wenn der ideelle Gegenwert, den der Getäuschte für seine Disposition zu erhalten glaubt, ausbleibt.»

²¹ Tämähän ei johdu erehdyttämisestä.

²² Myös *Serlachiuksen* esityksessä on lausumia, jotka viittaavat siihen, että hän olisi antanut subjektiivisille näkökohdille ratkaisevan merkityksen. Hän nimitetään perustelee katsomustaan, ettei virheellisen vastikkeen objektiivinen täysi-arvoisuus ehkäise tappion mahdollisuutta, lausumalla: »Jollei tästä pidetä ankarasti kiinni, joudutaan nimittäin siihen, että kukaan ei olisi oman taloutensa herra, vaan jokaisen täytyisi tyytyä siihen, että hänelle esim. kaupassa voitaisiin peijaamalla tyrkyttää mitä hyvänsä, mikä muiden, vaan ei hänen mielestään, on yhtä hyvää kuin hänen ostamukseen pyytämänsä tavara»; ks. II s. 255 s.

²³ Näiden kahden käsityskannan onkin katsottu kulkevan käsi kädessä, niin että juridisen varallisuuskäsityksen omaksuminen edellyttäisi myös subjektiivisen vahinkokäsityksen hyväksymistä (ks. esim. *Maurach* s. 247 s.). Näin ei kuitenkaan ole asianlaita. Niinpä esim. *Merkelin* mukaan vahinkokysymys on ratkaistava objektiivisten näkökohtien mukaan, ks. esim. *Handbuch* s. 766. Ks. myös *Hirschberg* s. 5.

²⁴ Samaan lopputulokseen johtaa myös *Meyerin* käsityskanta, jonka mukaan saadulla vastikkeella on merkitystä vain välillisesti »und zwar insofern, als ihre Zuwendung möglicherweise die Zustimmung des anderen bewirkt oder wenigstens die Annahme des Thäters, der andere werde zustimmen, begründet», ks. s. 578

antaa vastauksen siihen, miten hän olisi tuossa hypoteettisessa tilanteessa menetellyt.²⁵ — Estlanderin omat esimerkit²⁶ osoittavat selvästi, kuinka mielettämiin tuloksiin tämä käsityskanta johdonmukaisesti sovellettuna johtaisi. Petoksen seuraustunnusmerkissä ei enää olisi kysymys mistään taloudellisesta ilmiöstä, vaan pelkästään kaikenlaisesta erehdytetyn disponointivapauden rajoittamisesta.

Lähtökohta antaa kuitenkin mahdollisuuden myös objektiiviselle arvostukselle. Jos kerran arvoa omaavan etuuden käyttäminen ja sen edustaman arvon »tuhlaaminen» tietyn tarpeen tyydyttämiseksi tai tarkoituksen toteuttamiseksi ei merkitse arvon menettämistä eikä tappiota, niin eikö tappio ole kiistettävä myös silloin, kun disponoija ei tosin pääse tarkoituksensa perille, mutta hänen saamansa vastike kuitenkin objektiivisesti arvostellen on tämän kannalta samanarvoinen?²⁷ Arvostelu voitaisiin periaatteessa ajatella toimitettavaksi kahdella eri tavalla. Ensinnäkin olisi ajateltavissa, että saavutettua ja tavoiteltua vastiketta arvosteltaisiin niiden kummankin disponoijalle edustaman taloudellisen arvon kannalta yleensä. Jos edellinen vastaisi taloudelliselta arvoltaan jälkimmäistä, ei tappiota olisi katsottava syntyneen. — Lienee kuitenkin ilmeistä, ettei lähtökohta oikeuta tällaiseen päätelmään. Siitä, että esineen menettäminen sen tarkoituksen toteuttamiseksi, jota silmällä pitäen sillä voitiin katsoa olevan arvoa, ei merkitse arvon menetystä, ei voida tehdä sitä johtopäätöstä, että tappion mahdollisuus olisi kiellettävä myös aina silloin, kun tarkoitus ei toteudu, kunhan vain tosiasiasa saatu vastike taloudelliselta arvoltaan vastaa tavoiteltua. Ajatellaanpa esim. tapausta, jossa henkilö erehdytetään ostamaan konserttilipun asemasta pääsylippu ammattilaispainikilpailuun. Sillä seikalla, onko hänellä mahdollisuus esim. myydä saamansa lippu yhtä edullisesti kuin mihin hänellä olisi ollut mahdollisuus konserttilipun suhteen, ei saata olla merkitystä arvosteltaessa, onko hän kärsinyt tappion disponointinsa johdosta. — Sen sijaan tuntuisi olevan mahdollista tarkastella virheellistä vastiketta sen tarkoituksen kannalta, jonka disponoija esineen luovuttamisella pyrki toteuttamaan. Jos voidaan todeta saadun (virheellisen) vastikkeen olevan t ä m ä n tarkoi-

ja s. 585. — Ks. myös Turun HO:n p. 15. 5. 1933, jonka KKO p:lla 19. 1. 1934 (KKO 1934 44 24) muutti, jossa henkilö tuomittiin petoksesta, kun hän oli saanut toisen maksamaan ostamastaan liikkeestä hinnan, jota tämä »asian todellisen laidan tietäessään ei olisi maksanut».

²⁵ Ks. *Estlander* s. 136 ss.

²⁶ Ks. esim. *Estlander* s. 139.

²⁷ Ks. esim. *Allfeld* s. 545 alav. 39, *Merkel Handbuch* s. 766 ja *Strahl* s. 86.

tuksen kannalta tavoitellun vastikkeen kanssa samanarvoinen, olisi lähtökohdan pohjalta kenties pääteltävissä, ettei disponoija vastikkeen virheellisyydestä huolimatta ole kärsinyt tappiota.²⁸ Periaatteessa näin voitaneenkin sanoa. Toteamus ei kuitenkaan näennäisestä selvyystään huolimatta vie ongelman selvittelyä lainkaan eteenpäin. Ensinnäkään se ei puutu lainkaan niihin tapauksiin, joissa disponointi ei ole tapahtunut minkään vastikkeen saamiseksi tai tarkoituksen toteuttamiseksi, vaan joissa henkilö on ollut täysin tietämätön suhtautumisensa laadusta ja merkityksestä. Tällaisissa tilanteissa ei olisi mitään »tavoiteltua» vastiketta, jota voitaisiin verrata tosiasiaassa saatuun. Toiseksi voidaan todeta, ettei siitä ole saatavissa tyydyttävää vastausta silloin, kun disponoija tosin on saanut tavoittelemansa (tai sen kanssa samanarvoisen) vastikkeen, mutta hänet on erehdytetty juuri sen tarpeen tai tarkoituksen olemassaolon suhteen, jota hän disponoinnillaan pyrki toteuttamaan.²⁹ Lisäksi on huomattava, ettei toteamus anna ohjetta niiden tapausten ratkaisemiseksi, joissa tosiasiallinen vastike ei disponoijan tarkoituksen kannalta arvosteltuna vastaa odotettua. Parhaassakin tapauksessa se sisältää vain sen, ettei tappiota ole olemassa silloin kun virheellinen vastike objektiivisesti arvostellen on disponoijan tarkoituksen kannalta tavoitellun arvoinen. Ja käänteisjohtopäätökseen — ts. siihen, että päinvastaisessa tapauksessa aina olisi kysymyksessä tappio — lähtökohta ei anna mahdollisuutta. Pelkästään se seikka, ettei henkilö disponoinnillaan saavuta tavoittelevansa päämäärää, ei oikeuta katsomaan, että hän olisi kärsinyt tappion.

Mutta jo itse tuo toteamus, joka edellä periaatteessa katsottiin hyväksyttävissä olevaksi, osoittautuu tarkemmassa tutkimuksessa käyttökelvottomaksi. Näin sen vuoksi, että se vastike tai tarkoitus, jota disponoija tavoittelee, ei suinkaan aina ole ainakaan joka kohdaltaan laadultaan

²⁸ Tähän tapaan esim. *Allfeld* s. 545 alav. 39 (jonka mukaan henkilö, joka saa muun kuin luvatus vastikkeen, on kärsinyt vahingon, vaikkei maksettu hinta sellaisenaan ole liian korkea, kunhan vain tilanne on se, ettei hänellä ole vastikkeelle »keine oder keine entsprechende Verwendung»), *Dalcke—Fuhrmann—Schäfer* s. 328, *Olshausen* s. 1084 ja *Strahl* s. 88. Ks. myös BGH p. 16. 8. 1961 (NJW-62 s. 309 ss.), jossa tappiokysymystä arvosteltaessa on kiinnitetty huomiota siihen, onko mahdollista, että erehdytetty »die angebotene Leistung nicht oder nicht in vollem Umfange zu dem vertraglich vorausgesetzten Zweck oder in anderer zumutbaren Weise verwenden kann».

²⁹ Ajatellaan esim. tapausta, jossa henkilö uskottelemalla toiselle, että tämä sairastaa jotakin tautia, saa tämän ostamaan lääkettä, joka tosiaan olisi omiaan ko. sairauden parantamaan, tai tilannetta, jossa henkilö erehdytetään ostamaan kukkalaitte vielä elävän henkilön »hautajaisiin». — Ks. myös *Strahl* s. 94 s.

»materiaalinen».³⁰ Hänen suhtautumiseensa saattaa päinvastoin olla joko puhtaasti tai ainakin osittain syynä »aatteellisen» vastikkeen (»ideaalisen ekvivalentin») tavoittelu. Almun antaja ei tee lahjoitustaan minkään aineellisen vastikkeen saamiseksi; henkilö, joka maksaa saadakseen kuunnella kuuluisan pianistin esityksiä, tekee sen tietynlaisen nautinnon saamiseksi tai kulttuuritarpeen tyydyttämiseksi; henkilö, joka tilaa kalliin ja erikoisen ruokalajin, ei tee sitä pelkästään ravinnontarpeen tyydyttämiseksi (miltä kannalta arvosteltuna hänen saamansa kaurapuuroannos epäilemättä saattaa olla objektiivisesti samanarvoinen); henkilö, joka ostaa esi-isälleen kuuluneen esineen, ei tee tätä ainakaan pelkästään ko. esineen edustaman taloudellisen arvon vuoksi jne. Sikäli kuin on kysymys tämänlaatuisista tavoitteista, on virheellisen vastikkeen objektiivinen arvostelu disponoinnin tarkoitusta silmällä pitäen täysin mahdotonta.³¹ Mutta toisaalta ei saattaisi olla oikein jättää ko. aatteellisia tavoitteita arvostelussa huomioon ottamatta niin, että ratkaisu tehtäisiin pelkästään niiden tavoitteiden perusteella, joihin nähden objektiivinen arvostelu olisi ainakin jossakin määrin mahdollista. On nimittäin pidettävä mielessä, että ko. henkilö joka tapauksessa on erehdytetty disponoimaan taloudellisista arvoistaan, ja jos kohta petos edellyttää muutakin kuin pelkästään toisen disponointivapauden loukkaamisen, on arvostelussa kuitenkin ensi sijassa lähdettävä hänen kannaltaan; hän on menettänyt taloudellisen arvon ja näin ollen kärsinyt tappion, ellei hänen saamansa vastike hänen kädessään täysin kompensoi tämän menetyksen vaikutuksia. »Ideaali-

³⁰ Tällaistenkin tarkoitusten kannalta lienee objektiivinen tarkastelu usein varsin vaikeata.

³¹ Ilmeisesti lähinnä juuri tämän vaikeuden vuoksi eräät tutkijat ovat saksalaisessa kirjallisuudessa esittäneet, että arvostelussa olisi otettava huomioon myöskin se sosiaalinen tarkoitus, jota suorituksella on tavoiteltu. Puhumattakaan siitä, ettei tämäkään näkökohta riitä peittämään tyydyttävästi kaikkia »ideaalisen ekvivalentin» tapauksia, on todettava, että myös sosiaalisen tarkoituksen objektiivinen arviointi on varsin vaikeata. Miten olisi esim. arvosteltava tapaus, jossa henkilö on erehdytetty antamaan rahaa helluntailaisten keräykseen eikä — niin kuin hän luuli — pelastusarmeijalle tai jossa hänet on erehdytetty tekemään lahjoitus pakanalähetystyötä varten Sotainvalidien Veljesliiton asemasta? — Jolla-kin tapaa oikeustajunnan vastaiselta tuntuisi sitäpaitsi katsoa, ettei esim. henkilö, joka sillä verukkeella, että hänen naapurinsa jo ovat tehneet lahjoituksen, erehdytetään tekemään lahjoitus hyväntekeväisyystarkoitukseen, olisi kärsinyt tappiota ja joutunut petoksen uhriksi (*Gallas* s. 435 s.). Hänethän oli joka tapauksessa toinen erehdyttänyt tekemään rahallisen uhrauksen (Näin *Dalcke—Fuhrmann—Schäfer* s. 328 ja Baijerin OLG p. 13. 2. 1952 NJW -52 s. 798). — Ks. *Gallas* s. 432 ss. ja *Schröder Grenzen* s. 722.

sen» tarkoituksen huomioon ottamatta jättämistä ei voida perustella edes sillä, ettei tunne- yms. arvon menettämistä pidetä taloudellisen vahinkona, sillä tässä yhteydessään ei ole kysymys siitä, otetaanko tällaisen arvon menettäminen (tai saamatta jääminen) tappiokysymyksen arvostelussa lukuun, vaan siitä, milloin henkilön tosiasiaassa saaman vastikkeen tai hänen saavuttamansa muun päämäärän voidaan katsoa olevan sellaisen, ettei hän ole, huolimatta hänen disponointinsa välittömästi sisältämästä taloudellisen arvon menetyksestä kärsinyt tappiota. Myöskään itse lähtökohta ei anna minkäänlaista oikeutta tietynlaisten tarpeiden tai tarkoitusten arvostuksen ulkopuolelle jättämiselle.

Edellä oleva lieenee osoittanut, että tarkasteltavana ollut lähtökohta on käsillä olevan ongelman selvittämisen kannalta hedelmätön. Siitä ei voida johtaa mitään sen oman olemuksen ulkopuolelle menevää päätelmää. Sen avulla ei voida osoittaa, mitä taloudellinen tappio on tai miten tämän syntyminen olisi yksityistapauksessa todettavissa. Koko sen merkitys supistuu siihen, että sen avulla käy ymmärrettäväksi, että on olemassa tilanteita, joissa taloudellisen arvon käsitteestä lähtien on mahdollista väittää, ettei henkilölle ole aiheutunut tappiota, vaikkakin samaa tapausta tilan kannalta arvosteltaessa tappiokysymykseen on annettava myöntävä vastaus.

Näin ollen katsonkin, että vain edellinen puheena olleista kahdesta lähtökohdasta voi antaa tarpeellisen pohjan tappio-ongelman selvittämiseksi yksityistapauksissa. Kysymystä on näin ollen lähestyttävä pitämällä silmällä toisaalta erehdyttämällä aikaansaadun disponoinnin välittömästi sisältämän arvon menetyksen jne., ja toisaalta saadun vastikkeen merkitystä disponoijan taloudellisen tilan kannalta kiinnittämättä huomiota disponoinnin tarkoitukseen tai saadun ja tavoitellun vastikkeen väliseen arvosuhteeseen.

Disponoinnin välittömän merkityksen ja vastikkeen vaikutuksen keskeinen vertailu on toimitettava silmälläpitäen edellä esitettyä taloudellisen arvon käsitettä eikä nojautuen sellaisiin enemmän tai vähemmän fiktiivisiin arvostuksiin kuin »markkina-arvo», »käypä arvo», »yleinen arvo» tms.³² — Tästä seuraa ensinnäkin, että arvostus on toi-

³² Sikäli kuin on kysymys esim. velvoitteen syntymisestä tai saamisoikeuden menettämisestä, ei tällaisilla arvoilla operoiminen olisi edes käsitteellisesti mahdollista. — Ks. myös esim. Nagler s. 357 »Auszugehen ist von dem individuellen Besitz-, Ertrags- oder sonstigen Gebrauchswert des Vermögensstücks für den Angegriffenen... Nur soweit ein solcher Wert nicht zu ermitteln ist, bewendet es bei dem abstrakten Tausch- und Marktwert. Demgemäss ist jeder Schematismus fernzuhalten», Schönke—Schröder s. 1095 »Auch was die Höhe des Entgelts be-

mitettava objektiivisesti, sillä taloudellinen arvo on edellä esitetyn tavoin ymmärrettynä käsitteellisesti riippumaton asianomaisen henkilön omista subjektiivisista käsityksistä, sekä toiseksi että arvostus on toimitettava nimenomaan disponoijan henkilöä ja asemaa silmällä pitäen. Yksityistapauksen ratkaisu riippuu siitä, mitä potentiaaleja etuuteen liittyy sen henkilön kannalta, joka sen menetti, sekä siitä, mikä on vastikkeen arvo hänen kädessään. Mikäli menetetyllä etuudella ei ole ollut arvoa menettäjälle, ei sen kadottaminen ole vaikuttanut hänen taloudelliseen asemaansa; jos vastikkeella ei ole arvoa saajan kädessä, ei sillä ole mitään kompensoivaa vaikutusta hänen taloudellisen asemansa kannalta.³³

Mihin näkökohtiin sitten olisi arvostuksessa yksityistapauksissa kiinnitettävä huomiota? Esineisiin liittymättömien oikeuksien ja tosiasiallisten mahdollisuuksien osalta, joiden kohdalla arvostus pakostakin jää varsin epävarmaksi, on kuten jo edellä viitattiin, huomiota kiinnitettävä paitsi niiden kohteen edustamaan arvoon, myös siihen todennäköisyyteen, jolla niiden toteutuminen on odotettavissa. Niinpä esim. kun on kysymyksessä saamisoikeus, on sen taloudellinen merkitys suuressa määrin riippuvainen velallisen maksukykyvystä ja -halusta samoin

trifft, ist nach objektiv—wirtschaftlichen Gesichtspunkten zu prüfen, ob dieses einer vollwärtigen Ausgleich darstellt» ja *Strahl* s. 11 »Att söka efter något 'verkligt värde' är fåfångt». — Kun *Nagler* eräisiin Saksan oikeuskäytännön ratkaisuihin viitaten, joissa varallisuusvahinkokysymys on ratkaistu kiinnittämättä huomiota menetetyin etuuden tai vastikkeen »yleiseen», »markkina-» tms. arvoon, katsoo, että kysymyksessä olisi »die Abkehr von der starren wirtschaftlichen Gleichwertigkeit» (s. 359), ei hän liene oikeassa. Ratkaisut ovat ennemminkin merkinä siitä, että oikeuskäytäntö on — ei suinkaan luopuen taloudellisten näkökohtien tarkasta huomioon ottamisesta — luopunut keinotekoisista arvonmitoista ja alkanut yhä enemmän ottaa huomioon ne näkökohdat, joilla todella on taloudellisessa arvostuksessa (tietyn henkilön kannalta) ratkaiseva merkitys.

Vrt. kuitenkin esim. *Kohlrausch—Lange* s. 581 ja *Welzel* s. 273, jotka asettavat säännönmukaisesti tämäntyyppiset »arvot» tarkastelun pohjaksi (yrittämättä niitä kuitenkaan millään tavalla täsmentää); ks. myös *Stjernberg* *Några ord* s. 290, jonka mukaan vastikkeen on oltava »i marknaden fullt likvärdigt».

³³ Sitä, että arvostuksen on tapahduttava nimenomaan vahingonkärsijän kannalta, korostavat myös esim. *Allfeld* s. 545 alav. 39, *Dalcke—Furhmann—Schäfer* s. 328, *Frank II* s. 134, *Germann Das Verbrechen* s. 278, *Hegler* s. 427, v. *Hippel* s. 258 alav. 7, *Kohlrausch—Lange* s. 581, *Kyll* s. 16, v. *Liszt* s. 458, v. *Liszt—Schmidt* (25 Auflage) s. 669, *Mezger BT* s. 181 s., *Niethammer* s. 269, v. *Olshausen* s. 1079 ja 1084, *Schönke—Schröder* s. 1089 ja 1096, *Strahl SvJT* -47 s. 609 sekä *Welzel* s. 273; ks. myös BGH p. 18. 7. 1961 NWJ 1961 s. 1876 s. sekä meillä *Forsman Särskilda s. 387*, *Honkasalo Erinäiset* s. 69, *Kankaanranta* s. 80 ja *Serlachius II* s. 255 s.

kuin velkojan mahdollisuuksista toteuttaa vastoin velallisen tahtoa vaatimuksensa.³⁴ Näiden saamisen toteutumisen todennäköisyyteen vaikuttavien seikkojen merkitys on kuitenkin toissijainen oikeuden tai mahdollisuuden kohteen arvoon verrattuna. Ne vaikuttavat ainoastaan siihen, kuinka lähelle viimeksi mainittua oikeuden arvo nousee. Niinpä esim. 100 markan määräisen saamisoikeuden arvo ei normaalioloissa saata ylitellä 100 markan suuruisen rahasumman arvoa; sen sijaan se saatetaan hyvinkin arvostaa tätä vähäarvoisemmaksi, mikäli sen toteutuminen velallisen maksukyvyttömyyden tai -haluttomuuden johdosta on epätodennäköistä.

Esineellistenkään etuuksien arvoja ei, kuten sanottu, tule määrittää »markkina-arvon» tms. epämääräisen käsitteen avulla. Mutta on huomattava, ettei esineen taloudellista arvoa tässä tutkimuksessa omakсутun hahmottelun pohjalta voida muutoinkaan absoluuttisesti määrittää numeroin tai muin arvoyksiköin. Ainoastaan sen suhteellinen arvo voidaan todeta. Niinpä ei saateta sanoa, että esineen A arvo on niin ja niin paljon; pelkästään sen arvo verrattuna johonkin toiseen esineeseen voidaan todeta.³⁵ Tämä on kuitenkin petosrikoksen kannalta riittävää, sillä jo menetetyn esineen ja vastikkeen suhteellisen arvon määrittämisellä on todettavissa, onko disponoinnista aiheutunut tappiota.

Kun taloudellinen arvo ilmenee etuuteen liittyvässä tarpeen tyydyttämismahdollisuudessa, on suhteellinenkin arvostus mahdollista vain jotakin tiettyä tarvetta tai joitakin tiettyjä tarpeita silmällä pitäen. Voidaan sanoa, että esine on tämän tarpeen tai tarkoituksen kannalta toista esinettä arvokkaampi, viimeksi mainitun taas sisältäessä mahdollisuuden sellaisen tarpeen tyydyttämiseen, joka on ensiksi mainitun mahdollisuuksien ulkopuolella. Tämän vuoksi ja koska tarpeita ei juuri voida ajatella luokiteltaviksi jonkinlaiseen objektiiviseen arvokkuusjär-

³⁴ Ks. KKO 1920 II 113, jossa A tuomittiin petoksesta, kun hän oli salannut erään seikan, joka vaikutti hänen maksuksi antamansa siirretyn saatavan toteuttamismahdollisuuksiin heikentävästi. Ks. myös *Dalcke—Fuhrmann—Schäfer* s. 329 sekä Baijerin OLG:n p. 23. 7. 1957 (JR -58 s. 66 ss.), jossa todetaan, ettei velallisen maksuhaluttomuudella ole saamisen arvon kannalta merkitystä »wenn die ihm obliegende Leistung mit Sicherheit erzwungen werden kann».

³⁵ Ks. *Persson* s. 396. Asianlaite on vastaavasti tämä myös vahingonkorvaus-oikeudessa. Vaikka on tapana sanoa, että henkilön kärsimä esinevahinko on esim. 100 markkaa ja että hän on näin ollen oikeutettu saamaan tämän suuruisen rahasumman korvaukseksi, on tilanteessa itse asiassa kysymys siitä, että todetaan 100 markan määräisen rahasumman edustaman arvon vastaavan menetetyn esineen edustamaa arvoa.

jäestykseen,³⁶ näyttää etuuskien suhteellisenkin arvon toteaminen ylivoimaiselta tehtävältä. Näin olisikin asianlaita, ellei olisi olemassa yhteiskunnassa yleisesti hyväksyttyä maksuvälinettä, rahaa. Raha ei suinkaan ole itsessään mikään arvo (ks. ed. alav. 3), ei myöskään arvon mitta samassa mielessä kuin esim. metri pituuden tai kilogramma painon mittana,³⁷ niin että jostakin esineestä voitaisiin sanoa sen arvon olevan niin ja niin monta markkaa ja penniä. Mutta rahaa voidaan silti käyttää arvon määrittämisessä apuna. Sen luonteesta yleisesti hyväksyttynä maksuvälineenä nimittäin johtuu, että siihen käsitteellisesti liittyy minkä tahansa ja kaikkien niiden tarpeiden ja tarkoitusten tyydyttämismahdollisuus, joita silmällä pitäen etuuksilla yleensä voidaan sanoa olevan taloudellista arvoa. Voidaan sanoa, että raha (käsitteellisesti) peittää inhimillisten tarpeiden tason 360-asteisesti, kun taas esineisiin liittyvät potentiaalit peittävät vain kapeamman tai laajemman sektorin siitä. Tästä johtuen on myös periaatteessa aina mahdollista määrittää jonkin esineen ja rahasumman suhteellinen arvo tiettyä hetkeä silmällä pitäen. Ei tosin niin, että olisi täsmällisesti todettavissa esineen arvon olevan sama kuin tietyn rahasumman arvo, mutta sen sijaan siten, että todetaan, kuinka suuri rahasumma tarvittaisiin, jotta se arvoltaan vastaisi niitä mahdollisuuksia, jotka esineeseen liittyvät.³⁸ Ajatellaan esimerkiksi, että henkilö menettää esineen ja saa siitä vastik-

³⁶ Ks. kuit. *Schönke—Schröder* s. 1089, jossa puhutaan etuuskien ja tarpeiden arvojärjestyksestä (»Rangordnung») selvittämättä kuitenkaan, minkä näkökohtien mukaan kunkin tarpeen arvoluokka määräytyisi. Samoin *Schröder Grenzen* s. 721.

³⁷ Ks. *Olivecrona The problem* s. 159; vrt. kuit. esim. *Leppo* s. 69.

³⁸ Huomio on kiinnitettävä tällöin vain esineeseen liittyviin mahdollisuuksiin, ei sen sijaan esim. siihen paljonko sen hankkiminen on tullut maksamaan, sillä tämä tieto ei auta lainkaan arvosteltaessa sitä, mikä arvo esineellä nyt on tai olisi. Jos henkilö on maksanut rahaa esineestä, jolla ei ole hänen kädessään taloudellista arvoa, ei hän kärsi tappiota menettäessään esineen; tappio on syntynyt jo esineen ostamisella. Ks. myös esim. KKO p. 3. 6. 1960 n:o 1647, jossa tuomittiin petoksesta henkilö, joka toimiessaan eräässä liikkeessä, joka myönsi palveluksensa oleville henkilöille alennuksen näiden omaa tarvetta varten ostamistaan tavaroista, oli erehdyttänyt po. liikkeen myymään alennuksella sellaistakin tavaraa, jonka hän hankki liikkeen palveluksessa olemattomien henkilöiden lukuun (Oikn. *Ebeling, Eskola ja Schwindt*; eri mieltä olivat pres. *Tarjanne* ja oikn. *Takkunen*, jotka katsoivat, ettei liikkeelle ollut aiheutettu tappiota, ilmeisesti juuri sen vuoksi, että alennettukin hinta peitti tavarantoimittajan kustannukset) ja *Hirschberg* s. 303 (»dass ein Gegenstand Geld gekostet hat, beweist noch lange nicht dass er auch heute noch geldwert ist»). Vrt. kuit. esim. RGSt 64 s. 181, jossa kauppatavaran arvoksi on katsottu sen hankintakustannusten määrä.

keeksi rahasumman. Sitä arvoa, joka esineellä oli erilaisten tarpeiden ja tarkoitusten toteuttamismahdollisuuksien kannalta (voitaisiin sanoa: »käyttöarvo»), voidaan verrata saatuun rahamäärään ja sen edustamaan arvoon samalta kannalta. Jos siihen liittyvät samat mahdollisuudet, on se menetetyt esineen arvoinen. Säännönmukaisesti tämä merkitsee sitä, että ainakin siinä tapauksessa, että vastikkeeksi saadun rahasumman avulla on hankittavissa menetetyt esineen tilalle toinen, johon liittyvät samat mahdollisuudet kuin ensiksi mainittuunkin, vastaa rahasumman arvo menetettyä esinettä (ks. kuit. jälj.).³⁹ Tällöin ei voida vaatia, että rahasummalla pitäisi olla hankittavissa menetetyt kanssa identtinen esine; riittävää on, että se tekee mahdolliseksi niiden tarpeiden tyydyttämisen tai tarkoitusten toteuttamisen, joita silmällä pitäen menetetillä etuudella oli taloudellista arvoa. Sikäli kuin menetetillä etuudella on ollut arvoa joidenkin sellaisten subjektiivisten (mutta silti taloudellisessa arvostuksessa huomioon otettavien⁴⁰) tarpeiden kannalta, joita ei voida täsmälleen samoin muulla tavalla tyydyttää, on etuuden arvoisena niiden kannalta pidettävä rahamäärää, joka tekee sellaisen esineen hankkimisen mahdolliseksi, joka objektiivisesti — mutta silti disponoijan henkilöä silmällä pitäen — arvosteltuna sisältää mahdollisuuden niiden mahdollisimman samankaltaiseen tyydyttämiseen.⁴¹

Kuten edellä esitetystä taloudellisen arvon käsitteen hahmottelusta ilmenee, ei esineen taloudellinen merkitys rajoitu kuitenkaan vain sen kykyyn välittömästi tyydyttää inhimillisiä tarpeita. Huomioon on otettava myös esineen taloudellinen »vaihtoarvo», tai siihen liittyvä mahdollisuus sitä käyttämällä saavuttaa taloudellisia etuja joko siten, että

³⁹ Tämä näkökohta on hyvin keskeisellä sijalla vahingonkorvausoikeudessa määritettäessä rahassa maksettavan vahingonkorvauksen suuruutta, ks. esim. *Persson* s. 400 ss., eritt. s. 402; ks. myös *VakSopL* 37 §.

⁴⁰ Esineen merkitystä omistajalleen puhtaitten tunnearvojen kannalta ei sen sijaan ole taloudellisessa arvostuksessa otettava huomioon ks. esim. *Hegler* s. 427, *Kankaanranta* s. 80 ja *Kohlrausch—Lange* s. 581. Täsmällistä rajan vetoa »taloudellista laatua» olevien ja tämän käsitteen ulkopuolelle jäävien tarpeiden välille on tosin mahdotonta yleistävästi toimittaa; kysymys on mitä suurimmassa määrin riippuvainen asianomaisen yhteiskuntaympäristössä vallitsevista oloista ja käsityksistä. — Vahingonkorvausoikeuden osalta lausuu *Persson* (s. 399), että mitä enemmän perustarpeiden tyydyttämisestä (»elementär behovstillfredsställelse») lähestytään »överflödsbehov eller eljest mindre intersubjektiva behov», sitä suurempi huomio tulee kiinnittää hyödyn, tarpeen jne. intensiteettiin ja normaalisuuteen.

⁴¹ Ks. tämän johdosta *Persson* s. 394 ss. eritt. s. 395.

sen avulla on mahdollista hankkia taloudellista arvoa omaavia etuuksia ⁴² (esim. myymällä tai käyttämällä sitä ansiotoiminnassa), tahi niin, että sen avulla voidaan vapautua jostakin taloudelliseen asemaan vaikuttavasta velvoituksesta. Tästä johtuu, että jotta esineen menettämisen vastikkeeksi saavutettu etuus kompensoisi menetyksen negatiivisen vaikutuksen, on sen myös näitä näkökohtia ja mahdollisuuksia silmällä pitäen vastattava menetettyä esinettä. Niinpä edellä esitetty sääntö, jonka mukaan rahasumma, joka tekee mahdolliseksi menetetyn esineen korvaamisen toisella, arvoltaan vastaa tätä, ei sellaisenaan sovellu kaikkiin tapauksiin. Niinpä henkilö, joka menettää esineen, jonka hän olisi voinut myydä 20 markalla, mutta jollaisen hän pystyy hankkimaan 15 markalla, on kärsinyt tappion, ellei hän saa vastikkeeksi 20 markkaa tai esinettä, jonka hän yhtä helposti kuin menetetyinkin saattaa »vaihtaa» 20 markkaan. — Kuluttaja, joka menettää 50 markkaa maksavan kenkäparin, on kärsinyt tappion, ellei hän ole saanut vastikkeeksi 50 markkaa, vaikkei hän olisi voinut kengät myydessään saada niistä kuin

⁴² On huomattava, että kysymyksen arvostelu on periaatteessa riippumatonta siitä haluaako henkilö toteuttaa tämän mahdollisuuden; ks. *Strahl* s. 18. Vrt. kuitenkin KKO 1938 II 143; tapauksessa oli A myynyt 18-vuotiaan hevosen B:lle 450 markan hinnasta ja sillä nimenomaisella ehdolla, että hevonen välittömästi teuras-tettaisiin. B möi kuitenkin hevosen edelleen 1.500 markan hinnasta. KO ja HO katsoivat B:n aiheuttaneen A:lle ainakin 1.050 markan vahingon ja tuomitsivat B:n petoksesta. KKO lausui myös selvitetyn, »att (B) vid köpet av ifrågavarande häst godkânt det av (A) uppställda villkoret, att hästen på grund av dess höga ålder skulle omedelbart avlivas, samt att (B) det oaktat kort därpå sålt hästen för ovanuppgivna pris, men när (B) genom detta förfarande icke kan anses tillskyndat (A) förlust i gods eller penningar och förty icke heller hava gjort sig saker till bedrägeri eller annan straffbar handling», KKO hylkäsi syytteen. KKO:n ratkaisu ei voine olla oikeaan osunut. Selvää tosin on, ettei B syylistynyt rikokseen sillä, että hän hyväksyi A:n asettaman ehdon sen paremmin kuin silläkään, että hän sittemmin vastoin sopimusta möi hevosen (jotka ovat ainoat toiminnot, joihin KKO:n sanonta »detta förfarande» voivat viitata). Mutta se, minkä KKO näyttää jättäneen vaille huomiota, on, että mikäli B alun perinkin oli aikeissa toimia tällä tavalla, hän hyväksymällä A:n ehdot esiintoi sen valheellisen asianlaidan, että hän aikoi menetellä A:n toivomalla tavalla, ja sai näin A:n erehdytetyksi luovuttamaan hevosen itselleen. Hevosen arvo oli ilmeisesti suurempi kuin 450 markan edustama arvo (koskapa B sen sai myydyksi 1.500 markasta), joten A kärsi erehdyttämisestä aiheutuneen *disponointinsa* johdosta tappion. Sillä seikalla, että A sai sen taloudellisen vastikkeen, jonka hän halusikin, ei voi olla merkitystä. Vaikkei B:n taholta olisi harjoitettukaan mitään vilppiä ja vaikka hän olisi pysynyt sopimuksessaan, olisi A:n siltikin katsottava kärsineen tappiota, joskaan se ei tässä tapauksessa olisi aiheutunut erehdyksestä. Vrt. myös *Bockelmann* DR-41 s. 852.

30 markkaa; vähittäiskauppias taas, joka menettää samanlaisen kenkäparin, on kärsinyt tappion ellei hän ole saanut vastikkeeksi sitä rahamäärää, josta hän olisi kengät voinut myydä, vaikkakin hänellä on mahdollisuus tukkuportaasta hankkia samanlaiset kengät 30 markan kustannuksella.

Periaatteessa vastaavalla tavalla on tilannetta arvosteltava silloin, kun menetetty »esine» on rahaa ja vastike taas »tavallinen» esine. Rahan taloudellisen merkityksen käsitteellisestä 360-asteisuudesta tosin seuraisi tarkkaan ottaen, että henkilö aina vaihtaessaan rahaa esineeseen, jota ei voida käyttää rahan tapaan maksuvälineenä, olisi kärsinyt tappion. On kuitenkin selvää, ettei asiaa voida näin arvostella, vaan on pakko katsoa — tietynlaisesta epätarkkuudesta huolimatta ⁴³ — että rahan vastikkeeksi saadulla etuudella on kompensoiva vaikutus, mikäli

⁴³ Ei nimittäin ole tarkkaan ottaen täsmällistä väittää, että esine arvoltaan vastaa tiettyä rahasummaa, kunhan se vain on siihen vaihdettavissa. Henkilöllä, jolla jo on kädessään esim. 100 markkaa, on silloin käytettävissään ne mahdollisuudet, joiden kautta po. summalla on taloudellista arvoa, mitä ei suinkaan voida sanoa henkilöstä, jolla vasta on kädessään sellainen esine, josta hän voi saada mainitun suuruisen rahasumman. — Toinen epätasällisyyden siemen sisältyy arviointiin sikäli, että on mahdotonta tarkoin määritellä yleisellä säännöllä sitä, milloin vaatimus esineen vaihdettavuudesta rahaan on katsottava täytetyksi. *Honkasalo* (Kiristäminen s. 481), *Kankaanranta* (s. 81) ja *Serlachius* (II s. 255) vaativat v. *Lishtiin* (s. 458) yhtyen, että disponoijan, joka rahaa vastaan saa virheellisen vastikkeen, on »heti» voitava vahinkoa kärsimättä korjata erehdyksensä. *Forsman* ei aseta tässä suhteessa mitään nimenomaista vaatimusta, mutta hänet lienee ymmärrettävä siten, että hänkin vaatii verraten välitöntä rahaksimuuttomahdollisuutta (ks. *Särskilda* s. 387). — *Hirschbergin* mukaan (s. 313) on seuraavat seikat otettava huomioon: »die rechtliche Zulässigkeit, die faktische Möglichkeit und die Zumutbarkeit». Hän huomauttaa muutoin varsin oikein, ettei jälleenmyyntimahdollisuuden merkitystä pidä yliarvioida: jos vastike-esine olisi helposti myytävissä, niin miksi erehdyttäjä laisinkaan olisi ryhtynyt petolliseen toimintaansa. — Mitään täsmällisiä vaatimuksia ei tässä suhteessa voitane asettaa. Arvostelussa on kuitenkin pidettävä mielessä, että erehdyttäjä on paheksuttavalla suhtautumisellaan puuttunut erehdytetyntä intressipiiriin ja saanut tämän viekoitteluksi luovuttamaan rahaa. Näin ollen on vastikkeen kompensoimiskykyyn suhtauduttava jokseenkin varovaisesti. Pääsääntönä täytynee tällöin pitää sitä, että vastikkeen tulee olla sellainen, että se on jokseenkin *välittömästi* ja ilman sanottavampaa *haittaa laillisesti* vaihdettavissa rahaan (niinpä vaikka — kuten jäljempänä tarkemmin esitetään — rikoksen kautta saadulla esineellä on haltijalleen taloudellista arvoa sen kautta, että se on vaihdettavissa rahaan, ei tähän voida kiinnittää huomiota tilanteessa, jossa henkilö on erehdytetty maksamaan rahaa esim. varastetusta esineestä). Ks. myös *Schönke—Schröder* s. 1096, jonka mukaan rahaan vaihtamisen on voitava tapahtua »sofort» ja oltava »dem Betroffenen zuzumuten» ja *Welzel* (s. 273), joka vaatii, että jälleenmyynnin on voitava tapahtua »ohne Schwierigkeiten».

se on vaihdettavissa saman suuruiseen rahamäärään. Tämä vaatimus on kuitenkin asetettava kaikissa tapauksissa, ja myös silloin, kun vastikeesine sen arvosektorin kannalta, jonka se peittää, on in concreto menetettyä rahasummaa arvokkaampi. Tämä sen vuoksi, että ellei vastikeesine kelpaa maksuvälineeksi, jää siihen liittyvien mahdollisuuksien ulkopuolelle lukuisia sellaisia mahdollisuuksia, jotka menetettyyn rahasummaan liittyivät. Edellä lausuttu merkitsee mm. sitä, että kuluttaja ostaessaan hyödykkeitä vähittäisportaasta yleensä aina kärsii tappion; hänen saamansa tavara ei arvoltaan vastaa siitä maksettua hintaa (hän ei saa vaihdetuksi tavaraa maksamaansa rahamäärään), hänen taloudellinen asemansa olisi ilman ostoksen suorittamista ollut edullisempi kuin mitä se on.⁴⁴

Vrt. Nagler s. 357 ja s. 361, joka ei halua antaa jälleenmyyntimahdollisuudelle mitään merkitystä silloin, kun esine on hankittu omaa käyttöä varten.

Selvältä tuntuu, ettei arvostelussa voida kiinnittää huomiota siihen, mitä vastikkeeksi saatu esine yleensä maksaa (»markkina-arvo») muutoin kuin sikäli, että tästä on saatavissa osviittoja sen myyntimahdollisuuksien ja -hinnan selvittämiseksi. Kun henkilö on erehdytetty ostamaan jokin hänelle täysin tarpeeton kappale, ei häntä ilahduta eikä hänen taloudelliseen tilanteeseensa lainkaan vaikuta se seikka, että ko. tavara yleensäkin kaupassa maksaa sen, mitä hän siitä joutui maksamaan. Tähän nähden on ihmeellistä, että petosrikosta koskeissa esityksissä on annettu tälle seikalle hyvinkin keskeinen asema. On nimittäin varsin yleistä, että juuri kysymys vastikkeen »hintansa arvoisuudesta» (»preiswertigkeit») on otettu tärkeäksi tekijäksi arvosteltaessa, onko yksityistapauksessa syntynyt tappiota (ks. esim. *Honkasalo* Erinäiset s. 69, *Dalcke—Fuhrmann—Schäfer* s. 330, ja *Schönke—Schröder* s. 1096 sekä BGH p. 16. 8. 1961 NJW-62 s. 309 ss.). Sillä seikalla, voidaanko objektiivisesti arvostellen pitää »kannattavana» ostaa saatu esine siitä hinnasta, jonka disponoija menetti, ei kuitenkaan ole välitöntä merkitystä toisaalta suoritettun rahamäärän arvon ja toisaalta vastikkeen arvon (ko. henkilön kannalta) keskeisessä vertailussa. Se, että mainittuun näkökohtaan on niinkin suurta huomiota kiinnitetty, on nähdäkseni juuri eräänä osoituksena siitä, ettei lähtökohtaisesti ole selvitetty sitä, mitä taloudellisella arvolla on ymmärrettävä. Niinpä mm. BGH:n ratkaisussa 18. 7. 1961 (NJW-61 s. 1876 s.), jossa oli kysymys siitä, että henkilö oli erehdytetty ostamaan keinokuidusta valmistetut housut villahousujen asemasta, käy ilmi ajatus, ettei ostajalle ole syntynyt tappiota, koskapa »die Hose in ihrer tatsächlichen Beschaffenheit den vereinbarten Preis wert war, weil zellwollene Gabardinhosen damals allgemein so viel kosteten». Tällaisen arviointiperusteen omaksuminen veisi siihen, että erehdytettiin henkilö antamaan rahaa minkä hyvänsä tavaran vastikkeeksi, ei myyjä olisi syyllistynyt petokseen, kunhan vain po. ostajalle kenties täysin tarpeettomasta tavarasta yleensä maksetaan disponoidun rahasumman määräinen hinta. Tämä ei voi olla oikein. Sillä seikalla, mitä jostakin tavarasta yleensä maksetaan ei — kuten sanottu — ole mitään välitöntä merkitystä sen arvolla saajan kädessä.

⁴⁴ Tällainen johtopäätös on epäilemättä omiaan nostattamaan vastaväitteitä, ja onkin myönnettävä, ettei tavanomainen katsantokanta yleensä näe tällaisissa

Erehdytetyn disponointinsa johdosta saama vastike saattaa kuitenkin käsittää myös jostakin sitoumuksesta vapautumisen. Tällöin disponoija ei varsinaisesti »saa» mitään etuutta, jonka arvoa voitaisiin verrata hänen menettämänsä rahasumman arvoon, mutta on selvää, että ellei ole olemassa mitään periaatteellista syytä jättää sitoumuksesta vapautumista huomioon ottamatta vastikkeena (ks. jälj. s. 201), on disponoinnin kokonaisvaikutusta arvosteltaessa kiinnitettävä huomiota siihen, miten tämä vapautuminen vaikuttaa maksajan taloudelliseen tilaan.

Edellä — sitoumuksen syntymisen tappiomerkityksestä puhuttaessa — todettiin, että taloudellinen katsantokanta ei näe velan suoritukseksi tapahtuvassa arvon menetyksessä ainakaan yhtä suurta tappiota kuin mikä henkilölle aiheutuisi, jos hän tekisi saman suorituksen ilman, että hän samalla vapautuisi sitoumuksestaan. Kysymys on nyt vain siitä, voidaanko edellisessä tapauksessa katsoa syntyneen mitään tappiota.

Voidaan luonnollisesti väittää, että henkilölle on taloudelliselta kannalta edullisempaa omistaa 100 markkaa ja olla saman verran velkaa toiselle, kuin olla täysin varaton ja velaton. Mutta se merkitsisi myös sitä, että velallinen voisi kompensoida sitoumuksensa negatiivisen vaikutuksen velvoitteen määrää pienemmällä suorituksella. Tämä ei ole kuitenkaan mahdollista; velkasummaa pienemmällä suorituksella hän vapautuisi vain sitä vastaavalta osalta sitoumuksestaan, ja jäljelle jäisi kuitenkin velvoite, jolla olisi aivan sama periaatteellinen negatiivinen merkitys kuin millä hyvänsä velvoitteella. Henkilö, joka maksaa 1000 markan velastaan 999 markkaa, jää vielä 1 markan velkaa, ja tämä velka rasittaa hänen taloudellista tilaansa niin kauan kunnes hän maksaa senkin. Näin ollen, jos lainkaan voidaan sanoa taloudellisen katsantokannan mukaiseksi käsitystä, että rahamäärän suorittaminen velan maksuksi ei merkitse ainakaan yhtä suurta tappiota kuin vastaavan rahamäärän menettäminen ilman velasta vapautumista (niin kuin epäilemättä on asianlaita), on myös katsottava, ettei velan maksaminen yleensä

tapauksissa tappiota. Mutta tämä johtuu aivan samasta syystä kuin se, ettei tavanomainen katsantokanta ole taipuvainen pitämään tappiona sitä, että teatteriesityksestä maksetaan rahaa, ts. siitä, että tavanomainen katsantokanta on tällaisissa tapauksissa taipuvainen tarkastelemaan tilannetta edellä petosrikoksen selvittämisen kannalta käyttökeltottomaksi havaitun lähtökohdan pohjalta. Tilan kannalta arvosteltuna taas tappio on tällaisissa tapauksissa puhtaasti riippuvainen siitä, onko henkilöllä ostoksensa jälkeen jäljellä sama taloudellinen arvo, kuin hänellä sitä ennen oli.

merkitse mitään tappiota.⁴⁵ On kuitenkin huomattava, että sanottu koskee vain sellaisia sitoumuksia, joihin liittyy oikeudellinen täyttämisvelvollisuus,⁴⁶ sillä kuten aikaisemmin on todettu, on tämä juuri se seikka, jonka vuoksi taloudellinen katsantokanta näkee jo sitoumuksen syntymisessä (eikä sen maksamisessa) taloudellisen menetyksen. Oikeudellisesti velvoittamaton sitoumus on sellaisenaan taloudellisesti arvosteltuna lupaaajalle⁴⁷ yhtä merkityksetön kuin esim. hänen hiljaa mielessään tekemänsä päätös rahalahjan tekemisestä. Merkitystä sillä on vain siihen mahdollisesti liittyvän tappion vaaran vuoksi, ja disponointi, joka käsittää tällaisen »sitoumuksen» täyttämisen, merkitsee vain tämän vaaran toteutumista.⁴⁸

⁴⁵ Vallitseva käsitys onkin, ettei pätevän sitoumuksen täyttäminen merkitse tappiota (varallisuusvahinkoa); ks. esim. *Bockelmann* Unvollkommene Verbindlichkeiten s. 368, *Merkel Handbuch* s. 766, *Forsman Särskilda* s. 387, *Schönke—Schröder* s. 1093, *Stjernberg Några ord* s. 290, *Strahl* s. 78, *Thyrén*, *Utkast* s. 143 sekä *Welzel* s. 273 ja *Schadensbegriff* s. 652; ks. myös esim. RGSt 75 s. 230 ja BGHSt 3 s. 161; toisin *Maurach* s. 254, joka katsoo velkojan, joka esittämällä vääriä todisteita saa suoritustuomion todella olemassa olevasta saamisestaan, aiheuttavan velalliselle varallisuusvahingon, koskapa »nach der prozessualen Rechtslage wäre der Schuldner nicht ohne weiteres zur Zahlung verpflichtet gewesen» ja *Dahm* s. 469.

⁴⁶ Maksuvelvollisuuden olemassaoloon kiinnittää tässä suhteessa huomiota esim. *Maurach*, ks. viittaus ed. alav:ssa.

⁴⁷ Kokonaan eri asia on, että tämän kaltaisella »sitoumuksella» saattaa sen sijaan »velkojan» kannalta arvosteltuna olla olosuhteista riippuen aivan yhtä suuri arvo kuin oikeudellisesti velvoittavallakin sitoumuksella. Saamisen arvo velkojalle ei nimittäin ole ratkaisevasti riippuvainen siitä, onko se velallista oikeudellisesti velvoittava. Vm. seikka on vain yksi niistä, jotka on otettava huomioon saamisen toteutumismahdollisuuksia arvosteltaessa.

⁴⁸ Mitä erityisesti sellaisiin sitoumuksiin tulee, joihin tosin ei liity oikeudellisesti toteutettavissa olevaa täyttämisvelvollisuutta, mutta joiden vapaaehtoinen täyttäminen sitoo velallista niin, ettei hänellä ole oikeudellista tietä mahdollisuutta saada suoritustaan palautetuksi, on kirjallisuudessa esitetty mielipide, ettei velalliselle aiheudu tappiota siitä, että hänet erehdytetään sitoumus täyttämään; näin *Welzel* s. 273 (perusteluitta) ja *Bockelmann* Unvollkommene Verbindlichkeiten s. 378. Viimeksi mainitun tutkijan esittämät perustelut antavat kuitenkin aihetta huomautuksiin. Hän lähtee siitä, että »auch unvollkommene Forderungen ein anerkennenswertes persönliches Interesse des Gläubigers bilden» ja että velallisella on joka tapauksessa »eine moralische Verpflichtung zur Leistung». Sillä seikalla, mikä merkitys tällaisella velvoitteella on velkojalle, sen paremmin kuin silläkään, onko velallisella katsottava olevan »moraalinen» velvollisuus sitoumuksen täyttämiseen (mikä seikka kai pitäisi harkita in casu), ei saattane olla merkitystä arvosteltaessa erehdyttämällä aikaansaadun suorituksen taloudellista merkitystä suorittajan kannalta. Voitaisiin kenties sanoa, että rikkaalla on moraalinen velvollisuus

Tuntuu kuitenkin siltä kuin edellä esitettyä sääntöä velasta vapautumisen kompensoivasta vaikutuksesta ei sellaisenaan voitaisi soveltaa aina silloinkaan, kun on kysymys sitoumuksesta, johon liittyy oikeudellinen maksuvelvollisuus. Ensinnäkään se ei näytä aina johtavan oikeaan tulokseen silloin, kun on kysymyksessä erääntymättömästä velvoitteesta vapautuminen; henkilö ei olisi tuolloin ollut velvollinen velkaansa maksamaan. Tilanne voi olla myös sellainen, että erehdytetty, joka on velkaa erehdyttäjälle, on samalla tämän saamamies; mikäli erehdyttäjä tällöin on maksukyvytön tai -haluton, voidaan hyvin — tapauksesta riippuen — katsoa, että erehdytetty kärsii tappion, mikäli hänet saadaan jollakin verukkeella antamaan rahasumma sitä vastaan, että hän vapautuu omasta sitoumuksestaan. Hänellähän olisi ollut mahdollisuus käyttää omaa, velallisansa maksukyvyttömyyden vuoksi epävarmaa saatavaansa kuittaukseen ja siten vapautua velastaan. Katsonkin, että joskaan henkilön erehdyttäminen suoritukseen, joka käsittää taloudellisen arvon menettämisen, ei yleensä merkitse tappiota silloin, kun hän samalla vapautuu vastaavan suuruisesta sitoumuksesta, johon liittyy oikeudellinen täyttämismaksuvelvollisuus, ei sanotunlainen sitoumuksesta vapautuminen sulje pois tappion mahdollisuutta, mikäli po. sitoumus ei vielä ollut erääntynyt täytettäväksi tai jos erehdytetyllä oli kuitauskelpoinen, mutta velallisen maksukyvyttömyyden vuoksi epävarma vastasaatava erehdyttäjältä.⁴⁹

Tässä yhteydessä on syytä kosketella myös sitä kysymystä, mitä vastikkeiden arvostukseen vaikuttaa se, ettei sen luovuttaja ollut oikeutettu

avustaa taloudellisesti köyhää ja sairasta sukulaistaan, mutta tuskin tämä seikka voisi vapauttaa jälkimmäisen petossyytteestä, mikäli hän erehdyttäisi ensiksi mainitun antamaan itselleen rahaa. — Kunkin oikeusjärjestyksen siviilioikeudellisista oikeusohjeista riippuu, voidaanko velvoitteeseen katsoa liittyvän oikeudellinen täyttämismaksuvelvollisuus sellaisissakin tapauksissa, joissa oikeusjärjestys ei anna keinoja maksuhaluttoman velallisen pakottamiseksi täyttämään sitoumuksensa. Sikäli kuin voidaan katsoa, että »naturaaliobligatioihin» niiden kannekelvottomuudesta huolimatta liittyy tällainen velvollisuus, on niihin tappiokysymyksenkin kannalta suhtauduttava periaatteessa samoin kuin »täydellisiinkin» velvoitteisiin: niiden syntyminen merkitsee sellaisenaan tappiota ja niistä vapautumisella on samanlainen kompensoiva vaikutus kuin »täydellisestikin» velvoitteesta vapautumisella.

On muuten todettava, että nekin tapaukset, joissa erehdytetylle velvoitteesta vapautumisesta huolimatta on katsottava syntyneen tappiota, usein jäävät petossäännöksen soveltuvuusalueen ulkopuolelle sen vuoksi, että erehdyttäjältä on puuttunut tarkoitus hankkia laitonta etua tai aiheuttaa toiselle tappiota; ks. esim. *Maurach* s. 254; ks. myös *Bockelmann* vmk. s. 380 ss.

⁴⁹ Ks. myös RGSt 60 s. 294.

siitä määräämään. Kysymyksellä on mielenkiintoa ennen kaikkea silloin, kun vastikkeeksi annetaan rikoksen kautta oikealta omistajaltaan pois joutunut esine.

Jos esine, jonka erehdyttäjä myy tai antaa pantiksi toiselle, on joutunut pois omistajaltaan näpistämisen, varkauden, ryöstön tai kiristämisen kautta, on esineen vastaanottaja velvollinen luovuttamaan sen oikealle omistajalle lunastuksetta, vaikka hän olisikin vilpittömässä mielessä (RVA 11 §). Tällaisissa tapauksissa tilanne lieene selvä: vastaanottaja on kärsinyt tappion ja esineen luovuttaja on syyllistynyt petokseen.⁵⁰ Mutkallisempi on sen sijaan tilanne silloin, kun on kysymyksessä tapaus, jossa vastaanottaja on — mikäli hän on ollut vilpittömässä mielessä — oikeutettu täyteen lunastukseen (ks. KK 11: 4). Oikeuskäytännöstä löytyy tapauksia, joissa henkilö, joka on myynyt tai antanut pantiksi omanaan vieraalle kuuluvan esineen, on tuomittu paitsi tuon esineen kavaltamisesta, myös petoksesta esineen vastaanottajaa kohtaan; näin esim. KKO 1950 I 2 ja p. 23. 2. 1961 no. 717; toisin sen sijaan esim. 1931 II 82 (A oli myynyt erään hallussaan olleen esineen ja pantannut toisen; hänet tuomittiin kahdesta kavaltamisesta), 1933 II 432 (A oli antanut pantiksi hallussaan ollutta vierasta omaisuutta: KKO katsoi, ettei tätä voitu, »siihen nähden ettei ollut näytetty /lainanantajan/ kärsineen tuon menettelyn johdosta vahinkoa, lukea /A:n/ syyksi petosrikoksena»), 1935 II 313 (A oli pantannut petoksella saamansa esineen), p. 4. 11. 1958 no. 2218 (A oli myynyt hallussaan ollutta irtainta tavaraa; kavaltaminen) sekä p. 29. 6. 1962 no. 1743 (A oli erehdyttänyt B:n antamaan itselleen koekatseltavaksi television, jonka hän sitten oli myynyt C:lle; petos vain B:tä kohtaan).

Mainitussa vuodelta 1950 olevassa ratkaisussa on kuitenkin erikoisuutena huomattava se, että siinä alioikeus oli katsonut syytetyn syyllistyneen varkauteen ja petokseen sekä velvoittanut tämän mukaisesti pantin saajan luovuttamaan saamansa pantin lunastuksetta sen oikealle omistajalle; vasta HO ja KKO tulivat tulokseen, että kysymyksessä ei ollut varkaus vaan kavaltaminen. Vaikka *Salmiala* oikeustapausta kommentoidessaan aivan oikein huomauttaa, ettei tähän seikkaan periaatteessa tulisi kiinnittää huomiota (koskapa tappio on arvos-

⁵⁰ Ks. esim. KKO 1939 II 345, 1946 II 55, 1948 II 298, 1950 II 74, 1954 II 25, p. 29. 4. 1960 no. 1254, 30. 5. 1960 no. 1576 ja 30. 6. 1960 no. 1835, joissa kaikissa on katsottu varastetun tavaranto myyjän (tai pantiksi antajan) syyllistyneen petokseen ostajaa (pantin saajaa) kohtaan.

teltava disponointihetken mukaan ja ottaen huomioon vain ne vaikutukset, jotka disponoinnilla tuolla hetkellä lain mukaan oli; ks. DL-51 s. 51), ei kuitenkaan liene mahdotonta, että KKO on tapausta ratkaistessaan kiinnittänyt huomiota siihen, että esine joka tapauksessa oli jouduttu lunastuksetta luovuttamaan.

Salmiala katsoo (ks. DL-51 s. 50 ss.), että henkilö, joka saa vastikkeeksi rikoksen kautta oikealta omistajalta pois joutuneen tavaran, on sellaisessakin tapauksessa, jossa vastaanottaja on oikeutettu lunastukseen, kärsinyt tappion. Tähän käsitykseen en voi sellaisenaan yhtyä. On totta, että rikoksen kautta omistajaltaan pois joutunut tavara on vastaanottajan kädessä yleensä arvottomampi, kuin mitä hän luuli; tähän *Salmiala* kannanottonsa perustaakin: »...hän ei ole saanut olettamaansa, suorittamansa vastikkeen arvoista tavaraa, vaan huonompaa. Hänelle on ts. aiheutettu taloudellista tappiota.» Tässä kuitenkin sukeltautuu näkyviin jälleen se edellä tässä tutkimuksessa hylätty näkökohta, että tappio olisi siinä, että henkilö saa luulemaansa huonompaa ja arvottomampaa tavaraa. Vastiketta ei tule kysymyksessä olevan kaltaisissa tilanteissa, yhtä vähän kuin muulloinkaan, verrata siihen, minkä arvoisesta erehdytetty sen vastaanottaa, vaan puhtaasti siihen, mitä hän itse luovutti. Se, että tavara on rikoksen kautta hankittua »rasittaa» luonnollisesti, kuten sanottu, sen arvoa vastaanottajan kädessä. Voidaan täydellä syyllä yhtyä *Salmialaan*, kun hän huomauttaa tällaisen esineen myyntivaikeuksista samoin kuin sen arvoon epäilemättä vaikuttavasta takavarikoinnin vaarasta. Nämä seikat onkin luonnollisesti otettava huomioon arvioinnissa, mutta vain sikäli, kuin on kysymys ko. esineen arvon vertaamisesta sen vastaanottajan tekemän suorituksen sellaisenaan merkitsemään arvon menetykseen. Sen sijaan olisi väärin ylisummaan katsoa, että jo se, että vastike on rikoksen kautta joutunut pois oikealta omistajaltaan, merkitsisi sitä, että sen ostaja tai pantiksi ottaja kärsii tappion. Voidaan hyvin ajatella, että kauppahinta on ollut niin pieni, että vastike edellä mainittuine puutteineenkin vastaa arvoltaan sitä. Varsinkin kun on kysymys panttauksesta, lienee kavalletunkin esineen arvo — ottaen juuri huomioon pantinsaajan oikeus lunastukseen — yleensä riittävä peittämään sen ensisijaisen tappion, mitä rahojen lainaksi antaminen sellaisenaan olisi kenties velallisen maksukyvyttömyyden johdosta merkinnyt. Jos esim. henkilö antaa hallussaan olevan vieraan kellon, jonka kiistaton myyntiarvo on 100 markkaa, pantiksi 65 markan velasta, niin kuin edellä viitatussa KKO:n ratkaisussa

1950 I 2 oli asianlaita (arvot nykymarkkoina), ei pitäisi olla epäilystäkään siitä, että pantin arvo on riittävä, vaikka pantti onkin kavallettu.⁵¹

Edellä olevassa on pyritty hahmottelemaan se lähtökohta, jonka pohjalta, samoin kuin ne näkökohdat, joita silmällä pitäen erehdytetyt disponoinnistaan saamaa vastiketta on tarkasteltava arvosteltaessa sitä, aiheuttaako sen saaminen, ettei hänen voida hänen disponointinsa välittömästä tappiomerkityksestä (arvon menettämisestä, velvoitteen syntymisestä jne.) huolimatta katsoa disponointinsa johdosta kärsineen tappiota. Esitys jäisi kuitenkin puutteelliseksi, ellei lyhyesti kosketeltaisi myös kysymystä siitä, mitä yleisiä vaatimuksia disponoijan taloudelliseen tilaan positiivisesti vaikuttavalle ilmiölle on asetettava, jotta se lainkaan voitaisiin ottaa »vastikkeena» huomioon.

Itsestään selvää on, ettei sellaisia etuuksia, jotka disponoija on saanut erehdyttämisestä ja disponoinnista riippumatta, voida ottaa lukuun, vaikka niiden saamisen ajankohta lankeaisi yhteen disponoinnin kanssa. Niillä ei saata olla vaikutusta arvosteltaessa disponoinnin merkitystä ao. henkilön taloudellisen tilan kannalta. Mutta myöskään pelkkä edun ja erehdyttämällä aikaansaadun disponoinnin välisen syy-yhteyden toteaminenkaan ei vielä riitä. Vastikkeen on nimittäin oltava erehdytetyllä tai tultava hänelle periaatteessa samalla hetkellä kuin disponoinnin välitön, arvon menetystä, sitoumuksen syntymistä jne. merkitsevä vaikutus syntyy.⁵² Tämä hetki on ratkaiseva sen vuoksi, että petos tulee täytetyksi sillä, että tappio aiheutuu, eikä se seikka, että samasta disponoinnista, joka käsitti esim. arvoa omaavan esineen menettämisen, myöhemmin aiheutuu jokin etu disponoijalle, saata enää tehdä tyhjäksi sitä tosiasiaa, että tappio on ollut olemassa.^{53 54}

⁵¹ Ks. ed. viit. oikeustapaus KKO 1933 II 432. — Saksan oikeuden osalta (jossa kavalletun esineen vilpittömässä mielessä vastaanottanut saa esineeseen omistusoikeuden; BGB 985 §) tekstissä esitetyllä kannalla mm. *Maurach* s. 252, *Schönke—Schröder* s. 1094 ja *Traub* s. 451 s.; ks. myös BGHSt 1 s. 263.

⁵² On selvää, ettei täydellisen samanaikaisuuden vaatimuksesta voida käytännössä pitää kiinni; tapahtuvathan normaalissa käteiskaupassakin suoritukset ja vastasuoritukset harvoin täysin samalla hetkellä. Se, onko kysymyksessä oleva vaatimus yksityistapauksessa toteutunut, on ratkaistava elävässä elämässä vallitsevien käsitysten mukaisesti, mikä merkitsee sitä, että — kuten *Hirschberg* s. 309 toteaa — »die Entscheidung liegt — wie so oft — in dem Ermessen des Richters».

⁵³ Ks. esim. *Estlander* s. 161 ja *Honkasalo* Erinäiset s. 68, jotka molemmat toteavat, ettei tappion tarvitse olla lopullinen. — Ks. myös *Allfeld* s. 545, *Andenaes* Formuesforbrytelse s. 50, *Beckman* Den nya s. 108, *Ekeberg*, Systematik s. 91 alav. 1, *Frank* II s. 133, *Hafter* s. 267, *Hegler* s. 428, v. *Hippel* s. 258 alav. 7, *Hirschberg* s. 308, *Mezger* BT s. 182, *Niese* s. 692, v. *Olshausen* s. 1082, *Nagler* s. 361,

Muita vaatimuksia ei periaatteessa voidakaan asettaa. Petosrikoshan edellyttää ehdottomasti sitä, että erehdyttämisestä on aiheutunut tappio. Ellei tällaista seurausta synny, ei petos ole tullut täytetyksi. Näin on asia täysin riippumatta siitä, mistä tai millä tavalla disponoinnin välittömän tappiomerkituksen kompensoiva etu tulee, kunhan vain se on aiheutunut erehdyttämisestä (disponoinnista) ja on olemassa sillä hetkellä, jolloin sanottu tappiomerkitys ilmenee. Missään tapauksessa ei tunnu oikealta rajoittaa »vastikekelpoisuutta» vain niihin etuihin, jotka erehdyttämällä aikaansaatu sopimus sellaisenaan suo erehdytetylle.⁵⁵ Kuten juuri mainittiin, on petosrikoksessa ratkaisevaa se, voidaanko katsoa erehdyttämisen aiheuttaneen tappiota vaiko ei; ja näin ei ole asianlaita silloin, kun siitä on samalla aiheutunut etu, joka kompensoi disponoinnin välittömän tappiomerkituksen. Ei ole mitään perustetta käsitykselle, että tilanne olisi tässä suhteessa arvosteltava eri tavoin riippuen siitä, onko erehdyttäminen tapahtunut jonkin oikeustoimen yhteydessä vaiko muutoin. Ja jälkimmäisessä tapauksessa on epäilemättä otettava huomioon kaikki ne edut, jotka disponoinnista tosiasiallisesti seuraavat, vaikkeivät ne johdukaan mistään sopimuksesta.

Paitsi vastike-esineitten edustamaa arvoa, on otettava huomioon myös kaikki ne oikeudet, jotka erehdytetylle kenties ovat sopimuksen tai disponoinnin johdosta syntyneet ja jotka täyttävät edellä esitetyn vaatimuksen niiden syntymisen ajankohtaan nähden. Niinpä jos A sopii B:n kanssa ostavansa tältä tietyn esineen 100 markan hinnasta eikä sitten maksakaan kuin alun perin suunnittelemansa 50 markkaa, on tappiokysymyksen arvostelussa otettava huomioon paitsi B:n saamat 50 markkaa, myös hänen A:han kohdistuva sopimukseen perustuva 50 markan määräinen saamisoikeutensa.⁵⁶ Ja vastaavasti on »vastik-

Schröder Grenzen s. 721 sekä Stjernberg Några ord s. 290 ja Till frågan s. 137. — Arvostelu tapahtuu ts. toisin kuin on laita vahingonkorvaukseen oikeuttavaa vahinkoa määritettäessä, jossa huomio kiinnitetään siihen, voidaanko katsoa tapahtuman aiheuttaneen korvattavaa vahinkoa arviointihetkeä silmällä pitäen; tällöin on selvää, että huomioon otetaan myös tapahtuman kaukaisemmat vaikutukset; ks. *Øvergaard s. 89 s.*

⁵⁴ On todettava, että arvosteltaessa vastikkeen merkitystä ratkaisevaa hetkeä silmällä pitäen ei käytännössä voitane välttää huomion kiinnittämistä myös myöhempiin tapahtumiin. Niinpä arvosteltaessa saamisoikeuden syntymisen merkitystä velkojan kannalta ei käytännössä jätettäne vaille huomiota sitä seikkaa, että velallinen on sopimuksen mukaisesti täyttänyt sitoumuksensa.

⁵⁵ Näin esim. *Sterzel s. 191* (vrt. *kuit. s. 192*); ks. myös *Maurach s. 250*.

⁵⁶ Samoin on velkojan velanannossa saaman saamisoikeuden arvo otettava huomioon arvosteltaessa sitä, onko valheellisia tietoja esittänyt luotonpyytjä

keena» otettava lukuun disponoinnista mahdollisesti aiheutuva velvoitteesta vapautuminen. Viimeksi mainitussa tapauksessa on kuitenkin vaadittava, että erehdyttäjän todella voidaan todeta tarkoittaneen saada erehdyttämällä saamisensa toteutetuksi; pelkästään se seikka, että erehdytetty on ollut erehdyttäjälle velkaa, ei vielä pelasta jälkimmäistä petossyytteeltä, ellei olosuhteista käy selville, että erehdytetyn disponoinnilla tosiaan oli velvoitteesta vapauttava vaikutus.⁵⁷

Huomioon otettavien vastikkeiden ulkopuolelle jäävät kuitenkin jo asian luonteesta johtuen kaikki sellaiset disponoinnin mukanaan tuomat edut, jotka edellyttävät jo syntynyttä vahinkoa, kuten esim. oikeus vahingonkorvaukseen.⁵⁸ Tosin voidaan sanoa, että erehdytetylle syntyy vahingonkorvausoikeus samalla kun hän disponoi, mutta näin tapahtuu vain edellyttäen, että disponoinnista todella on aiheutunut vahinkoa. Ja on selvää, ettei tätä kysymystä selvitettyessä voida kompensoivana ottaa huomioon etua, jonka saaminen edellyttää vahingon syntymistä.

Käytännössä saattaa kuitenkin esiintyä tapauksia, joissa on vaikeata ratkaista, onko disponoinnista johtuva etu todella tällä tavalla vahingon syntymistä edellyttävä vaiko sellainen, joka merkitykseltään ja tarkoitukseltaan on tappion aiheutumista estävä. Ajatellaanpa vain ns. sopimussakkoa; se saattaa olla tarkoitettu disponoijalle tulevaksi sijaisvastikkeeksi siltä varalta, ettei hän saa sopimuksenmukaista suoritusta, mutta se voi olla myös olemassa vain etukäteen vahvistettuna vahingonkorvauksena. Edellisessä tapauksessa sen käsittämä etu on

syylästynyt petokseen. Missään tapauksessa ei ole oikein tuomita henkilöä pelkästään sen vuoksi, että hän on saanut erehdyttämällä lainan. Huomioon on otettava paitsi hänen maksukykynsä ja —halunsa sekä annetut vakuudet myös velkapaamalle maksettava korko ja muu vastaava hyvitys; ks. *Andenaes*, *Formuesforbrytelse* s. 51 ja *Bockelmann* *Gläubigersicherung* s. 146. — Yleensä voitaneen kyllä katsoa, että korottoman tai huomattavasti alle käypää korkoa edellyttävän rahalainan antaminen merkitsee lainanantajalle tappiota. Tässäkin on nimittäin muistettava, ettei vertailua ole toimitettava saamisoikeuden arvon, sellaisena kuin se olisi ollut, jos velallisen antamat tiedot olisivat pitäneet paikkansa, ja sen tosiasiallisen arvon välillä, vaan toisaalta annetun rahasumman ja toisaalta saamisoikeuden lainanantajalle edustaman arvon välillä. Ja yleensä lienee koroton saamisoikeus huolimatta sen varmuudesta velkojan kannalta vähempiarvoinen kuin sen pääomaa vastaava rahamäärä; ks. *Salmiala* *Lisiä* s. 24.

⁵⁷ Ks. *Strahl* s. 78.

⁵⁸ Ks. *Estlander* s. 161 alav. 2, *Forsman* *Särskilda* s. 390 ja *Honkasalo* *Erinäiset* s. 68. Ks. myös esim. *Frank II* s. 133, *Hegler* s. 428 s., v. *Hippel* s. 258 alav. 7, *Kohlrausch—Lange* s. 581, *Lietzmann* s. 16, v. *Liszt—Schmidt* s. 669, *Maurach* s. 250, *Mezger BT* s. 182, v. *Olshausen* s. 1085, *Nagler* s. 361, *Schönke—Schröder* s. 1093, *Sterzel* s. 191, *Strahl* s. 75 ja *Øvergaard* s. 89.

epäilemättä otettava huomioon siinä kuin oikeus sopimuksenmukaiseenkin suoritukseen,⁵⁹ jälkimmäisessä tapauksessa se taas — vahingon syntymistä edellyttävänä — jää arvostelun ulkopuolelle.

Edellä on »vastikekelpoisuus» ymmärretty varsin laajasti. On kenties syytä korostaa, että kysymys on ollut vain siitä, mitä periaatteellisia vaatimuksia etuudelle kenties on asetettava, jotta se lainkaan voitaisiin ottaa vastikkeena arvioinnissa huomioon. Kokonaan eri asia on, riittääkö tällainen laatunsa puolesta vaatimukset täyttävä etu kompensoimaan disponoinnin välittömän tappiomerkituksen vaikutuksen ao. henkilön taloudelliseen tilaan.⁶⁰

Jo edellä esitetystä lienee selvästi käynyt ilmi, että sekä disponoinnin välittömän tappiomerkituksen että vastikkeen vaikutus taloudellisen tilan kannalta on arvosteltava disponointihetkeä silmällä pitäen.⁶¹ Tämä merkitsee myös sitä, että vastikkeenkin taloudellinen merkitys on periaatteessa otettava huomioon vain sellaisena, kuin se sanotulla hetkellä oli. On kuitenkin huomattava, ettei tällä ole sanottu, että tarkastelu olisi ulotettava koskemaan vain niitä tosiasioita, jotka tuolloin olivat olemassa ja havaittavissa. Niinpä joudutaan — kuten aikaisemmassa yhteydessä on jo todettu — taloudellisessa arvostuksessa ottamaan huomioon myös tapahtumien odotettavissa oleva kehitys. On vain pidettävä mielessä, että siihen on kiinnitettävä huomiota vain sellaisena kuin se disponointihetkellä oli olemassa, riippumatta siitä, että arvosteluhetkellä kenties tiedetään tapahtumien todellisen kulun poikenneen odotetusta.⁶² Niinpä arvosteltaessa vastikkeeksi saadun saamisoikeuden taloudellista merkitystä on arvioinnin pohjaksi pantava velallisen maksuhalu ja -kyky sekä olemassaolevat vakuudet disponoinnin aikaan kiinnittämättä huomiota tässä suhteessa sittemmin mahdollisesti tapahtuneisiin odottamattomiin muutoksiin.⁶³

⁵⁹ Ks. Schönke—Schröder s. 1093.

⁶⁰ Tätä kysymystä on käsitelty edellä tämän luvun alkupuolella.

⁶¹ Ks. ed. alav. 53 viitattu kirjallisuus; ks. myös *Honkasalo E I s. 176 ja Bergendal Arvostelu s. 46*. Ks. KKO 1929 II 830 ja 1941 II 34, joista käy ilmi, että aiheutetun tappion korvaamisella ei ole katsottu olevan merkitystä; vrt. kuit. OO p. 1. 5. 1906 JFT. b. 1907 1/V, jossa henkilö on tuomittu vain petoksen yrityksestä, kun hänen erehdyttämällä aikaansaamansa kauppa oli sittemmin purettu.

⁶² Käytännössä asianlaita luonnollisesti usein on se, että ex post tapahtuvassa tarkastelussa ollaan helposti taipuvaisia pitämään tiedossa olevaa tilanteen kehitystä juuri sinä, joka oli odotettavissakin sillä hetkellä, jota silmällä piten arvostelu toimitetaan.

⁶³ Ks. Schönke—Schröder s. 1100.

4. Erityisiä tappioon liittyviä kysymyksiä

a. »Oikeudettomat» arvot sekä lain tai hyvän tavan vastaiset oikeustoimet

Kuten edellä esitetystä eri varallisuuskäsityksiä koskevasta katsauksesta käy ilmi, on kirjallisuudessa esitetty eri mielipiteitä siitä minkälaisia oikeudellisia vaatimuksia on asetettava etuudelle tahi etuuden ja henkilön väliselle suhteelle, jotta etuus (sen edustama arvo) olisi luetta- vissa po. henkilön varallisuuteen kuuluvaksi. Vastaava kysymys nou- see esille myös tässä tutkimuksessa omaksutun lähtökohdan kannalta. Saattaako esim. rikoksen kautta hankitun esineen tai muutoin oikeudet- tomasti hallitun esineen menettäminen merkitä tappiota? Voidaanko katsoa henkilön kärsivän taloudellisen menetyksen, jos häneltä riiste- tään kannekelvoton tai lain ja hyvän tavan vastaiseen oikeustoimeen perustuva mitätön »saamisoikeus»? — Läheisesti näihin kysymyksiin — joskin niistä erillisenä — liittyy ongelma RL 36: 1:n soveltumisesta tilanteisiin, joissa on kysymys lain tai hyvän tavan vastaisesta toimin- nasta.

Taloudellinen arvo on tässä tutkimuksessa omaksutun käsityksen mukaan käsitteellisesti riippumaton oikeusjärjestyksen normeista. Se, että esine on varastettu tai että saatava perustuu lainvastaiseen suhtau- tumiseen (esim. virkamiehellä oleva lahjoman lupaukseen perustuva »saamisoikeus»), ei sellaisenaan merkitse, ettei ko. etuudella saattaisi olla taloudellista arvoa. Vielä vähemmän näin voitaisiin väittää saami- sesta vain sen perusteella, ettei siihen liity mahdollisuutta sen toteutta- miseen oikeudellista tietä.⁶⁴ — Tämän tyyppisissä etuuksissa saattaa »oikeudellinen puute» luonnollisesti vaikuttaa kulloinkin kysymyksessä olevan arvon määrään. Varastetun tavaran arvo haltijalleen jonkin tar- peen tyydyttäjänä ei tosin yleensä voine olla sen vähäisempi kuin »laillisenkaan» esineen, mutta sen sijaan haittaa sen laittomuus hänen mahdollisuuksiaan saada se myydyksi. Samoin vaikuttaa saamisen arvoon usein se, ettei saaminen ole oikeudellista tietä vastoin velallisen tahtoa toteutettavissa; näin ainakin, mikäli velallinen on maksuhaluton; jos hän sen sijaan on halukas suorittamaan velkansa ja hänellä on siihen mahdollisuudet, ei kannevallan puuttuminen yleensä vaikuta sen arvoon. Mutta — kuten sanottu — oikeudellisilla seikoilla ei ole merkitystä ta-

⁶⁴ Ks. *Maurach* s. 249 (»Verjährte oder unklagbare Forderungen können erfüllt werden, können also ebenfalls Vermögensbestandteile sein»).

loudellisen arvon käsitteen ja olemuksen kannalta. Jos varkaalla on mahdollisuus käyttää hyväkseen saalistaan, on sillä hänelle taloudellista arvoa;⁶⁵ jos mitätön »saamisoikeus» kohdistuu maksuhaluiseen ja maksukykyiseen velalliseen, olisi sen taloudellisen arvon kiistäminen ristiriidassa tosiasioiden kanssa.⁶⁶

Toisaalta ei kuitenkaan käy kiistäminen, ettei pelkkä tosiasiallinen mahdollisuus jonkin esineen käyttämiseen vielä sellaisenaan oikeuta väittämään sillä olevan arvoa sille henkilölle, jolla tuo mahdollisuus on.⁶⁷

⁶⁵ Tuntuisi oudolta väittää esim., ettei varastetulla 100 markan setelillä olisi varkaalle taloudellista arvoa. Ks. myös *af Hällström* *Bedrägeri* s. 325 («Om jag genom stöld eller bedrägeri kommit i besittning av en kostym, betjäna den mig lika väl som om jag köpt den») ja *J. Hoffmann* s. 42. — Päinvastainen käsitys saattaisi myös jossakin määrin valoon sen jokseenkin yksimielisen käsityksen, jonka mukaan varkaudessa edellytetään taloudellisen hyödyn saamista.

⁶⁶ Ks. esim. *Dalcke—Fuhrmann—Schäfer* s. 329 ja *Schönke—Schröder* s. 1091 ja s. 1102 (vrt. teoksen ed. painos s. 1031, jossa vielä katsottiin, etteivät tällaiset saamiset kuulu varallisuuteen), *Nagler* s. 354 (joka tosin ei lue näitä arvoja varallisuuteen) sekä *Hirschberg* s. 330; ks. myös BGHSt 2 s. 364.

Eron tekeminen sen mukaan, onko kysymyksessä saaminen, jonka mukaisen suorituksen velallinen on oikeutettu saamaan palautetuksi vaiko ei, ei ole perusteltua. Voidaan sitä paitsi todeta, ettei meidän kirjoitettuun lakiimme sisälly säännöstä mitättömän sitoumuksen täyttämisen oikeusvaikutuksesta, joten rajanveto tämän näkökohdan perusteella olisi varsin työläästi tehtävissä. Mitättömän sitoumuksen sisällön vastaanottajan palautusvelvollisuudesta onkin kirjallisuudessamme esitetty eri suuntiin käyviä mielipiteitä; ks. esim. *Hakulinen* *Velvoiteoikeus* s. 32 s., *Muukkonen* *Musta kauppahinta* s. 802 s. ja *Rekola* s. 433 alav. 8; ks. myös KKO 1949 II 188 ja 1946 II 308 (eritt. eri mieltä olevien lausunnot) sekä 1950 II 431. — Vrt. Saksan oikeuden osalta BGB 812 §, jossa pääsääntöisesti myönnetään mitättömän velvoitteen täyttäjälle takaisinsaamisoikeus, sekä BGB 817 §, jossa tämä oikeus evätään suorittajalta silloin, kun on kysymys molemminpuolisesti siveettömästä oikeustoimesta; ks. tämän johdosta esim. *Larenz Schuldrecht* s. 315 ss.

Myöskään sillä seikalla, perustuuko »saamisoikeus» lain tai hyvän tavan vastaiseen oikeustoimeen, ei ole sitä merkitystä, että se sellaisenaan estäisi katsomasta saamisella olevan taloudellista arvoa; ks. esim. *Dalcke—Fuhrmann—Schäfer* s. 329, *Nagler* s. 354 ja *Schönke—Schröder* s. 1102. — Vrt. *Honkasalo* *Erinäiset* s. 67, joka katsoo, ettei epäsideelliseen oikeustoimeen perustuvan vaateen menettäminen ole »omaisuusvahinko». Samoin esim. *Daude* s. 295, *Kohlrausch—Lange* s. 580 ja 587, *v. Liszt—Schmidt* s. 668, *Mezger* BT s. 183, *Schönke—Schröder* (10. Auflage) s. 1031 ja *Øvergaard* s. 88. Kun on kysymys varallisuuskäsitteen pohjalta lähtevistä tutki-joista, on kuitenkin usein vaikea mennä sanomaan, johtuuko viitatus kaltainen kielteinen kanta arvon kieltämisestä vai siitä, ettei tällaista arvoa voida lukea varallisuuteen kuuluvaksi.

⁶⁷ *Frank* huomauttaa (II s. 131) varsin oikein, että ellei huomiota kiinnitetäisi muuhun kuin pelkkään tosiasialliseen mahdollisuuteen, olisi esim. henkilöllä vain lainassa olevat esineet luettava hänen varallisuuteensa. Frankin esimerkki

Rajoitukset on kuitenkin — silloin kun on kysymys esineen menettämisestä merkityksen arvioimisesta⁶⁸ — etsittävä muualta kuin oikeudellisista näkökohdista. — Kun on kysymys esineestä, johon nähden sen haltijalla ei ole oikeutta, on sen seikan ratkaiseminen, voidaanko esineen katsoa edustavan taloudellista arvoa po. henkilölle, riippuvainen paitsi haltijan tosiasiallisista mahdollisuuksista, myös hänen suhteestaan esineeseen sen aseman kannalta, jossa hän on omien suunnitelmiensa ja tarkoitustensa mukaisesti esineeseen nähden. Vieraalla esineellä ei voida katsoa olevan sellaista taloudellista arvoa haltijalleen, että esineen menettäminen olisi katsottava haltijan tappioksi, ellei hän ole asettautunut asemaan, jossa hän haluaa hallita ja käyttää sitä siten kuin hänellä olisi siihen oikeus. Niinpä esim. tallettavaksi annetun esineen taloudellista merkitystä sen haltijan kannalta arvosteltaessa, ei tämän tosiasiallisiin mahdollisuuksiinsa käyttää esinettä hyväkseen tai saada se myydyksi voida kiinnittää huomiota niin kauan, kuin hän sitä todella vain tallettajana hallitsee. Tilanne muuttuu toiseksi, jos hän anastaa (kavaltaa) esineen. Tällöin on hänen asemansa suhteessa esineeseen muuttunut. Vastavasti, jos henkilöllä on hallussaan esine, jota hän ei ole oikeutettu käyttämään, mutta jota käyttämällä hänellä olisi tosiasiallinen mahdollisuus saada taloudellista hyötyä, ei hänen voida, menettäessään esineen, tämän tosiasiallisen mahdollisuuden menettämisestä huolimatta katsoa kärsineen tappiota, ellei hän ollut asettautunut esineeseen nähden oikeutetun käyttäjän asemaan. — On kuitenkin huomattava, että henkilön aikomuksilla ja tarkoituksilla on merkitystä vain selvitettyä haltijan asemaa suhteessa esineeseen silloin, kun hän ei ole oikeutettu sitä

valaisee tilannetta myös tässä tutkimuksessa omaksutun lähtökohdan kannalta: vaikka lainaajalla on tosiasiallinen mahdollisuus myydä esine tai käyttää sitä muulla tavalla hyväksi, ei sillä varmastikaan voida vielä tämän vuoksi sanoa olevan hänelle arvoa. *Frankin* tästä tekemää johtopäätöstä ei kuitenkaan voida pitää oikeana; ks. mt. s. 131 (jossa Frank asettaa sen vaatimuksen, että esineen ja henkilön välillä on vallittava sellainen suhde »dass die Möglichkeit darüber in eigenem Interesse zu verfügen, auf dem Rechte beruht«).

⁶⁸ Tilanne on toinen silloin, kun on kysymys erehdytetyn saamasta vastikkeesta; tällöin voidaan periaatteessa ottaa huomioon vain sen oikeusjärjestyksen puitteissa pysyttelevät käyttömahdollisuudet, ks. ed. alav. 43. — Tämä johtuu siitä jo edellä korostetusta (s. 186) seikasta, että tilannetta on arvosteltava ensi sijassa *erehdytetyn* kannalta; tällöin ei voine olla oikein harkittaessa, onko erehdytetty saanut arvon menetystä vastaavan vastikkeen, kiinnittää huomiota niihin vastikkeeseen liittyviin mahdollisuuksiin, joiden toteutumiseksi erehdytetyn olisi ryhdyttävä lain tai hyvän tavan vastaiseen suhtautumiseen.

käyttämään hyväkseen. Jos tilanne on se, että haltijan havaitaan asetautuneen oikeutetun käyttäjän asemaan, ei sillä seikalla, haluaako hän todellisuudessa tällä tavalla toimia, ole merkitystä: riittää, että hän tässä asemassaan voi näin tehdä. Niinpä taiteenkeräilijän anastamalla taululla on epäilemättä katsottava olevan hänelle taloudellista arvoa, vaikkei hän haluaisikaan sitä myydä; sama koskee postimerkkeilijää, joka anastaa haltuunsa myytäväksi uskotun postimerkin liittääkseen sen omiin kokoelmiinsa.

Edellä esitetyn mukaisesti on siis pääsääntönä pidettävä, ettei se seikka, että henkilöllä on jokin etuus oikeudenvastaisesti hallussaan tai että sillä on arvoa hänelle vain sellaisen mahdollisuuden kautta, jonka toteutuminen olisi vastoin oikeusjärjestystä, estä katsomasta ao. henkilön kärsivän tappiota menettäessään esineen.⁶⁹ On kuitenkin tilanteita, joissa jo jonkin mahdollisuuden toteutumisen lainvastaisuus aiheuttaa sen, ettei sitä puhtaasti taloudelliseltakaan kannalta voida ottaa huomioon.⁷⁰ Niinpä täytynee katsoa, että mihinkään esineeseen tai oikeuteen liittymätöntä mahdollisuutta lainvastaisella tavalla saada hankituksi taloudellisia etuja ei voida, riippumatta sen todennäköisyydestä, yleensä pitää sellaisena etuutena, että sillä voitaisiin sanoa olevan taloudellista arvoa. Esim. henkilöllä oleva mahdollisuus varastaa tai kavaltaa rahaa on tuskin sellainen etuus, että hänen voitaisiin katsoa kärsineen taloudellisen tappion menettäessään sen.⁷¹ Tämänkään kaltaisissa tilanteissa

⁶⁹ On kuitenkin huomattava, että milloin on kysymys rikoksen kautta saadusta esineestä, saattaa sen menettämiseen sisältyvä tappio kompensoitua palautus- tai vahingonkorvausvelvollisuudesta vapautumisen johdosta. Niinpä jos varas menettää saaliinsa sen oikealle omistajalle, ei hänen voida katsoa kärsineen tappiota. — Kirjallisuudessa onkin katsottu, että rikoksen kautta saadun esineen arvo on juuri siinä, että rikoksentekijällä on mahdollisuus sitä käyttämällä vapautua palautusvelvollisuudestaan, sekä että tällaisen esineen menettäminen kolmannelle merkitsee tappiota juuri sen vuoksi, että menettäjä tällöin joutuu vastuuseen sen arvon korvaamisesta; näin esim. *Honkasalo Kiristäminen* s. 482 ja *E I* s. 176 s. — Liian ahtaalta tuntuu kuitenkin käsitys, että esim. varastetun esineen taloudellinen merkitys anastajalle rajoittuisi vain tähän palautusvelvollisuuden toteuttamismahdollisuuteen. Kuten jo aikaisemmin todettiin, edellyttää varkausrikos taloudellista hyötyä, eikä tunnu oikein luontevalta katsoa, että varas olisi hyötynyt anastuksestaan vain sen kautta, että hän anastuksensa johdosta on käynyt kykeneväksi palauttamaan anastamansa esineen!

⁷⁰ On syytä korostaa, että nyt ei ole kysymys siitä, onko arvolle asetettava joitakin oikeudellisia vaatimuksia ennen kuin sen menettäminen toteuttaa petosrikoksen tunnusmerkistön; tässä on kysymys vain siitä, millä edellytyksillä oikeudenvastaisilla mahdollisuuksilla ylipäätään saattaa olla taloudellista arvoa.

⁷¹ Ks. myös *Schönke—Schröder* s. 1091.

en kuitenkaan olisi valmis yleisellä säännöllä kiistämään taloudellisen arvon mahdollisuutta. Ilmeistä kuitenkin lienee, että mitä törkeämmästä ja paheksuttavammasta lainvastaisuudesta mahdollisuuden toteuttamisessa olisi kysymys, sitä vähemmän taloudellisenkaan katsantokanta on taipuvainen näkemään mahdollisuuden menetyksessä tappiota.

Kokonaan eri asia, kuin että lain tai hyvän tavan mukaisuus ei ole yleinen taloudellisen arvon käsitteeseen kuuluva kriteeri, on kysymys siitä, voidaanko katsoa petossäännöksen ulottuvan koskemaan myös tällaisen »oikeudenvastaisen» arvon menettämistä.⁷² RL 36:1:n sanamuodosta ei ole saatavissa suoraa vastausta tähän kysymykseen; sanamuotonsa mukaan se soveltuu aina, kunhan vain on aiheutunut taloudellista tappiota.⁷³

Ne tutkijat, jotka (eri maiden ao. säännösten kannalta) katsovat petossäännöksen olevan sovellettavissa sellaisiinkin tapauksiin, joissa henkilö erehdytetään luovuttamaan oikeudenvastaisesti hallitsemansa esine (tai oikeudenvastainen arvo), perustelevat yleensä myönteistä kannanottoaan sillä, että oikeusjärjestys (näissä maissa) varsin laajalti suojelee myös oikeudenvastaista hallintaa.⁷⁴ Tällä seikalla ei kuitenkaan ole ongelman selvittelyssä ainakaan ratkaisevaa merkitystä. Nämä tutkijat nimittäin unohtavat, ettei hallinta sinänsä ole mikään taloudellinen arvo.⁷⁵ Sillä, että todetaan henkilön menettäneen jonkin esineen hallinnan, ei vielä ole sanottu mitään siitä, onko po. henkilö kärsinyt arvon menetyksen.⁷⁶ Hallintahan on itse asiassa vain eräänlainen

⁷² Taloudellisen näkemyksen mukaisella varallisuusvahingon käsitteellä ope-
roitaessa ovat vastaavat ongelmat seuraavanlaiset: onko »oikeudettomilla» etuuksilla
taloudellista arvoa, ja jos on, voidaanko tällaisetkin arvot lukea varallisuuteen
kuuluviksi. Ks. esim. *Nagler* s. 354, joka nimenomaan toteaa, että siveettömäänkin
oikeustoimeen perustuvalla »saamisoikeudella» saattaa olla taloudellista arvoa,
mutta että nämä arvot eivät kuulu varallisuuteen, koskapa niiltä puuttuu »*rechtliche
Anerkennung*». — Onkin usein vaikea sanoa, johtuuko jonkun tutkijan kielteinen
asentoituminen tällaisten etuuksien kelpoisuuteen petoksen kohteiksi niiden talou-
dellisen arvon kiistamisestä vaiko siitä, ettei niiden edustamaa arvoa voida lukea
varallisuuteen kuuluvaksi; esim. *Øvergaard* s. 88 toteaa ainoastaan, ettei sellaisen
esineen menettäminen, johon menettäjällä ei ole laillista oikeutta, merkitse
»*formuéstab i lovens forstand*».

⁷³ Ks. *af Hällström* *Bedrägeri* s. 309.

⁷⁴ Ks. esim. *Honkasalo* *Erinäiset* s. 67 ja *Serlachius* II s. 257 sekä *Kohlrach*—
Lange s. 580 ja *Maurach* s. 249.

⁷⁵ Ks. *Eckstein* s. 79.

⁷⁶ Onkin pidettävä epätasällisyytenä, että eräät tutkijat, jotka kuitenkin lähtö-
kohtaisesti ymmärtävät varallisuuden ja varallisuusvahingon taloudellisina käsit-
teinä, toteavat yleistävästi hallinnan (sellaisenaan) kuuluvan varallisuuteen ja sen

esineen ja henkilön välinen tosiasiallinen suhde;⁷⁷ suhde, johon tosin saattaa liittyä ja useimmiten liittyykin määrättyjä oikeudellisia ja taloudellisia vaikutuksia. Tämä tosiasiallinen suhde saattaa vieläpä ilmetä juuri esineen asettamisessa siihen yhteyteen, jossa sillä on haltijalleen taloudellista arvoa, tai ainakin tehdä tämä mahdolliseksi. Mutta vaikka oikeusjärjestys onkin ottanut hallinnan suojelukseensa, ei tästä suinkaan ilman muuta johdu, että tähän tosiasialliseen, oikeusjärjestyksen suojaamaan suhteeseen liittyvä esineen asettaminen sellaiseen yhteyteen, jossa sen arvo ilmenee, aina olisi oikeusjärjestyksen mukaista.⁷⁸

menettämisen näin ollen merkitsevän varallisuusvahinkoa (ks. esim. *Honkasalo* Erinäiset s. 68, E I s. 176 s. ja *Kiristäminen* s. 481, *Allfeld* s. 544, *Mezger* BT s. 179 ja *Nagler* s. 352 s.). Hallinnan menettämiseen luonnollisesti usein liittyy taloudellinen menetys, mutta toisaalta taas löytyy lukemattomia tapauksia, joissa sillä seikalla, että henkilö menettää esineen hallinnan (esim. kun on kysymyksessä esine, jolla ei ole haltijalleen mitään taloudellista arvoa), ei ole hänelle mitään taloudellista merkitystä; ks. *Schönke—Schröder* s. 1103 ja *Strahl* s. 54. Näin ollen on myöskin väärin sanoa, että petossäännös suojelee hallintaa sinänsä.

Kysymyksellä hallinnan menetyksen vaikutuksesta on kuitenkin oma itsenäisenkin merkityksensä. Kun nimittäin henkilö erehdytetään luovuttamaan hallussaan oleva esine, joka edustaa hänelle taloudellista arvoa, on tilanne disponointihetkeä ajatellen »ulkonaisesti» riippumaton siitä, oliko erehdyttäjällä tarkoitus saada esine vain hetkeksi käyttöönsä vaiko anastaa se lopullisesti. Tappiokysymystä arvosteltaessa on huomio kuitenkin kiinnitettävä juuri siihen, kuinka lopullista esineen menettäminen oli erehdyttäjän suunnitelmien mukaan. Mikäli erehdyttäjällä oli aikomuksena riistää esine lopullisesti, on tappiokysymys ratkaistava tämän mukaisesti, vaikka esine saataisiinkin välittömästi takaisin. Jos hänen tarkoituksensa sen sijaan oli vain ohimenevästi käyttää esinettä tahi muutoin erottaa haltija sen hallinnasta, edellyttää tappion toteaminen sitä, että jo tällä ohimenevällä hallinnan menetyksellä on ollut erehdytetyn taloudelliseen tilaan epäedullinen merkitys; näin myös *Strahl* s. 53 s. ja s. 60 sekä *Øvergaard* s. 89 ja *Gallas* s. 425. — Ellei tällaista eroa tehtäisi, päädyttäisiin joko sellaiseen järjettömään tulokseen, että esineen lainaaminen toiselta vaikka kuinkakin lyhyeksi ajaksi olisi arvosteltava taloudellisesti samanarvoiseksi kuin esineen hävittäminen, tai sitten ratkaisu jouduttaisiin tekemään sen mukaan, saiko erehdytetty esineen takaisin vaiko ei, mikä tarkastelutapa ei olisi sopusoinnussa sen vaatimuksen kanssa, että tappio petoksessa on todettava disponointihetkeä silmällä pitäen.

⁷⁷ Näin voitaneen sanoa riippumatta siitä, ymmärretäänkö hallinta staattisesti, ts. sinä tilana, että esine on jonkun hallussa ja että tähän liittyy tiettyjä oikeusvaikutuksia, vaiko dynaamisena, esineen käyttönä; ks. tämän johdosta esim. *Wrede—Caselius* s. 72 ja 77 sekä *Zitting* s. 159 ja *Zitting—Rautiala* s. 52 ss.

⁷⁸ Oikeudenvastaisen hallinnan suoja perustuu lähinnä yhteiskunnan rauhan ja varmuuden tarpeeseen eikä niinkään siihen, että oikeusjärjestys »hyväksyisi» hallinnan; voidaan sanoa, että kahdesta pahasta (hallinnan oikeudenvastaisuus — rajoituksettoman omankädenavun seuraukset) on valittu pienempi. Ks. *Wrede—Caselius* s. 77 s. ja *Zitting—Rautiala* s. 59. Vrt. *af Hällström* *Bedrägeri* s. 325, joka

Näin ollen, kun on kysymys esim. varastetun esineen edustaman arvon kelvollisuudesta petosrikoksen kohteeksi, ei vastaus ole löydettävissä oikeudenvastaista hallintaa ja sen suojaa koskevista oikeusjärjestyksen säännöistä. Kysymys on sen sijaan siitä, vaatiiko RL 36: 1 a) sitä, että haltijalleen arvoa omaava esine on saatu tavalla, joka sen paremmin kuin sen hallussapitokaan ei ole lain tai hyvien tapojen vastainen ja/tai b) sitä, ettei se, minkä kautta etuuden arvo haltijalleen ilmenee, saa olla vastoin oikeusjärjestystä tai hyviä tapoja.

Ilmeistä on, ettei vielä etuuden saamistavan tai sen hallussapidon luvattomuus sinänsä saata olla esteenä sen edustaman arvon kelpuuttamiseksi petosrikoksen kohteeksi. Jälkimmäistä vaatimusta sen sijaan voitaisiin hyvinkin perustella. Ainakin ensi näkemältä saattaisi nimitäin tuntua oudolta, että säännös ulottaisi rikosoikeudellisen suojan sellaisiinkin taloudellisiin intresseihin, jotka sellaisenaan sisältävät jotakin lainvastaista. Ei vaikuta täysin loogiselta, että oikeusjärjestys toisaalta kieltäisi tietynlaisen suhtautumisen (kenties vieläpä rangaistuksen uhalla) ja toisaalta taas rankaisisi sitä, joka tekisi teon, joka tekisi tällaisen suhtautumisen mahdottomaksi.⁷⁹ Ajatellaanpa esim. henkilöä, jolla on hallussaan laittomasti hankittua väkijuomaa. Tilanne saattaa olla se, että tämän aineen taloudellinen arvo po. henkilölle on pääasiassa siinä, että hän saattaa myydä sen. Laki kuitenkin kieltää väkijuomien myymisen rangaistuksen uhalla. Saatetaan hyvällä syyllä väittää, että olisi outoa, mikäli tämä arvo, jonka aktualisoiminen edellyttäisi rangaistavaa suhtautumista, olisi rikosoikeudellisesti suojattu! Varastetun tavarahan myyminen tai muunlainen hyväksi käyttäminen ei tosin ole jälkitekona rangaistavaa, mutta siitä huolimatta sen täytynee katsoa olevan vastoin oikeusjärjestystä. Eikö olisi epä johdonmukaista rangaistukseen tehostetulla säännöksellä suojata varasta sen arvon menetykseltä, joka juuri tällä tavalla ilmenee? Sama kysymys voidaan

katsoa, että oikeusjärjestys on, antaessaan suojaa oikeudenvastaiselle hallinnalle halunnut — kysymyksen ollessa esim. oikeudenvastaisen hallinnan suojasta anastusta vastaan — suojata haltijan tosiasiallista mahdollisuutta »att faktiskt njuta av ett förmögenhetsgodt». Af Hällströmin ajatuksenjuoksu — kuten yleensäkin niiden, jotka perustavat käsityksensä esim. varastetun esineen kelvollisuudesta petosrikoksen kohteeksi oikeudenvastaisen hallinnan nauttimaan suojaan — kulkee tässä kohdin tavallaan kehässä: oikeudenvastaiseen hallintaan liittyvät taloudelliset edut kelpaavat petoksen kohteiksi, koska mm. juuri RL 36:1 ulottaa suojansa myös oikeudenvastaiseen hallintaan.

⁷⁹ Ks. esim. *Hirschberg* s. 331 s. (»Gegenstand eines Vermögensdelikts (kann) nicht ein Wert sein, dem die Rechtsordnung die Anerkennung versagt») ja *Strahl* s. 46.

tehdä kun on kysymys sellaisen »saamisoikeuden» menettämisestä, jonka toteuttaminen olisi vastoin lakia tai hyviä tapoja (esim. lahjoman lupaamiseen perustuva »oikeus»).

⁸⁰

Meidän oikeuskäytäntömme on kuitenkin johdonmukaisesti rangaisut petoksesta silloinkin, kun kysymyksessä on ollut edellä kuvatunlaisen arvon menettäminen.⁸¹ Edellä viitatuista epäilyksistä huolimatta lienee lainkäytön kantaa pidettävä oikeaan osuneena. Taloudellisten intressien suojeleminen (yleensä) erehdyttämällä tehtyjä hyökkäyksiä vastaan on siinä määrin tärkeää, ettei niiden loukkaamista voida sallia edes silloin, kun ne itsessään ovat vastoin oikeusjärjestystä. On tarkoituksenmukaista ulottaa rikosoikeudellinen suoja koskemaan myös tällaisia arvoja ja täten pitää johdonmukaisesti ja korostetusti kiinni siitä, että taloudelliset edut sinänsä ovat mm. erehdyttämällä tehdyiltä hyökkäyksiltä suojatut. Voidaan yhtyä *Strahlin* lausumaan (s. 37 s.), jolla hän perustelee käsitystään siitä, että varkauden kohteeksi kelpaa myös rikoksen kautta saatu esine: »Det är i synnerhet beträffande mera allvarliga brott tydligen önskvärt, att gärningen i den allmänna uppfattningen stämplas såsom något som över huvud icke bör förekomma. Från denna synpunkt ter det sig motiverat att låta straff drabba visst handlingssätt som till sin typ är förkastligt, även om handlingen i det

⁸⁰ Todettakoon kuitenkin, että mikäli näille seikoille annettaisiin merkitystä, olisi petossäännöksen soveltuvuusalueen rajojen täsmällinen määrittäminen erittäin vaikeata. Ne tutkijat, jotka katsovat kriminalisoinnin koskevan vain sellaisten arvojen riistämistä toiselta, jotka ovat »rechtlich geschützt» tai joilla on »rechtliche Anerkennung» tahi »rechtlicher Bestand» tms., eivät ole kyenneet tarkemmin selvittämään, mitä tällä kriteerillä olisi ymmärrettävä. Lähinnä oikealta tuntuisi *Bockelmannin* rajanveto: »Seine normale Grenze bezeichnet der Betätigungsraum, den die Rechtsordnung für wirtschaftliches Handeln öffnet» (Vermögensschade s. 464).

⁸¹ Asian luonteesta johtuen joutuvat tämäntyyppiset tapaukset vain harvoin oikeudenkäynnin kohteiksi. Ks. kuit. KKO 1920 II 670 ja 1921 II 1335, joissa molemmissa on tuomittu petoksesta henkilö, joka oli esittämällä valheellisen asianlaidan, saanut asianomistajan luovuttamaan itselleen laittomia väkijuomia; KKO 1924 II 55, jossa henkilö, joka oli antanut salakuljetetun spriin maksuksi arvottoman setelin, tuomittiin petoksesta; 1924 II 365, jossa henkilö, joka oli saanut toisen luovuttamaan itselleen spriitä aikomattakaan sitä maksaa, tuomittiin petoksesta; 1945 II 272, jossa on ollut kysymys henkilön erehdyttämisestä luovuttamaan laittomasti hallussapidetty sakariinierä; 1948 II 370, jossa henkilö, joka oli ilmoittanut korttinsa väärin ja täten yrittänyt vapautua uhkapelistä johtuneesta maksuvelvollisuudestaan, tuomittiin petoksen yrityksestä; 1957 II 41, jossa henkilö tuomittiin petoksesta, kun hän oli antanut katteettoman shekin laittomasti maahantuotujen rintaliivien maksuksi.

särskilda fallet icke skulle innebära ett angrepp på något som förtjänar skydd.»⁸²

Olisiko sitten sen oikeustoimen luonteella, jossa erehdyttäminen ja arvon menetys ilmenevät, jotakin merkitystä petossäännöksen soveltuvuuden kannalta? Ts., ulottuuko petossäännös myös lain tai hyvän tavan vastaisten oikeustoimien yhteydessä tapahtuvaan taloudellisen tappion aiheuttamiseen?⁸³ — Useat tutkijat ovat — eri perustein — vastanneet kysymykseen kieltävästi.⁸⁴

Perusteena kielteiselle suhtautumiselle on joskus tahdottu pitää sitä, että tämänlaatuisissa oikeustoimissa ei erehdytetylle synny mitään oikeutta vastasuoritukseen.⁸⁵ Peruste on kuitenkin kestämaton, sillä — kuten aikaisemmin on jo todettu — petosrikoksen edellyttämä tappio ei saata koskaan olla siinä, että erehdytetty ei saa vastiketta.⁸⁶ — Eräät tutkijat taas arvostelevat tilanteita eri perustein aina siitä riippuen, käyttääkö henkilö puheena olevan kaltaisten oikeustoimien yhteydessä sellaista etuutta, johon hänellä on oikeus, vai menettääkö hän arvon, joka on »oikeudenvastainen». Niinpä esim. *Strahl* on (Ruotsin oikeuden kannalta) valmis rankaisemaan petoksesta sitä, joka myy toiselle kelvotonta sikiönlähdetysainetta (sillä tässä erehdytetty disponoi omasta rahastaan ja sen hänelle edustamasta »oikeudenmukaisesta» arvosta),⁸⁷

⁸² Tähän tapaan jo *Battaglini* s. 1508. Ks. myös *af Hällström* *Bedrägeri* s. 317 s. ja s. 333 sekä *Hafters*, joka perustelee varkaan erehdyttäjän rankaisemista petoksesta sillä, että »der Täter, namentlich auch subjektiv, alle Betrugsmomente erfüllt. Ihm zu privilegieren, weil das Opfer seines Betrugs auch unsauber ist, liegt kein Anlass vor» (s. 268). Samalla sivulla (alav. 2) *Hafters* aivan oikein polemisoi *Frankin* (II s. 132) esittämää ajatusta, että erehdyttäjä olisi tuomittava varastetun tavaran kätkemisestä, vastaan huomauttamalla, että tällainen ratkaisu olisi mahdoton kaikissa niissä tapauksissa, joissa erehdyttäjä on ollut tietämätön uhrinsa saannon laittomuudesta. Ks. myös *Engelhard*, *Betrug* s. 143 s., *J. Hoffmann* s. 44, *Neidhart* s. 57 s. ja *Reuter* s. 44 sekä *Jost* *Der Betrugsbegriff* s. 371.

⁸³ Tähänkään kysymykseen ei ole saatavissa suoraa vastausta RL 36:1:n sanamuodosta; ks. myös *af Hällström* mk. s. 309.

⁸⁴ Ks. esim. Saksan ja Sveitsin petossäännöksen kannalta *Hegler* s. 429, *Kohlrausch—Lange* s. 580, *Maurach* s. 253 ja *Thormann—v. Overbeck* s. 105 (»Ein Schaden im Sinne des Gesetzes /wird/ dann nicht in Frage kommen, wenn ein unsittliches und widerrechtliches, von der Rechtsordnung nicht anerkanntes Geschäft zugrundeliegt»).

⁸⁵ Näin mm. *Allfeld* s. 546 alav. 44, *Maurach* s. 253 ja *Merkel* *Abhandlungen* s. 224.

⁸⁶ Ks. myös *af Hällström* *Bedrägeri* s. 322, *Hegler* s. 429 alav. 1, *Frank* II s. 132, *v. Liszt—Schmidt* s. 669 alav. 5, *Mezger* BT s. 183 ja *Welzel* *Strafrecht* s. 177.

⁸⁷ Ks. Ruotsin oikeuskäytännöstä esim. NJA 1941:102 (A oli maksua vastaan tehnyt eräitä toimenpiteitä, joilla hän oli valheellisesti ilmoittanut voivansa lähettää B:n sikiön). — Ks. myös *Galli* s. 1125.

mutta sen sijaan vapauttamaan sen, joka erehdyttää toisen myymään itselleen kelvollista sikiönlähdettämisainetta aikomattakaan maksaa sovittua kauppahintaa (tässä erehdytetty disponoi sikiönlähdettämisaineen »oikeudenvastaisesta» arvosta).⁸⁸ — Mikäli kuitenkin hyväksytään se edellä omaksuttu käsitys, että arvon »oikeudenvastaisuus» ei sinänsä ole esteenä petossäännöksen soveltamiselle, ei mainitunlaisen eron tekemiseen ole mitään perustetta.⁸⁹ Ei myöskään ole oikein vain jälkimmäisen tilanteen kaltaisissa tapauksissa sanoa, että »rättsordningen skulle motverka sig själv, om den underlättade säljarens verksamhet genom att ställa kundernas löften under straffsanktion».⁹⁰ Lausuma sopisi aivan yhtä hyvin tapaukseen, jossa on kysymys »laillisen» rahan luovuttamisesta kelvotonta sikiönlähdetysainetta vastaan.⁹¹ On sitä paitsi huomattava, että perustelu on myös asiallisesti virheellinen. Ei ole kysymys siitä, onko ostajan (tai myyjän) lupaus asetettu »under straffsanktion», vaan siitä, onko hänen toisen taloudelliseen tappioon johtanutta erehdyttämistoimintaansa pidettävä rangaistavana huolimatta siitä, että tappion kärsijä oli tietoinen oikeustoimen lainvastaisuudesta sinänsä. Sen sijaan olisi ajateltavissa, että rikosoikeudellinen suoja olisi kiellettävä sen perusteella, että henkilö ryhtyessään tietoisesti oikeusjärjestyksen vastaiseen toimintaan vapaaehtoisesti on ikään kuin asettanut po. edun ja sen edustaman arvon oikeusjärjestyksen ulkopuolelle.⁹² Tällöinkään ei kuitenkaan olisi tehtävä mitään eroa menetetyn arvon »oikeudenvastaisuuden» perusteella, vaan petoksen mahdollisuus olisi kiistettävä silloinkin, kun henkilö on erehdytetty

⁸⁸ S. 44 ss. Ks. myös *Andenaes Formuesforbrytelse* s. 50, *Goldscheider* s. 42 ss., *Jacobowitz* s. 49 s., v. *Liszt—Schmidt* s. 668 s., *Nagler* s. 354 ja s. 455 s. sekä *Welzel Grundzüge* s. 176 (jossa kiistetään petos siinä tapauksessa, että mustanpörssinkauppias erehdytetään myymään tavaraa lailliseen, säännöstelltyyn hintaan) ja s. 177 (jossa rahan erehdyttäminen toiselta lupaamalla tälle valheellisesti lainvastainen vastasuoritus katsotaan petokseksi) ja *Zeiler* s. 251.

⁸⁹ Ks. myös *Bockelmann Vermögensschade* s. 464 alav. 4. — On huomattava, että myös edellä viitatus tutkijat katsovat petoksen olevan kysymyksessä silloin, kun varas erehdytetään luovuttamaan varastamansa esine; ks. *Strahl* s. 42 ja *Welzel vmt.* s. 176.

⁹⁰ *Strahl* s. 46. Tähän tapaan myös *Bockelmann vmt.* s. 161 alav. 6.

⁹¹ Tällä perusteella kiistääkin esim. *Kohlrausch—Lange* petoksen mahdollisuuden myös ensiksi mainitun kaltaisissa tilanteissa, ks. s. 580.

⁹² Ks. myös *Kohler* s. 261 s. Suunnilleen tätä tarkoittanee myös *Hegler* (s. 429) katsoessaan, ettei tällaisissa tapauksessa ole olemassa mitään »rechtlich beachtliche Vermögensdisposition». *Froeschmann* taas katsoo petoksen tällaisissa tapauksissa mahdottomaksi sen vuoksi, ettei niissä ole kysymys »von einer rechtlich relevanten Vermögensschädigung», ks. s. 59.

antamaan laillisesti hallussapitämiään ja omistamiaan rahoja jonkin lainvastaisen vastasuorituksen saamiseksi.

Samat syyt, joitten edellä todettiin puoltavan lainvastaistenkin arvojen hyväksymistä petossäännöksen antaman suojan piiriin, oikeuttanevat kuitenkin katsomaan, että RL 36: 1 on sovellettavissa myös lain tai hyvän tavan vastaisten oikeustoimien yhteydessä tapahtuneeseen erehdyttämiseen ja tappion aiheuttamiseen.⁹³ Ja näin riippumatta siitä, onko menetetty arvo ollut »oikeudenvastainen» vai ei. Tämä on myöskin oikeuskäytäntömme vakiintunut kanta.⁹⁴

b. Työ- ja palvelusuoritukset. Työvoiman hyväksikäyttäminen.

Koska petosrikos ei tule täytetyksi vielä sillä, että joku saadaan erehdyttämällä tekemään tai tekemättä jättämään jotakin, saattaa toisen erehdyttäminen tekemään työ-, palvelu- tms. suoritus merkitä petosta vain edellyttäen, että tällaisen disponoinnin voidaan katsoa merkitsevän taloudellista tappiota.

⁹³ Ks. af Hällström *Bedrägeri* s. 320 »Om den bedragne genom att gå in på avtalet eller annoreldes å sin sida gjort någonting straffbart, skall han naturligtvis utstå straff därför. Men att på denna grund befria bedragaren... skulle strida mot straffrättens hela väsen». ja *Salmiala* Lisiä s. 21 (»Oikeustoimessa, joka on kiistattomasti negotium turpe, nauttii subjekti rikosoikeudellista suojaa petosta vastaan»). — Ks. myös *Braunschweig* s. 34, *Dalcke—Fuhrmann—Schäfer* s. 329, *Hafter* s. 269 (joka Sveitsin oikeuden osalta) lausuu: »Der Staat bestraft den Betrüger nicht um des Geschädigten willen, sondern um einen Täter zu treffen, der mit Lug und Trug in fremdes Vermögen eingreift») ja *Schönke—Schröder* s. 1102 sekä BGHSt 2 s. 364.

⁹⁴ Ratkaisuja on olemassa sekä sellaisista tapauksista, joissa on ollut kysymys »oikeudenmukaisista» arvoista disponomisesta että päinvastaisista tilanteista. Edellä alav. 81 mainittujen ratkaisujen KKO 1924 II 55, 1924 II 365, 1945 II 272 ja 1957 II 41, (joissa kaikissa on ollut kysymys jälkimmäisen kaltaisista tapauksista) lisäksi voidaan mainita seuraavat: 1920 II 667 (henkilö oli myynyt toiselle laittomasti erän sakariinia »vakuuttaen vastoin parempaa tietoaan sakariinin olevan parempaa lajia kuin mitä sen sitten oli huomattu olevan»: petos) ja 1921 II 263, 1921 II 328, 1923 II 499, 1924 II 302, 1924 II 795 ja 1948 II 439 sekä p. 11. 8. 1960 no. 2013, joissa kaikissa on tuomittu petoksesta henkilö, joka on laittoman väkijuo-makaupan yhteydessä myynyt toiselle vettä tai vesisekoitetta täysipitoisena aineena, sekä 1948 II 334 (virkamies, joka erehdyttämällä erään henkilön aikeittensa ja mahdollisuuksiensa suhteen tehdä tietty virkatoimi, oli yrittänyt saada tältä lahjoman, tuomittiin petoksen yrityksestä, kun erehdyttäminen ei onnistunut) ja p. 3. 5. 1961 no. 1643 (A oli myynyt B:lle lastuvillalla täytettyjä laatikoita ilmoittaen niiden sisältävän laittomia ulkolaisia savukkeita: petos).

Meikäläisessä kirjallisuudessa vallitsevana olevan käsityksen mukaan ei petosta voida toteuttaa vielä sillä, että joku erehdytetään vastikkeetta tekemään toisen hyväksi sanotunlainen suoritus edes silloin, kun sellaisesta yleensä on tapana suorittaa korvaus.⁹⁵ Oikeuskäytäntö taas tuntuu olevan vakiintuneesti sillä kannalla, että henkilö, joka erehdyttää toiselta vastikkeettoman (tahi sovittua tai tavanomaista pienempää vastiketta vastaan) työ- tms. suorituksen, syyllistyy petokseen.⁹⁶ Koska mainittu tietoisopin kielteinen kannanotto perustuu siihen, ettei työvoimaa voida lukea henkilön varallisuuteen kuuluvaksi ja ettei toisen työvoiman hyväksikäyttämistä näin ollen ole pidettävä varallisuusvahinkona, ei kannanotolla ole tässä tutkimuksessa omaksutun lähtökohdan kannalta mielenkiintoa muuten kuin lopputuloksen osalta. Samaa on valitettavasti sanottava myös lainkäytön osalta; ratkaisuisista ei nimittäin lainkaan käy ilmi, mihin näkökohtiin nojautuen lopputulokseen on päädytty.

Kirjallisuudessa on esitetty käsitys, että henkilön erehdyttäminen tekemään vastikkeeton työsuoritus merkitsisi tälle tappiota (vahinkoa) silloin, kun on kysymyksessä työ, josta on tapana suorittaa korvausta.⁹⁷

⁹⁵ Ks. *Estlander* s. 107 s., *Honkasalo* Kiristäminen s. 482 (verr. s. 480) ja *Serlachius* II s. 243 (verr. s. 255). — Toisin *af Hällström* *Bedrägeri* s. 327. — Vrt. *kuit. Honkasalo* E I s. 169.

⁹⁶ Kysymys on korkeimman oikeuden lainkäytössä tullut esille ennen kaikkea ns. »taksipetoksen» yhteydessä, ts. tapauksissa, joissa henkilö tietoisena maksukyvyttömydestään erehdyttää vuokra-autonkuljettajan antamaan itselleen kyydin. Näin esim. KKO 1928 II 60 ja 1934 II 345 sekä p. 29. 4. 1960 no. 1254 ja 26. 10. 1961 no. 3337. Ks. myös KKO 1940 II 212 ja 1942 II 119, joissa muunlaisenkin palvelusuorituksen — puhelujen välittämisen — on katsottu merkitsevän »tavarain tai rahan tappiota». Nyt on tosin huomattava, kuten tekstissä tulee mainittavaksikin, etteivät KKO:n ratkaisut sisällä mitään perusteluja, joista olisi pääteltävissä, minkä näkökohtien mukaan niissä on tappiokysymyksen osalta päädytty ratkaisujen mukaiseen lopputulokseen. Useimmissa näistä tapauksista on disponoinnista jo sinänsä aiheutunut arvon menetys (auton polttoaineen kulutuksena ja auton arvon alenemisena); tätä seikkaa on kuitenkin tuskin katsottu ratkaisevaksi.

⁹⁷ Ks. *Strahl* s. 65 s. (»Förmår någon genom vilseledande annan att för hans räkning gratis utföra ett arbete, torde han få anses åsamkat den andre skada om sådant arbete brukar betalas»); samaan tapaan *Schönke—Schröder* s. 1091 ja *Beseler* s. 35. — On tosin mahdollista, että *Strahlilla* ei ole ollut huomio kiinnitettyä niinkään työsuoritukseen erehdytetyn disponointina, vaan siihen, että tämä on saatu suostumaan tekemään vastikkeetta sellainen suoritus, josta on tapana maksaa korvaus. Tämäkään suostumus ei kuitenkaan saata merkitä tappiota, ellei erehdytetyllä ole jo sitä ennen ollut oikeus tehdä toiselle työtä vastiketta vastaan. Näin ei kuitenkaan asianlaita yleensä ole; se seikka, että henkilö lain tai tavan-

Puhumattakaan siitä, ettei tuntuisi asianmukaiselta asettaa työsuorituksen merkitystä riippuvaksi siitä, onko sellaisesta tapana suorittaa palkkaa vai onko palkan maksamisesta vain sovittu asianosaisten kesken, on huomattava, ettei sillä seikalla, onko työstä tapana maksaa korvausta, ole mitään merkitystä itse työsuorituksen (disponoinnin) vaikutusten kannalta. Näkökohta nojautuukin itse asiassa siihen edellä torjuttuun ajatukseen, että petosrikoksen seuraustunnusmerkki olisi toteutunut jo sillä, ettei henkilö saa sitä vastiketta, jonka hän odotti saavansa tai jonka saamiseen hänellä oli oikeus. Vain itse työsuoritus johtuu erehdyttämisestä, ei sen sijaan se seikka, ettei tekijä saa siitä sitä palkkaa, joka siitä on tapana maksaa. Samasta syystä johtuu myös, ettei työsuorituksen mahdollinen taloudellinen merkitys saata olla riippuvainen siitä, onko kysymyksessä tapaus, jossa henkilö on erehdytetty tekemään työtä lupaamalla siitä (valheellisesti) korvaus, vaiko tilanne, jossa hänet on saatu tekemään työsuoritus tietoisesti vastikkeetta jollakin muulla verukkeella. — Erehdytetyn kannalta on vaikutusta vaille myös se kysymys, onko toinen hyötynyt suorituksesta vaiko ei;⁹⁸ pelkästään siitä seikasta, että toinen on hyötynyt jonkun disponoinnista, ei voida päätellä, että disponointi olisi merkinnyt hänelle tappiota, eikä toisaalta se, ettei disponoinnista ole koitunut kenellekään etua, vielä oikeuta päätelemään, ettei se ole merkinnyt tappiota disponoijalle.

Asianlaita onkin se, ettei työsuorituksen tekeminen sellaisenaan merkitse tekijälle taloudellista tappiota, se ei vaikuta hänen taloudelliseen asemaansa heikentävästi.⁹⁹ Kun henkilö erehdytetään tekemään

omaisen oikeuden perusteella on oikeutettu palkkaan, jos hän tekee työn, ei nimitäin suinkaan merkitse sitä, että hänellä ennen työn tai sitä koskevan sopimuksen tekemistä olisi jokin toiseen kohdistuva saamis- tms. oikeus, jonka arvon hän menettäisi suostuessaan tekemään työn ilmaiseksi. Ellei erehdyttäminen onnistu, merkitsee tämä vain sitä, ettei erehdyttämisen kohde lupaudukaan tekemään (tai tee) työtä, ei sen sijaan sitä, että erehdyttäjä maksaisi palkan. — Kokonaan eri asia on, että jos henkilölle jo on työnteon perusteella syntynyt oikeus palkkaan, kärsii hän taloudellisen menetyksen, mikäli hänet erehdytetään luopumaan tästä oikeudestaan tai suhtautumaan muuten sen arvoa alentavalla tavalla. Tällöin ei kuitenkaan ole enää kysymys vastikkeettoman työsuorituksen taloudellisesta merkityksestä.

⁹⁸ Vrt. *Welzel* s. 271, joka katsoo mm. työsuoritusten merkitsevän tekijälleen tappiota, koska »um sie ist der Empfänger auf Kosten des Leistenden i.S. von § 812 BGB bereichert, folglich der Leistende um sie geschädigt».

⁹⁹ TyöSopL 1 §:ssä puhutaan tosin työntekijälle maksettavasta »korvauksesta» ja työn »hyvittämisestä», mutta tämän ei voine katsoa merkitsevän sitä, että laki katsoisi työstä maksettavan palkan jonkinlaiseksi vahingonkorvauksen kaltaiseksi korvaukseksi siitä vahingosta, jota työsuoritus sellaisenaan tekijälle merkitsisi.

työsuoritus, merkitsee tämä itse asiassa vain sitä, että erehdytetty saadaan toimimaan toisella tavalla, kuin hän olisi suhtautunut, ellei häntä olisi erehdytetty. Tappiomerkitykseltään ei työsuoritus erehdytetyn kannalta eroa sellaisenaan millään tavalla suhtautumisesta, jota ei kenties voitaisi pitää työ- tai palvelusuorituksen tekemisenä.¹⁰⁰ Ja on epäilyksetöntä, ettei vielä se seikka, että henkilö suhtautuu toisella tavalla, kuin hän ilman erehdyttämistä olisi tehnyt, voi merkitä sitä, että hän olisi kärsinyt tappion.¹⁰¹ — Itse asiassa voitaisiin hyvällä syyllä päinvastoin väittää, että henkilö, joka on erehdytetty tekemään työsuoritus, on hyötynyt erehdyttämisestä. Yleensä hänelle työnteon perusteella syntyy erehdyttämisestä huolimatta sopimuksen tai suorastaan lain perusteella (TyöSopL 1 §) oikeus palkkaan tai muuhun vastikkeeseen, millä oikeudella tilanteesta ja erehdyttäjän henkilöstä riippuen saattaa olla hyvinkin sovittua tai tavanomaista palkkaa lähentelevä arvo. Ajatellaanpa vain vuokra-autonkuljettajaa, jonka joku tämän hyvin tuntema henkilö tilapäisen maksukyvyttömyytensä salaten erehdyttää kyyditsemään itseään. Vaikka autonkuljettaja ei saakaan odottamaansa maksua palveluksestaan, on hänelle kuitenkin syntynyt sen perusteella saamisoikeus, jonka toteutuminen saattaa olla hyvinkin todennäköistä.¹⁰² Ellei häntä olisi erehdytetty, olisi hän kenties joutunut kuluttamaan aikaansa asiakkaita turhaan odotellen ja ansaitsematta mitään.

Sillä, ettei työ- tms. suoritus sellaisenaan merkitse tekijälleen tappiota, ei vielä ole suinkaan sanottu, ettei sellaiseen saattaisi liittyä tappiota. Työsuoritus saattaa ensinnäkin samalla merkitä taloudellista arvoa omaavien esineiden menetystä tai niiden arvon alenemista. Niinpä vuokra-autoilijan vastikkeeton työsuoritus merkitsee joka tapaukses-

Lainkohta sisältäneen vain sen ajatuksen, että koska työsuoritus tulee työn teettäjän hyväksi, on tämän suoritettava korvaus tästä saamastaan edusta, ks. myös *Sipilä Työoikeus* s. 44. — Myöskään RL 9 luvun 2 §:n 2 kohdasta ei voida tehdä johtopäätöstä, että työn tekeminen vastikkeetta sellaisenaan merkitsisi taloudellista menetystä; tämän säännöksen merkityksestä ks. tark. jälj. s. 219 s.

¹⁰⁰ Ne tutkijat, jotka ovat katsoneet työsuorituksen sellaisenaan merkitsevän tappiota (varallisuusvahinkoa), eivät muuten yleensä ole tarkemmin selittäneet, missä suhteessa työsuoritus eroaa jostakin muusta disponoinnista. Rajanveto olisi kuitenkin epäilemättä varsin vaikea tehtävä.

¹⁰¹ Tuskinpa esim. kukaan haluaisi väittää, että aina kun henkilö pakotetaan tekemään jotakin (RL 25:12) hänelle samalla aiheutetaan taloudellinen tappio.

¹⁰² Sillä seikalla, että se on arvottomampi kuin käteismaksu ei ole merkitystä; kuten edellä on yritetty osoittaa, ei se, että tosiasiallinen vastike on odotettua tai luvattua vähäarvoisempi, vielä merkitse sitä, että vastikkeensaajalle olisi syntynyt tappio.

sa polttoaineen kulutuksena ja auton arvon alenemisesta aiheutuvana arvon menetyksenä ilmenevää tappiota. Työsuorituksen merkitystä voidaan sitä paitsi tarkastella ikään kuin sen »käänteispuolelta». Se saattaa nimittäin merkitä sitä, että työntekijä jää disponointinsa johdosta saamatta jonkin taloudellisen edun (erehdyttävä ts. saamalla toisen tekemään työtä estää tämän saamasta po. taloudellista etua). Työ- tms. suorituksen tekeminen voi myöskin merkitä sitä, että henkilö menettää sellaisen mahdollisuuden taloudellisen edun saamiseen, jolla jo sellaisenaan on taloudellista arvoa (erehdyttävä ts. suhtautumisellaan riistää toiselta tämän mahdollisuuden). Näin on asianlaita, mikäli erehdytetyllä oli konkreettinen mahdollisuus käyttää työvoimaansa taloudellisesti edullisella tavalla, minkä mahdollisuuden hänen disponointinsa (työvoiman käyttäminen erehdyttäjän tahtomalla tavalla) teki tyhjäksi.¹⁰³

Jotta disponoinnin (työsuorituksen tekemisen) voitaisiin tässä esitetyllä tavalla katsoa merkinneen tappiota, olisi siis kyettävä joko ainakin tekemään todennäköiseksi, että työntekijä olisi, ellei hän olisi disponoinut, saanut taloudellisen edun ja että disponointi sellaisenaan on merkinnyt tuon edun saamatta jäämistä, tahi osoittamaan, että disponoijalla oli siinä määrin todennäköinen konkreettinen mahdollisuus edun saamiseen, että jo tällä saatetaan sinänsä katsoa olleen taloudellista arvoa. Olosuhteet lienevät usein sellaiset, että jompikumpi on mahdollista. Voidaan kuitenkin kysyä, eikö henkilön työvoiman vastikkeettoman hyväksikäyttämisen koskaan saateta katsoa merkitsevän työntekijälle tappiota, ellei voida todeta arvon saamatta jäämistä tai konkreettisen, arvoa omanneen mahdollisuuden menettämistä. Tällaisen kysymyksen osalta on kuitenkin heti huomautettava, että sillä seikalla, tuleeko työ jonkun hyväksi vai ei, ei — kuten edellä mainittiin — ole merkitystä arvosteltaessa työsuorituksen tappiomerkitystä tekijän kannalta. Kysymys on vain siitä, eikö työvoiman vapaan käyttämisen estymistä sellaisenaan, niin ettei olisi tarpeen kiinnittää huomiota edellä mainittuihin näkökohtiin, voida pitää tappiona. Eikö voitaisi katsoa, että työkyky,

¹⁰³ Ks. *Allfeld* s. 544, jonka mukaan »der Verlust der Möglichkeit seine Arbeitskraft angemessen zu verwerten» on varallisuusvahinko ja *Kohlrausch—Lange* s. 583 (»Beim Dienstvertrag ist für den Schaden des Dienstverpflichteten zu beachten, ob er Gelegenheit gehabt haben würde seine Arbeitskraft anderweit gewinnbringend zu verwerten»). Ks. myös *Strahl* s. 65 ja *Niethammer* s. 268. Vrt. *Schönke—Schröder* (10. Auflage) s. 1024, jossa katsotaan, ettei työntekijän tappio saata olla tällaisen mahdollisuuden menettämisessä, koskapa silloin puuttuisi hyödyn ja vahingon väliltä »Stoffgleichheit»; ks. tämän johdosta jälj. s. 225 ss.

työvoima — joka Hallitusmuodon 6 §:n 2 mom:n mukaan on »valtakunnan erikoisessa suojeluksessa» — sinänsä jo käsittäisi sellaisen taloudellisten etujen saavuttamismahdollisuuden, jolla olisi katsottava olevan haltijalleen taloudellista arvoa silloinkin, kun siihen ei liity konkreettista todennäköistä edun saamisen mahdollisuutta?¹⁰⁴ Mikäli näin olisi, merkitsisi toisen työkyvyn vapaan käyttämisen ehkäiseminen aina tappiota, jolloin oltaisiin varsin lähellä tilannetta, jossa petoksesta olisi rangaistava milteipä kaikki erehdyttämällä tapahtuva disponointivapauden rajoittaminen. Ainakin muodostuisi rajanveto pelkän suhtautumisvapauden rajoittamisen ja petoksen välillä varsin vaikeaksi, sillä olipa erehdyttäjä saanut toisen minkälaiseen ei-hetkelliseen suhtautumiseen tahansa, voitaisiin sanoa, että hän on tällä teollaan riistänyt erehdytetyltä sen arvoa omaavan mahdollisuuden, mitä hänen työkykynsä edusti.

Katson kuitenkin, ettei työkyvylle sellaisenaan voida antaa tällaista taloudellista merkitystä. Inhimillisen työkyvyn yleistä, sanoisinko abstraktista taloudellista merkitystä ei luonnollisestikaan käy kiistäminen. Konkreettisen merkityksen se yksilön kannalta arvosteltuna kuitenkin saa vain tarkastelemalla sitä niiden konkreettisten mahdollisuuksien valossa, jotka tuolla yksilöllä on käyttää työkykyään taloudellisesti edullisella tavalla. Ja ennen kuin työkyvyn käyttämisen estyminen merkitsee tappiota, on vaadittava, että se on samalla käsittänyt tällaisen konkreettisen mahdollisuuden menettämisen. Tälle käsitykselle tuntuu olevan saatavissa tukea myös laista. Kun af Hällström pääättelee oikeusjärjestyksen tunnustaneen työkyvylä sellaisenaan olevan taloudellista arvoa, niin että sen väärinkäyttäminen aina merkitsisi tappiota, »då den i SL 9: 2 mom. 2 giver ersättningsanspråk för hinder eller brist i näring»,¹⁰⁵ ei hän ole oikeassa. Mainittu lainkohta ei suinkaan myönnä vahingonkorvausoikeutta työkyvyn käyttämisen estymisen perusteella sinänsä, vaan »tulosten tahi elatuksen vähentymisestä: niinkuin elinkeinon haittaamisen tahi ehkäisemisen... k a u t t a» (»för minskning i inkomst eller uppehålle: såsom g e n o m hinder eller brist i näring»).¹⁰⁶ Korvausta on siis tuomittava sen vuoksi, että rikoksen

¹⁰⁴ On huomattava, että mikäli työkyvylä yleensä lainkaan olisi katsottava sellaisenaan olevan taloudellista arvoa, piilisi se juuri tässä hyväksikäyttämisen mahdollisuudessa. — Ks. *Beseler* s. 35 s.

¹⁰⁵ *Bedrägeri* s. 327.

¹⁰⁶ Vrt. Ruotsin SL 6:2 (»...under skadestånd /skall/ räknas... även ersättning för hinder eller brist i den skadades näring»).

kohteeksi joutunut on jäänyt vaille niitä tuloja, jotka hän ilman rikosta olisi saanut, eikä suinkaan »elinkeinon» haittaamisesta sellaisenaan. Lainsäätäjän kanta on selvästikin ollut se, että vahinkoa tosin saattaa aiheutua työkyvyn menetyksen johdosta, mutta ettei viimeksi mainittu vielä sinänsä merkitse tappiota.¹⁰⁷

Yhteenvetona edellä esitetystä voidaan todeta seuraavaa. Vastikkeeton työ-, palvelu- tms. suoritus ei sellaisenaan merkitse sen suorittajalle tappiota RL 36:1:n tarkoittamassa mielessä, vaikka se olisi laadultaan sellainen, josta on tapana saada korvaus. Ihmisen työvoimalla (-kyvyllä) ei sellaisenaan ole sellaista taloudellista merkitystä, että sen käyttämisen estyminen aina merkitsisi taloudellista menetystä.¹⁰⁸ Henkilö, joka erehdyttää toisen vastikkeettomaan työ- tms. suoritukseen tahi muutoin suhtautumaan siten, että erehdytetyn voidaan katsoa tulleen estetyksi käyttämästä työvoimaansa, on syylistynyt petokseen vain ¹⁰⁹, mikäli erehdytetyn suhtautumisen voidaan katsoa merkinneen taloudellisen edun saamatta jäämistä tahi, jos erehdytetyllä on ollut sellainen tosiasiallinen mahdollisuus työkykynsä taloudelliseen hyväksikäyttämiseen, jonka toteutumista olisi disponointihetkellä kaikki asiahaarat huomioon ottaen voitu pitää niin todennäköisenä, että sillä voidaan katsoa olleen taloudellista arvoa, tämän mahdollisuuden menettämistä. — Siihen nähden, että jommankumman näistä edellytyksistä yleensä voitaneen todeta toteutuneen ainakin silloin, kun henkilö on erehdytetty johonkin pitempiaikaiseen suhtautumiseen tai kun on kysymyksessä ikään kuin »tarjolle» asetettu tai »käytettäväksi tarjottu» työvoima, lienee erehdyttäjän tuomitseminen petoksesta mahdollista suurimmassa osassa niitä tapauksia, joissa se myös tuntuu oikeustajunnan vaatimusten mukaiselta. Asian luonteesta johtuen jäänevätkin petossäännöksen ulottumattomiin vain ne tilanteet, joissa on jokseenkin ilmeistä, ettei erehdytetty disponointinsa johdosta ole menettänyt ansaitsemismahdollisuutta.

Kokonaan eri asia on, de lege ferenda, että ihmisen työvoimalle tulisi kenties antaa laajempi rikosoikeudellinen suoja mm. erehdyttämistä vastaan. (Ks. tämän johdosta jälj. V. C.)

¹⁰⁷ Näin myös *Forsman Skadestånd* s. 127; ks. myös *Grotenfelt* s. 260.

¹⁰⁸ Ks. myös *Jacobowitz* s. 55 s.

¹⁰⁹ Tässä ei ole kiinnitetty huomiota niihin edellä viitattuihin tapauksiin, joissa työ- tms. suoritukseen samalla liittyy jokin työvälineen kulumisena tms. ilmenevä arvon menetys.

c. Maksua vastaan tarjolla olevien suoritusten ja
etujen hyväksikäyttäminen

Siitä, ettei petosrikoksen seuraustunnusmerkki tule vaadittavan syyhteyden puuttumisen johdosta toteutetuksi vielä sillä, että erehdytetty jää saamatta odottamansa vastikkeen, johtuu myös, ettei henkilöä, joka matkustaa maksutta junassa (ns. sokea matkustaja) tai majoilee hotellissa taikka joka pääsymaksua suorittamatta osallistuu johonkin maksulliseen tilaisuuteen tahi muulla tavalla saattaa itsensä sovittua tai säädettyä maksua suorittamatta osalliseksi jostakin edusta tai suorituksesta, voida rangaista petoksesta vain sen perusteella, että hän on jättänyt saanut vastikkeen suorittamatta.¹¹⁰ Tällaisissakin tapauksissa on vaadittava, että edun hyväkseen saanut on erehdyttänyt toisen suhtautumaan tappiota merkitsevällä tavalla.¹¹¹

Kun henkilö on päässyt osalliseksi tällaisesta edusta tai suorituksesta, on toiselle samalla syntynyt sen käyttämisestä sovitun tai säädetyn vastikkeen määräinen saamisoikeus. Mikäli henkilö erehdyttää toisen luopumaan tästä oikeudestaan tai muutoin toimimaan tavalla, joka alentaa sen arvoa, on petoksen edellyttämä tappio syntynyt.¹¹² Niinpä pe-

¹¹⁰ Ks. kuit. KKO p. 12. 2. 1959 no. 337, jossa on tuomittu petoksesta henkilö sen perusteella, että hän oli asunut hotellissa vailla tarvittavia varoja ja että hän oli poistuessaan jättänyt laskun maksamatta; koska päätöksestä ei käy ilmi sen paremmin erehdyttämistä kuin sitäkään, missä tappion on katsottu ilmenneen (asumisessa vaiko laskun maksamatta jättämisessä), lienee katsottava, että KKO on tuominnut petoksesta pelkästään sen johdosta, että henkilö on asunut hotellissa ja jättänyt laskunsa maksamatta. Tähän ei voimassa oleva laki kuitenkaan tunnu antavan mahdollisuutta; vrt. esim. Ruotsin SL 21:22 ja Tanskan SL 298 §.

¹¹¹ *Serlachius* II s. 259 alav. 1 katsoo tappion olevan »sokean matkustajan» tapauksessa siinä, »että rautatien omistaja saa vastikkeetta kuljettaa matkustajaa ja kärsiä kuljetuskustannukset». On kuitenkin todettava, että »jänis» ei yleensä lisää rautatien kuljetuskustannuksia; juna olisi joka tapauksessa kulkenut po. matkan, eikä voida ajatella, että yhden ihmisen lisäkuorma vaikuttaisi polttoainetms. kustannuksiin yhtään mitään. — *Forsman Särskilda* s. 372 samoin kuin *Honkasalo* Erinäiset s. 66 ja E I s. 169 katsovat tämällyppisissä tapauksissa olevan kysymyksessä petos, mikäli maksun suorittamista tai junaan pääsemistä valvovaa henkilöä erehdytetään; kumpikaan ei puutu kysymykseen siitä, missä tappio ilmenee.

¹¹² On kuitenkin huomattava, että tämän arvon alennuksen tulee senkin perustua maksuvelvollisen erehdyttämistoimintaan. Niinpä hotellivieras, joka hiipii kenenkään näkemättä pois hotellista laskuaan maksamatta, toimii epäilemättä tavalla, joka alentaa hotellinomistajan laskusaatavan arvoa, mutta tämä hotellinomistajalle syntynyt tappio ei ole aiheutunut erehdyttämisestä, eikä poistujaa näin ollen vielä poistumisen perusteella voida rangaista petoksesta.

tokseen syyllistyy henkilö, joka on astunut liputta junaan ja esittämällä vanhentuneen tai muutoin käyttökelvottoman vapaalipun tai muulla verukkeella (esim. väittämällä, että hänen lippunsa jo on tarkastettu) erehdyttää junailijan olemaan toteuttamatta sitä saamisoikeutta, joka rautatien omistajalle on syntynyt matkustajaa kohtaan.¹¹³

Tällaiset tapaukset, joissa henkilön voidaan katsoa aiheuttaneen erehdyttämällä toiselle tälle kuuluvan saamisoikeuden arvon alentumisenä ilmenevän tappion, eivät kuitenkaan kosketele sitä, mikä juna-, hotelli-, teatteri- yms. «petoksissa» on mielenkiintoisinta, nimittäin sitä, voidaanko edun luovuttajan katsoa kärsineen tappiota jo sen kautta, että hänet on erehdytetty antamaan toisen käyttäjä sitä hyväkseen vastikkeetta. Ts. merkitseekö jo se tappiota, että henkilö, joka ei kykene tai halua maksaa sovittua tai säädettyä vastiketta, jota vastaan etu on tarjolla, käyttää sitä hyväkseen?

Olisi epäilemättä houkuttelevaa katsoa jo edun hyväksikäyttämisen vastikkeetta merkitsevän toiselle tappiota silloin, kun olosuhteet ovat sellaiset, että vastike olisi tullut suorittaa.¹¹⁴ Tämä olisi kuitenkin

¹¹³ Ks. *Sterzel* s. 84 ss. ja *Voipio* s. 165. Ks. myös OO 1916 II 321 (henkilö oli junassa matkustaessaan yrittänyt vapautua maksuvelvollisuudestaan käyttämällä vanhentunutta vapaalippua; petoksen yritys) ja KKO 1949 II 49 (henkilö oli »yrittänyt saattaa valtion rautateille rahan tappion siten» että hän oli matkustaessaan ilman matkalippua junassa esittänyt eräällä toisella rataosuudella matkustamaan oikeuttavan vanhentuneen aluelipun; petoksen yritys) sekä vähemmistön lausunto tapauksessa KKO 1930 I 30 (vähemmistö katsoi, että henkilö, joka oli matkustaessaan ilman matkalippua junassa ja uskotellessaan junailijalle, että hänen lippunsa oli kadonnut, oli yrittänyt aiheuttaa rautateille tappion koettaessaan erehdyttämällä vapautua matkalipun ja säädetyn lisämaksun suorittamismaksuvelvollisuudesta, ja oli tuomittava petoksen yrityksestä; päätöslauselman osalta ks. alav. 114).

¹¹⁴ Näin *Ekeberg—Strahl—Beckman* s. 189 ja *Strahl* s. 64 (»Enligt denna från praktisk synpunkt tilltalande åsikt är skada för handen, om ägaren i vanliga fall skulle kunnat begära och få ersättning för nyttjande av ifrågavarande slag»; ks. kuit. s. 54, jossa *Strahl* katsoo tappiokysymyksen sellaisessa tapauksessa, jossa henkilö saa käyttöönsä esineen tarkoituksin palauttaa se käytön jälkeen, riippuvan siitä, osoittaako »en beräkning grundad på det faktiska förloppet... att ekonomisk skada uppstår»). Ks. myös *Kallia* s. 7, joka katsoo, että maksua edellyttävän palveluksen hankkiminen maksutta merkitsee toiselle petoksen edellyttämää vahinkoa; ks. lisäksi KKO 1930 I 30, jossa oli kysymys tapauksesta, jossa matkalippua vailla ollut henkilö oli yrittänyt uskotella junailijalle hukanneensa lippunsa. KKO:n enemmistö katsoi hänen syyllistyneen petokseen, sillä hän oli »ilman matkalippua ja salaamalla tämän seikan kulkenut junassa... S:n asemalta P:n asemalle sekä siten aiheuttanut valtionrautateille matkalipun hinnan... suuruisen tappion»; 1938 II 364 (henkilö tuomittiin petoksesta, koska hän oli »lunasta-

petossäännöksen nykyisen sanamuodon pohjalla analogiaan turvautumatta mahdollista vain — koska vastikkeen saamatta jääminen ei, ellei se johdu erehdyttämisestä, kelpaa tappioksi — edellyttäen, että itse vastikkeen saamatta jääminen aiheutuu erehdyttämisestä. Ja tällöin ollaan jälleen alussa tarkoitetun kaltaisissa tilanteissa. Vastikkeella tai sen saamatta jäämisellä sen paremmin kuin silläkään seikalla, onko etu sellainen, että sen hyväksikäyttämisestä »yleensä» olisi suoritettava korvaus, ei ole välitöntä vaikutusta arvosteltaessa edun hyväksikäyttämisen mahdollista tappiomerkitystä sinänsä. Kun ei ole kysymys henkilön erehdyttämisestä suhtautumaan tavalla, joka alentaa hänelle syntyneen vastikkeen saamiseen kohdistuvan oikeuden arvoa, on kysymys petoksesta riippuvainen siitä, voidaanko edun käytettäväksi antamisen sellaisenaan katsoa merkitsevän tappiota. Tämä on silloin erehdytetyn disponointi: hän antaa toisen käyttää hyväkseen po. etua. Ajatellaan esimerkiksi, jossa maksukyvytön henkilö saapuu hotelliin ja rahattomuutensa salaten saa itselleen huoneen yöksi, sekä saapuu seuraavana aamuna portierin luokse ilmoittaen, ettei hän kykene eikä aio laskuaan maksaa. Tällöin hän ei erehdyttänyt ketään luopumaan siitä oikeudesta vastikkeeseen, jonka hänen hotellissa yöpymisensä on synnyttänyt. Se seikka, ettei hotelli saa siitä vastiketta, joka sille kuuluisi (se saa luonnollisesti saamis-oikeuden asukkiaan kohtaan), ei myöskään johdu erehdyttämisestä, vaan hotellin asukkaan maksukyvyttömyydestä tai -haluttomuudesta. Ainoa, mitä erehdyttämisestä on aiheutunut, on se, että hotellihuone luovutettiin erehdyttäjän käyttöön ja hänen sallittiin viettää siellä yönsä. Ja tämä merkitsee tappiota vain sikäli, kuin se merkitsee sellaisen taloudellisen edun saamatta jäämistä, joka hotellille (rautatielle, elokuvateatterille jne.) olisi tullut, ellei erehdyttäjä olisi onnistunut toiminnassaan, ellei huonetta ts. olisi luovutettu hänelle ja täten estetty sen hyväksikäyttäminen muulla tavalla, taikka mikäli voidaan katsoa huoneen vapaana ollessaan merkitsevän sellaista edun

matta matkalippua ja salaamalla tämän seikan matkustanut junassa Nurmin asemalta Kouvolan kauppalassa olevalle Kouvolan asemalle ja saattanut siten valtion-rautateille matkalipun hinnan 27 markan suuruisen vahingon»); 1949 II 74 (henkilö tuomittiin petoksesta sen perusteella, että hän oli »asettunut asumaan Hotelli Grandiin», vaikka oli ollut tietoinen siitä, ettei hän kyennyt suorittamaan huoneensa vuokraa) sekä KKO p. 12. 2. 1959 no. 337 (ks. ed. alav. 110); varsin epämääräisesti perustellaan joskus »hotellipetoksia», ks. KKO 1937 II 167, jossa A, joka oli maksukyvyttömänä asunut B:n hotellissa, tuomittiin petoksesta »sen vuoksi ja kun (A:lla) hotelliin tullessaan ja siellä asuessaan ei ollut tähän tarvittavia varoja ja hänen siis oli katsottava peijanneen (B:tä)».

saamisen mahdollisuutta, jolla sinänsä on taloudellista arvoa. Ellei asianlaita ole ollut tämä (eikä se disponointi, joka käsitti edun luovuttamisen käytettäväksi samalla merkinnyt muunlaista arvon menetystä, kuten esim. lipun hintaan sisällytetyn ruoka- tai juomatarjoilun muodossa),¹¹⁵ ei erehdyttäjää voida nykyisen lain mukaan analogiaan turvautumatta rangaista edun hyväksikäyttämisestä.¹¹⁶

Lopputulosta saatetaan hyvällä syyllä pitää epätydyttävänä; voidaan väittää, että se merkitsee jokseenkin samanarvoisille tuntuvien suhtautumistapojen erilaisen rikosoikeudellisen käsittelyn saattamista riippuvaiseksi satunnaisuuksista.¹¹⁷ Tähän väitteeseen voidaan tosin vastata, että ainakin useimmiten voidaan erehdyttäjän «sokean matkustajan», «hotellipetoksen» jne. tapauksissa katsoa aiheuttaneen ainakin arvoa omanneen mahdollisuuden menettämisen.¹¹⁸ Toiseksi voidaan huomauttaa, että mikäli näin ei ole asianlaita, rajoittuu petoksena rangaistavan ja säännöksen ulkopuolelle jäävien tapausten samanlaisuus kuitenkin vain subjektiiviseen puoleen: mikäli suhtautumisesta ei ole aiheutunut tappiota, ei se objektiiviselta puoleltaan ole edellisten kanssa samanarvoinen.

Maksua vastaan tarjolla olevan edun hyväksikäyttäminen vastiketta suorittamatta saattaa kuitenkin tuntua rangaistuksen ansaitsevalta sellaisenaan ja siis silloinkin, kun siihen ei liity erehdyttämistä eikä tappiota. Eräissä niistä maista, joiden varsinainen petoskriminalisointi on RL 36:1:n kaltainen, onkin tämäntapainen suhtautuminen nimenomaan kriminalisoitu.¹¹⁹ — Mikäli vastaavanlaiseen kriminalisointiin

¹¹⁵ Esim. Lamm katsoo, että tämäntyyppisissä tapauksissa saattaa olla puhetta tappiosta vain edellyttäen, että erehdyttämisestä on aiheutunut joitakin tähän verrattavia lisäkustannuksia, ks. s. 274.

¹¹⁶ Voidaan hyvällä syyllä kysyä, menestyisikö hotellinomistaja, mikäli hän nostaisi asukiaan vastaan *vahingonkorvauskanteen*. On jokseenkin varmaa, ettei hän tällä kanteellaan voittaisi mitään, ellei hän kykenisi osoittamaan, että hotellivieras on suhtautumisellaan tehnyt tyhjäksi hotellinomistajan mahdollisuudet vuokrata ko. huone jollekulle toiselle. Samaa voidaan sanoa henkilöstä, joka erehdytettynä tekemään työsuoritus vastikkeetta, nostaa työn teettäjää vastaan *vahingonkorvauskanteen*: hän tuskin menestyisi, ellei hän pystyisi tekemään ainakin todennäköiseksi, että hänellä olisi ollut mahdollisuus käyttää työkykyään hyväkseen toisaalla. — Eri asia kokonaan on, että sen paremmin hotellinomistaja kuin työn tekijäkään ei vaatisi vahingonkorvausta, vaan perustaisi vaatimuksensa tehtyyn sopimukseen. — Vrt. Bergendal, Arvostelu s. 47.

¹¹⁷ Ks. Strahl s. 64.

¹¹⁸ Ks. Maurach s. 259 s.

¹¹⁹ Ks. esim. Ruotsin SL 21: 22 (BB 9: 22), Saksan StrGB 265a §, Sveitsin rikoslain 150 ja 151 art. ja Tanskan BSL 298 § 3 ja 4 k.

meillä mentäisiin, olisi tässä kuitenkin meneteltävä jokseenkin varovaisesti. On nimittäin huomattava, että puhtaan sopimusrikoksen kriminalisoimiseen ei liene aihetta. Näin ollen rangaistusuhkaa ei saisi kohdistaa siihen, että sovittu tai säädetty maksu jätetään suorittamatta, vaan joko siihen, että henkilö vastikkeetta käyttää hyväkseen etua tai että hän menettelyllään vaikeuttaa edun hyväksikäyttämistä johtuneen saamisoikeuden toteuttamista.¹²⁰

D. Tavoitellun hyödyn ja aiheutetun tappion välisestä suhteesta

1. Onko hyödyn vastattava tappiota?

Petosrikoksen seuraustunnusmerkin selvittelyn yhteydessä on lopuksi otettava tarkastelun kohteeksi kysymys siitä, onko tappion Suomen oikeuden kannalta jollakin tavalla liittyttävä tai oltava yhteydessä siihen hyötyyn, jota erehdyttäjä yrittää itselleen tai toiselle hankkia («hankkiakseen itselleen tai toiselle laitonta aineellista etua»).

Tarkastelu on sitäkin aiheellisempaa, kun niiden maiden osalta, joiden petossäännös perusluonteeltaan vastaa RL 36 luvun 1 §:n 1 mom:a (kysymykseen tulevat tällöin lähinnä kaikki Skandinavian maat sekä Saksa ja Sveitsi), petoksen on sanottu olevan tyypillinen «hyötymis-» tai «varallisuudensiirtorikos» («vinningsbrott», «Bereicherungsdelikt», «Vermögensverschiebungsdelikt»). Tämän tosiasian on nimittäin katsottu merkitsevän sitä, ettei petoksesta voida rangaista henkilöä, joka erehdyttämällä saa (tai yrittää saada) taloudellista hyötyä ylipäättään, seurauksin, että toinen kärsii vahinkoa; tunnusmerkistö tulee toteutetuksi vain jos aiheutetun tappion (vahingon) ja tavoitellun hyödyn välillä vallitsee tietynlainen yhteys.¹

¹²⁰ Vrt. vuoden 1956 alusta kumotun kyytilain (11. 10. 1918) 42 §, jossa oli säädettyä 10 päiväsakon rangaistus matkustajalle, »joka jättää korvauksen majasta ja ravinnosta tahi maksettavansa lautta- tai siltarahan suorittamatta». — Ks. myös jälj. V. C.

¹ Ruotsin osalta ks. esim. *Beckman* Den svenska s. 504, *Ekeberg—Strahl—Beckman* s. 18 ja *Strahl* s. 138 s.; Norjan osalta *Øvergaard* s. 85, Tanskan osalta *Hurwitz* s. 366 ja *Krabbe UFR* -32 s. 96, Sveitsin osalta *Hafters* s. 273 ja Saksan osalta *Allfeld* s. 548, *Binding* s. 364 (joka lienee ensimmäisenä käyttänyt sittemmin yleisesti hyväksyttyä käsitettä »Stoffgleichheit» tätä yhteyttä kuvaamaan), *Hegler* s. 433, *Frank*

Meidän oikeutemme osalta ei kysymykseen näy kiinnitetyn erityisempää huomiota.² Voidaankin itse asiassa syystä kysyä, onko petosta Suomen oikeuden mukaan lainkaan pidettävä luonteeltaan edellä mainitun kaltaisena hyötymisrikoksena. Se seikka, että laki 36 luv. 1 §:n 1 mom:ssa edellyttää tekijän toimivan «hankkiakseen» etua, ei vielä tee myöntävää vastausta välttämättömäksi. Lainkohtahan ei nimittäin sanamuotonsa mukaan kriminalisoi hyötymisen tavoittelua erehdyttämällä ja toisen kustannuksella, vaan tappion aiheuttamisen edellyttäen, että tekijä saa aikaan tämän seurauksen hankkiakseen etua. Sanamuodossa ei sellaisenaan ole mitään estettä esim. sellaisen tuomitsemiselle petoksesta, joka erehdyttämällä on aiheuttanut jollekulle tappion saadakseen tästä toiminnastaan palkkion kolmannelta, jossa tapauksessa tavoitellulla edulla sekä tappiolla ja siihen johtaneella disponoinnilla ei ole mitään välitöntä yhteyttä.³ On myös huomattava, että pykälän 2 mom:n mukaan «olkoon laki sama» (eli siis — niin kuin tämä on ymmärretty (vrt. kuit. alav. 9) — «rangaistakoon petoksesta») sellaisissakin tapauksissa, joissa tekijä ei ole lainkaan yrittänyt hyötyä teostaan. — Kuitenkin tuntuu siltä, kuin myöntävä vastaus olisi paikallaan. Kannanotto on perusteltavissa ennen kaikkea RL:n valmistelutöihin viittaamalla. Sen paremmin vuoden 1875 kuin 1884 ehdotukseenkaan ei lainkaan sisältynyt säännöstä, jolla nykyisessä 36 luvun 1 §:n 2 mom:ssa tarkoitettu «vahingoittamispetos» olisi kriminalisoitu. Aikaisempi näistä ehdotuksista oli sitä paitsi sanamuodoltaankin sellainen, että se ei jättänyt sijaa epäilylle siitä, että hyöty

II s. 138, Olshausen s. 1099 s., Mezger BT s. 184, Schönke—Schröder s. 1106 ja Welzel s. 274. — Edellä mainitun ohella käytetään po. yhteyttä kuvaamaan myös käsitettä »Substanzgleichheit».

² Ks. kuit. Kankaanranta s. 77 s. ja Honkasalo Kiristäminen s. 479 ja 483.

³ Sama toteamus voidaan tehdä myös Saksan StrGB 263 §:n (ks. Schröder Grenzen s. 722) ja Sveitsin rikoslain 148 art:n osalta (niinpä vanhemmasta saksalaisesta oikeuskäytännöstä on löydetävissä RG:n ratkaisuja, joissa vahingosta täysin erillään olevakin hyötymistarkoitus on katsottu riittäväksi toteuttamaan rikoksen tunnusmerkistön, ks. esim. RGSt 17 s. 264 s. ja 27 s. 221). Sen sijaan Norjan SL:n 270 § («...i hensikt derved å skaffe seg...», ks. myös Øvergaard s. 85 ja s. 119), Ruotsin SL:n 21:1 (BB 9:1) («...handling eller underlåtenhet, som innebär vinning... och skada...»; vielä selvemmin tämä kävi ilmi vanhasta SL 22:1:stä: »Var, som... bedrager sig till gods eller penningar...») ja Tanskan BSL 279 § («...for derigennem att skaffe sig...») jo sanamuotonsakin perusteella selvästi viittaavat siihen, että hyötymisen on tapahduttava juuri erehdyttämisen kautta toista vahingoittamalla.

piti saavuttaa juuri toista pettämällä («besvika»)⁴. — «Vahingoittamispetoksen» liittäminen lakiin lieenee pääasiassa johtunut niistä huomautuksista, joita Hagströmer v:n 1884 ehdotuksen johdosta teki, joskaan lainkohta ei saanut hänen sille ehdottamaa muotoa. On totta, että Hagströmer tuntuu käsitelleen petosta ennen kaikkea vahingoittamisrikoksena,⁵ mutta hänenkin säännökselle ehdottamansa sanamuoto osoittaa selvästi, että sen mukaan olisi tekijän tavoittelman hyödyn (milloin siihen lainkaan oli kiinnitettävä huomiota), välittömästi aiheuttava «peijaamisesta», ts. että erehdyttämisen olisi tullut olla tämän päämäärän saavuttamisen välitön keino.⁶ Vuoden 1885 valtiopäiville annetun esityksen 36 luvun 1 §:n 1 mom:n sanamuoto osoittaa myös mahdollisimman selvästi, että hyötymisen oli ajateltu aiheutuvan välittömästi toisen erehdyttämisestä, tämän puolestaan samalla merkitessä tappion syntymistä.⁷ Ja näin siitakin huolimatta, että lainkohdan 2 mom:ssa oli kriminalisoitu «bedrägeri i afsigt endast att skada annan». Mistään ei käy ilmi, että niillä muutoksilla, jotka rikoslakivaliokunnan ehdotuksesta säännöksen sanamuotoon tehtiin, olisi haluttu saada aikaan myös periaatteellisia muutoksia.⁸ Näin ollen katsonkin, että RL 36:1¹:n sisältämän paheksumisen kärki lainkohdan saamasta sanamuodosta huolimatta kohdistuu siihen, että henkilö aiheuttaa toiselle tappiota yrittäessään saada hyötyä aikaansaamalla tai vireilläpitämällä erehdyksen, eikä pelkästään siihen, että henkilö hyötymistarkoituksessa aiheuttaa toiselle erehdyttämällä tappion.⁹ Tämä merkitsee myös sitä, että edun

⁴ Ks. ehdotuksen 483 § («Joka, itsellensä tahi kolmannelle henkilölle hankiaksen jotakin oikeudenvastaista etua, ... pettää toisen, ja sen kautta ...»).

⁵ Ks. Granskning s. 236.

⁶ Ks. mt. s. 237 («Hvar, som bedrager sig till egendom... derigenom att han...»)

⁷ «Hvar, som i afsigt att bereda sig eller tredje person orättmätig fördel i egendom besviker annan... och derigenom tillskyndar honom förlust i gods eller penningar...»

⁸ Ks. esim. *Strafflagsutskottets betänkande* s. 85 s. ja *Handlingarna. Ständernas svar* s. 61 s.

⁹ Tämä merkitsee sitä, että 36 luvun 1 §:n 1 ja 2 momenteissa on kriminalisoitu kaksi rikosta, jotka tosin ulkonaisesti ovat toistensa kaltaiset ja joilla ei myöskään kohteeksi joutuneen kannalta ole mitään eroa, mutta jotka kuitenkin ovat luonteeltaan varsin erilaiset. — Siihen, että tämä periaatteellinen eroavuus olisi jo säännöksen valmisteluvaiheissa havaittu, voisi kenties ajatella viittaavan sen, että kun 2 mom. v:n 1885 valtiopäiville annetussa esityksessä kuului «Föröfvas bedrägeri i afsigt endast att... vare lag samma», sen sanamuoto katsottiin olevan syytä muuttaa nykyiseen asuunsa «Begicks handlingen i afsigt endast att... vare

tavoittelu on elimellisesti sidottu muuhun tunnusmerkistöön, niin että hyötymisyritys (nimenomaan erehdyttämällä) on «Bestandtheil des Delikts», kuten *Merkel* luonnehtii hyötymisrikoksia («gewinn-süchtige Eigentumsverbrechen»).

On kuitenkin kysyttävä, edellyttääkö tämä tai seuraako tästä, että «die Objekte von Nachtheil und Gewinn» on jollakin tapaa sisällöltään tai laadultaan vastattava toisiaan ja onko oikein väittää, että «nur wo dies der Fall ist, erscheint der letztere nicht bloss als Folge eines Delikts, sondern als Element eines solchen».¹⁰ Näin on asia yleensä ymmärretty, joskaan hyödyn ja vahingon väliltä ei *Merkelin*¹⁰ tapaan ole vaadittu sentään identiteettiä. Ehdottomana vaatimuksena on kuitenkin yleensä pidetty sitä, että hyödyn on tultava vahingoitetun varallisuudesta sekä että hyödyn ja vahingon on sillä tavalla vastattava toisiaan, että se, mikä

lag samma». Vertaamalla esitykseen sisältynyttä ja lopullista sanamuotoa keskenään, voitaisiin myös päätyä olettamukseen, että 2 mom:n sanat »vare lag samma» eivät lainkaan viittaisi 1 mom:ssa karakterisoidun rikoksen rubrisointiin, vaan ainoastaan siinä säädettyyn rangaistusuhkaan ja että 2 mom:ssa kriminalisoidun suhtautumisen nimi ei olisikaan »petos»; vrt. kuit. Strafflagsutskottet s. 86 (... till bedrägeri i 1 § räknas äfven sådant brott, som afser att tillskynda annan förlust utan någon... fördel). — Ruotsin SL 21:7:ssä (BB 9:8) on vahingon aikaansaaminen erehdyttämällä kriminalisoitu nimellä »oredligt förfarande» (Ruotsin vanhempi petossäännös antoi sanamuotonsa perusteella aiheutta erimielisyyksiin sen suhteen, käsittikö se myös »vahingoittamispetoksen», ks. esim. *Ekeberg—Strahl—Beckman* s. 178; myöntävästi vastasivat *Flensburg* s. 183, *Hagströmer* Granskning s. 236 ja s. 237 alav. 1, *Sterzel* s. 12, *Torp* s. 18 ja *Wetter* s. 122, viimeksi mainittu tosien vain hyvin epäroiden, katsoen säännöksen asettavan »strängt taget» vain hyödyn ja vahingon vaihtoehtoisuuden vaatimuksen ja että myöntävän vastauksen antaminen olisi mahdollista »med en bokstaftolkning»; sen sijaan katsoivat *Heimer* s. 17 ja *Stjernberg* Några ord s. 295 ss. säännöksen koskevan vain »hyötymispetosta»). Norjan SL sisältää vastaavan kriminalisoinnin 294 §:ssä; säännös on sijoitettu lukuun, jonka nimi on »Skadeverk». Sveitsin rikoslaisissa on erehdyttämällä tapahtuva vahingoittaminen kriminalisoitu »nimettömänä» petossäännöstä seuraavassa artiklassa. »Hyötymispetoksen» ja erehdyttämällä tapahtuvan vahingoittamisen (»arglistige Schädigung») välisestä periaatteellisesta erosta ks. myös *Dahm* s. 463 s., *Stjernberg* Några ord s. 296 ja *Wetter* Förmögenhetsbrotten s. 376. — Meidän voimassa olevan oikeutemme kannalta ei tällä kysymyksellä ole mitään käytännöllistä merkitystä. De lege ferenda tuntuisi kuitenkin olevan paikallaan erottaa nykyinen 2 mom. omaksi rikokseksi, minkä yhteydessä tekojen luonteiden erilaisuus olisi mahdollisesti syytä ottaa tarkasteltavaksi myös kriminalipoliittisten näkökohtien valossa (ks. esim. *Forsman* Särskilda s. 393 s.).

¹⁰ Ks. Abhandlungen s. 118. — *Merkel* vaatii hyödyn ja vahingon väliltä peräti identiteettiä; näin pitkälle menevään vaatimukseen ei yleensä ole yhdytty, ks. seur. alav.

toiselle merkitsi tappiota, on juuri se hyöty, jonka toinen sai (tai jota hän tavoitteli).^{11 12}

Ainakin Suomen oikeuden kannalta tuntuu siltä, kuin ei vielä siitä, että petosrikos ymmärretään erehdyttämällä tapahtuvaksi hyödyn tavoitteluksi, josta on toiselle aiheutunut tappiota, olisi tehtävä näin pitkälle meneviä johtopäätöksiä hyödyn ja vahingon välisestä suhteesta. Ilman lisäperusteita¹³ ei siitä nähdäkseni voida johtaa vaatimusta, että juuri sen, mikä toiselle merkitsi tappiota, olisi oltava se, mitä toinen tavoitteli hyötynään, ja että tavoitellun hyödyn olisi siirryttävä henkilöltä toiselle

¹¹ *Allfeldin* mukaan höydyn on oltava sellaista »der aus den Vermögen fließt, dessen Beschädigung als Wirkung der Täuschung eintritt» (s. 548); *Binding* lausuu »Im Vorteil des Einen muss enthalten sein, worum der Andere gekommen ist» (s. 364); myös *Gallas* tuntuu edellyttävän »Stoffgleichheitia», ks. s. 431. *Frankin* mukaan tulee tavoiteltujen etujen »sich aus dem durch Täuschung geschädigten Vermögen herleiten, sie müssen aus ihm stammen» (II s. 138). Ks. myös *Bockelmann* Unvollkommene Verbindlichkeiten s. 382, *Dalcke—Fuhrmann—Schäfer* s. 325, *Hegler* s. 433, *Hesse* s. 36, *Kohlrausch—Lange* s. 587, *Mezger* BT s. 184, *Schönke—Schröder* (hyödyn on oltava »die Kehrseite des Schadens») s. 1106, *Welzel* s. 274 sekä Saksan uudemman oikeuskäytännön osalta esim. BGHSt 6 s. 116 (»Der vom Täter erstrebte Vermögensvorteil und der verursachte Vermögensschaden müssen ... einander entsprechen») sekä OLG Hamm p. 29. 10. 1957 JW-58 s. 513 (»Das eine muss ... die Kehrseite des anderen sein»), BGH p. 10. 1. 1961 NJW-61 s. 684 s. ja OLG Braunschweig p. 17. 3. 1961 NJW -61 s. 1273. — Myös Ruotsin petossäännöksen osalta asetetaan periaatteessa vaatimukseksi, että hyödyn ja vahingon on oltava sellaisessa suhteessa toisiinsa, että ne muodostavat vain saman asian kaksi eri puolta, ks. *Beckman* Förmögenhetsbrotten s. 255 ja *Ekeberg—Strahl—Beckman* s. 18. Vanhemman oikeuden osalta ks. *Sterzel* s. 10 ja *Wetter* s. 121 s.; Tanskan osalta samoin, ks. *Hurwitz* s. 366. Norjan osalta *Øvergaard* s. 92. Ks. myös *Kankaanranta* s. 77, jossa katsotaan Suomen oikeuden kannalta olevan »aivan selvää, että niissä tapauksissa, joissa tavoiteltu hyöty saavutetaan, on kysymys samasta asiasta, hyödystä tekijän ja vahingosta asianomistajan kannalta katsottuna».

¹² Kun vaatimus esitetään tässä muodossa, ei sanoja »Stoffgleichheit», »Substanzgleichheit» tai »ainesyhteys» (tätä käyttää *Honkasalo* edellisten vastineena, ks. *Kiristäminen* s. 479 ja 483) voida pitää onnistuneina, sillä kysymys ei enää tällöin ole siitä, että hyöty ja vahinko sisällöltään vastaisivat toisiaan, vaan puhtaasti siitä, että se ilmiö, joka toiselle merkitsee tappiota, merkitsee toiselle hyötyä. Ks. myös OLG Karlsruhe p. 16. 10. 1958 NJW -59 s. 399, jossa termiä »Stoffgleichheit», pidetään harhaanjohtavana, koska se johtaa »zu der unzutreffenden Meinung, Vermögenszuwachs auf der einen Seite und Vermögenseinbusse auf der anderen Seite müssten gestaltgleich sein».

¹³ Tällaisena ei voida mielestäni vielä pitää sitä, että rikoslakivaliokunta käsitellessään 36 luvun 2 §:ää mainitsee lausunnossaan petokseen viitaten, että petoksesta (2 mom:n mukaan) tulee rangaistavaksi sellainenkin tappiota toiselle aiheuttanut suhtautuminen, josta tekijä ei pyri saamaan »motsvarande fördel», ks. *Strafflagsutskottets betänkande* s. 86.

ensiksi mainitun tappioksi.^{14 15} Niinpä katsonkin RL 36 luvun 1 §:n 1 mom:n tosin edellyttävän sitä, että tekijän on tavoiteltava hyötyä välittömästi siitä erehdyksestä (tai paremminkin: sen aiheuttamasta disponoinnista), josta myös toisen tappio välittömästi johtuu, mutta ettei lainkohta aseta mitään vaatimuksia hyödyn ja tappion sisällöllisen tai laadullisen vastaavaisuuden osalta.¹⁶ Kun tämä vaatimus — siis että tavoitellun hyödyn on johduttava välittömästi siitä disponoinnista, joka erehdytetylle merkitsee tappiota — on täytettynä, voidaan sanoa, että tekijä on yrittäessään erehdyttämällä saada etua aiheuttanut tappion.¹⁷ Tällöin on sekä hyöty pyritty saamaan että tappio aiheutunut lainkohdan edellyttämällä tavalla. Niinpä on lainkohdan edellyttämä yhteys olemassa tavoitellun hyödyn ja aiheutuneen tappion välillä esim. tilanteessa, jossa henkilö hankkiakseen itselleen etua, erehdyttää toisen, jolla samanaikaisesti olisi ollut mahdollisuus käyttää aikaansa taloudellista etua tuottavalla tavalla, tekemään jotakin puolestaan vastikkeetta. Sen hyödyn, jota erehdyttäjä toisen disponoinnista tavoitteli, ja erehdytetyn kärsimän tappion (edun saamatta jäämisen) välillä ei ole «ainesyhteyttä», eikä erehdytetyn tappio sellaisenaan merkitse erehdyttäjälle sitä hyötyä, jota hän tavoitteli,¹⁸ mutta erehdyttämisestä johtunut dispo-

¹⁴ Vrt. *Estlander* (s. 194), joka vaatii, että tekijällä tulee olla »vilja att vinna densamma (edun) genom att annan tillskyndas förlust».

¹⁵ Varkausrikoksen osalta on meillä *Salovaara* katsonut, ettei hyödyn ja vahingon välillä tarvitse vallita ainesyhteyttä, ks. *Varkaus* s. 113.

¹⁶ *Strahl* lausuu varkauden osalta (s. 142) »Skada skall åsamkas den bestulne genom själva den omständigheten att saken frånges honom... och tjuven skall skörda vinnig i och med förvärvet av saken». Petoksessa on vahingon aiheuduttava vastaavasti (*Strahlin* em. ajatusta mukaillen) »genom själva den omständigheten», että erehdytetty erehdyksensä johdosta disponoi, ja toisaalta taas on erehdyttäjän voiton tultava »i och med» tämä disponointi; ts., tekijän on yritettävä hyötyä siitä disponoinnista, jonka erehdys aiheuttaa ja josta toiselle välittömästi aiheutuu tappio (tai kääntäen: tappion on aiheuduttava välittömästi siitä disponoinnista, jonka erehdyttäjä välittömästi siitä hyötyäkseen erehdyttää toisen tekemään).

¹⁷ Kun *Salovaara* (Yritys s. 81) lausuu, että »varallisuusedun on toisen omistuksesta siirryttävä tekijälle vahingon aiheuttamisen välityksellä», on hän osunut lähelle asian ydintä: edun on tultava »vahingon aiheuttamisen välityksellä». Sillä seikalla, mistä etu tulee ei kuitenkaan ole merkitystä; ks. myös *Strahl* s. 143, jossa varkauden osalta lausutaan: »Icke heller synes... kunna sägas, att vinningen skall tillföras tjuven ur den bestulnes förmögenhet. Det abstrakta ekonomiska plus, som vinningen utgör uppstår hos tjuven och tillföres honom icke någonstädes ifrån».

¹⁸ Ks. *Schönke—Schröder* (10. Auflage) s. 1024.

nointi merkitsi välittömästi sekä hyötyä että tappiota. Hyöty hankittiin erehdyttämällä toinen siten, että tästä erehdyksestä aiheutui tappiota.¹⁹ Toisaalta taas puuttuu edellä esitetyn mukaan vaadittava yhteys hyödyn ja tappion väliltä esim. silloin, kun A B:n lupaaman palkkion toivossa erehdyttää C:n tekemään tappiollisen disponoinnin.²⁰ Vastaavanlainen on tapaus, jossa provisiopalkalla toimiva kauppamatkustaja provision saadakseen erehdyttää toisen tekemään tappiota merkitsevän tilauksen. Erehdytetyn disponointi, joka näissä tapauksissa merkitsi tappion syntymistä, ei käsittänyt sitä hyötyä, jota erehdyttäjä tavoitteli. Erehdyttäjä on tosin »hankkiakseen» itselleen hyötyä erehdyttänyt toisen, mutta hän ei ole tavoitellut hyötyä erehdyttämisestä; vahingon aiheutanut erehtyminen ei ts. ole ollut hänen välittömänä hyödyn hankkimiskeinonaan. Kokonaan eri asia on, että näissä tapauksissa on mahdollista, että erehdyttäjä on toiminut myös hankkiakseen toimeksiantajalleen (»toiselle») aineellista etua ja että tämä etu johtuu välittömästi erehdytetyn disponoinnista (esim. tilauksen saaminen).²¹

2. Kysymyksen merkitys rikoslain 36 luvun 1 §:n kannalta

Meidän rikoslakimme petossäännöksen kannalta saattaa edellisessä käsitelty kysymys ensi näkemältä vaikuttaa täysin akateemista laatua olevalta. Tutkimuksen kohteena olevassa lainkohdassahan on petoksena²² säädetty rangaistavaksi myös sellainen suhtautuminen, joka ei

¹⁹ Ks. myös *Olshausen* s. 1099 s. sekä OLG Karlsruhe p. 16. 10. 1958 NJW -59 s. 399, jossa ei aseteta muita vaatimuksia, kuin että »der erstrebte Vorteil und der Schaden unmittelbar durch ein und dieselbe Vermögensverfügung des Getäuschten herbeigeführt werden müssen»; samoin OLG Köln p. 13. 10. 1959 NJW -60 s. 209. — Ks. myös *Andenaes* Formuesforbrytelse s. 10 ja s. 55.

²⁰ Ks. myös KKO 1924 II 1511 (Sen jälkeen kun A oli ostanut erään seurakunnan maalta myyntiä varten leimatut puut, oli hänen veljensä käynyt leimaamassa lisää puita. Alioikeus tuomitsi veljen petoksesta, koska leimaaminen oli vahingoittanut metsää, ja seurakunnalla oli ollut kuluja rikoksen selvittämisestä. HO ja KKO eivät sen sijaan katsoneet tämän vahingon kelpaavan RL 36:1:n edellyttämäksi tappioksi ja tuomitsivat veljen vain petoksen yrityksestä); vrt. kuit. OO p. 17. 12. 1912 JFT. b. 1913 37/XII, jossa kelvottoman jauhoerän myyjä, joka ei ollut saanut maksua toimittamastaan tavarasta, tuomittiin petoksesta, koska ostajat olivat joutuneet maksamaan jauhojen rahdin.

²¹ Ks. esim. BGH p. 10. 1. 1961 NJW -61 s. 684 s.

²² Vrt kuit. ed. alav. 9.

tapahdu hyötymis- (tai hyödyttämisen-) tarkoituksessa. Ellei säännöksen kahden ensimmäisen momentin välillä ole mitään muuta eroavaisuutta, kuin 1 momentin edellyttämän hyötymistarkoituksen puuttuminen 2 momentissa,²³ ei myöskään ongelmalla tavoitellun hyödyn ja aiheutuneen tappion välisestä yhteydestä ole mitään käytännöllistä merkitystä. Tällöinhän nimittäin tulisi erehdyttäjää, vaikka sanottu yhteys puuttuisikin, yhtäkaikki rangaistavaksi petoksesta 2 momentin mukaan.

Täysin riidattomana voidaan pitää sitä, että 2 momentin sana »handlingen» viittaa tappion aiheuttamistoimintaan kokonaisuudessaan sellaisena, kuin se on 1 momentissa kuvailtu, eikä vain siihen toimintaan, jonka erehdyttäjää itse välittömästi suorittaa: erehdyksen aikaan saamiseen tai vireillä pitämiseen.²⁴ Näin ollen on momenttien välinen ero — mikäli sellaista onkaan hyötymistarkoituksen lisäksi — löydettävissä niiden tekijän suhtautumisen subjektiiviselle puolelle asettamista vaatimuksista ja lähinnä siitä, miten tekijän tahdon on suhtauduttava tappion syntymiseen.

Lainkohdan 1 momentti edellyttää sitä, että erehdyttäjällä on nimenomaan ollut tarkoitus saada itselleen tai toiselle laitonta aineellista etua.²⁵ Sen sijaan se ei vaadi tarkoitusta aiheuttaa tappiota. Toisessa momentissa ei tekijältä sen sijaan vaadita hyötymistarkoitusta; sen soveltaminen taas edellyttää nimenomaista tappion aiheuttamisen tarkoitusta.

Tästä eroavaisuudesta johtuu, että tarkastellulla kysymyksellä on myös RL 36:1:n kannalta käytännöllistäkin merkitystä. Ensimmäinen momentti soveltuu erehdyttäjän hyötymistarkoituksesta huolimatta vain tilanteisiin, joissa tavoiteltu hyöty ja aiheutettu tappio molemmat välittömästi johtuvat samasta erehdyttämisestä. Toinen momentti taas tulee kysymykseen vain silloin, kun tekijällä todetaan olleen tarkoituksena

²³ Tällä kannalla ovat *Estlander* s. 185 s. ja *Forsman Särskilda* s. 382 ja s. 392 ss.

²⁴ Ks. esim. *Strafflagsutskottets betänkande* s. 86. — Sanaa »handlingen» on tässä käytetty laajemmassa merkityksessään; tämän suhteen ks. *Honkasalo* I s. 124. Suomenkielisestä lakitekstistä tämä käy selvemmin ilmi, siinähan sanotaan: »Jos joku tämän tekee...»

²⁵ Ks. tämän johdosta tarkemmin jälj. s. 237 ss. Johdonmukaisuus olisi kenties vaatinut, että kysymys edun ja tappion välistä yhteyttä koskevan ongelman merkityksestä olisi otettu ratkaistavaksi vasta petostunnusmerkistön subjektiiviseen puoleen kohdistetun tarkastelun jälkeen. Tästä olisi kuitenkin esityksen yhtenäisyys kärsinyt, minkä vuoksi olen katsonut tarkoituksenmukaiseksi poiketa tiukasta johdonmukaisuudesta ja jo tässä vaiheessa ennakoivasti todeta se tulos, johon sanotussa tarkastelussa jäljempänä päädytään.

aiheuttaa toiselle «tavarán tai rahan tappio». Näin ollen jäävät petossäännöksen ulkopuolelle kaikki ne tapaukset, joissa henkilö aiheuttaa toiselle erehdyttämällä taloudellista tappiota, ilman että hänellä olisi tappion aiheuttamisen tarkoitusta tai tarkoitusta hyötyä välittömästi siitä erehdyttämisestä, josta tappio aiheutui^{26 27} Tällainenkin suhtautuminen olisi kenties syytä saattaa rikoslain piiriin.

IV. PETOSTUNNUSMERKISTÖN SUBJEKTIIVINEN PUOLI

A. Yleistä

Kaikkien petoksen objektiiviseen puoleen kuuluvien eri tunnusmerkkien osalta ei lainkohdan sanamuodosta suoraan ilmene, edellyttääkö säännös tahallisuutta vai voiko myös tuottamuksellinen suhtautuminen tulla petoksena rangaistavaksi. Niinpä siinä ei sanota, että tekijän olisi tahallaan saatava aikaan tai pidettävä vireillä erehdys, ei myöskään, että tappio olisi 1 momentin edellyttämässä tilanteessa aiheutettava tahallisesti.

Forsmanin mukaan rikoslain sisältämä kriminalisointi ulottuu tuottamukselliseen suhtautumiseen vain milloin ao. lainkohdassa on näin nimenomaan määrätty.¹ Vallitseva käsitys ei meillä mene näin pitkälle, vaan sen mukaan kuuluu tuottamuksellisenkin toiminta rangaistussäännöksen piiriin myös silloin, kun ao. lainkohdan tarkoituksesta tai sen asiallisesta yhteydestä voidaan päätellä, että lainsäätäjä on halunnut ulottaa säännöksen koskemaan myös tuottamusta.²

Mistään ei ole pääteltävissä lainsäätäjän tarkoituksena olleen saattaa petoksesta vastuuseen henkilö, joka ei ole toiminut tahallisesti. Näin ollen voidaankin yhtyä siihen kirjallisuudessa yksimielisenä vallitsevaan

²⁶ Ks. myös *Dahn* s. 463.

²⁷ Mikäli asetutaan sille kannalle, että välillinen tekeminen itseloukkausta hyväksikäyttäen on mahdollista tämän tyyppisissä rikoksissa, voidaan erehdyttäjää tosin usein tuomita vahingonteosta välillisenä tekijänä; näin ilmeisesti *Anttila* Välillinen tekeminen s. 70 s. Ks. myös *Stjernberg* Några ord s. 297.

¹ *Forsman*, *Allmänna* s. 198.

² Näin esim. *Ellilä* s. 175, *Honkasalo* II s. 73 ja *Serlachius* I s. 104.

käsitykseen, jonka mukaan petos aina edellyttää tahallisuutta.³ Kysymys on vain siitä, mitä tahallisuuden astetta kunkin objektiivisen tunnusmerkin osalta on vaadittava.

Rikosoikeudessa on tapana erottaa toisistaan kolme eri tahallisuuden astetta. Törkein näistä on *dolus determinatus*, ja se on kysymyksessä silloin, kun tekijä nimenomaan pyrkii aiheuttamaan määrätyn seurauksen. Nimityksellä *dolus directus* taas kuvataan sitä sielullista suhdetta, joka vallitsee tekijän ja seurauksen välillä silloin kun hän, seuraukseen nimenomaan pyrkimättä, on käsittänyt seurauksen syntymisen välttämättömästi liittyvän hänen varsinaisen päämääränsä saavuttamiseen; nimitystä *dolus directus* käytetään joskus myös kattamaan molemmat edellä selostetut tahallisuuden lajit. Lievin tahallisuuden muoto, *dolus eventualis*, taas on kysymyksessä silloin, kun tekijä ei ole seuraukseen pyrkinyt eikä tajunnut sitä päämääränsä välttämättömästi liittyväksi, vaan on ainoastaan mieltänyt sen syntymisen mahdolliseksi ja suhtautunut tähän mahdollisuuteen joko hyväksyvästi tai välinpitämättömästi. — *Dolus directus* voidaan jaoitella alaryhmiin myös sen mukaan, oliko tekijä pyrkinyt seuraukseen tai ainakin tajunnut seurauksen syntymisen olevan hänen päämääränsä saavuttamisen välttämätön edellytys (*d. directus*) vai oliko hän ymmärtänyt sen vain muuten liittyvän välttämättömästi päämäärän saavuttamiseen (*d. indirectus*).⁴ *Dolus eventualis*-asteisen tahallisuuden edellyttämän sielullisen suhteen selvittämiseksi — sen erottamiseksi tuottamuksesta — on meillä nykyisin hyväksytty nk. positiivinen l. todellinen tahtoteoria, jonka mukaan tekijän suhdetta seuraukseen voidaan kuvata sillä, että hän tekoonsa ryhtyessään on ajatellut «syntyipä seuraus tai ei, minä teen tekoni joka tapauksessa».⁵ Nk. hypoteettisen tahtoteorian mukaan mainittu sielullinen suhde pyritään selvittämään hypoteettisen kokeen avulla: miten olisi tekijä suhtautunut, jos hän olisi *varmana* mieltänyt tosiasiaassa vain mahdollisena pitämänsä seurauk-

³ Ks. esim. *Forsman*, Särskilda s. 382, *Honkasalo* Erinäiset s. 68 ja E I s. 186 sekä *Serlachius* II s. 261.

⁴ Tahallisuuden lajeista tarkemmin ks. esim. *Honkasalo* II s. 77 ss., *Nelson Rätt och ära* s. 359, *Salovaara Yritys* s. 204 ss. ja *Serlachius* I s. 104 ss. — On muuten huomattava, että tekijän ei pyrkinessään aikaansaamaan seurauksen (*d. determinatus*) suinkaan tarvitse mieltää seurausta varmana, ja *dolus directus*-senkin (ahtaammassa merkityksessä) yhteydessä välttämättömänä vain suhteessa hänen (kenties hyvinkin epätodennäköisenä pitämäänsä) päämäärään, ks. esim. *Honkasalo* mt. s. 80 s. ja *Welzel* Vorteilsabsicht s. 21.

⁵ Esim. *Ellilä* s. 70 ja *Honkasalo* II s. 86.

sen. Tätä teoriaa (joka mm. Ruotsissa on vallitsevana)⁶ ovat meillä edustaneet *Salmiala*⁷ ja *Tulenheimo*.⁸ Joskin edellistä näistä teorioista voidaan pitää periaatteellisesti parempana sen vuoksi, että se ei kysy, mitä tekijä olisi määrättyssä kuvitellussa tilanteessa tehnyt, ei käsityskannoilla lopputuloksen kannalta ole eroa. Voitaneen nimittäin lähteä siitä, että jos henkilö suhtautuu johonkin seuraukseen hyväksyvästi tai välinpitämättömästi (hänelle on ts. samantekevää, syntyykö seuraus vai ei), ei myöskään varmuus seurauksesta pidättäisi häntä teosta.⁹ — Toisin kuin tahtoteoriat, jotka suorittavat rajavedon tuottamuksen törkeimmän ja tahallisuuden lievimmän lajin välillä sen mukaan, miten tekijän tahto on suuntautunut mahdollisena miellettyyn seuraukseen, katsovat nk. mieltämisteorian kannattajat eron määrättyvän sen mukaan, kuinka todennäköisenä tekijä mielsi seurauksen. Tätä käsitystä vastaan — jota meillä ovat edustaneet *Serlachius* (I s. 108) ja *Grotenfelt* (Kommentar s. 82) — on syystä huomautettu, ettei ole periaatteellisesti oikein kohdistaa tahallisuuspaheksuntaa henkilöön vielä sen vuoksi, että hän on mieltänyt seurauksen todennäköisempänä kuin joku toinen, vaan vasta sen perusteella, että hänen tahtonsa ei ole suhtautunut tähän mahdollisuuteen torjuvasti.¹⁰ — On kuitenkin huomattava, että myös dolus directuksen ja dolus eventualiksen välinen raja on riippuvainen juuri siitä, onko tekijä mieltänyt seurauksen tavoittelemaansa päämäärään välttämättömästi vai ainoastaan mahdollisesti liittyvänä. Tämä ei kuitenkaan johtune siitä, että paheksumisen aste tässä tapauksessa olisi suorastaan mieltämisen selvyydestä riippuvainen, vaan siitä, että jos seuraus todella mielletään tavoiteltuun tulokseen välttämättömänä liittyväksi, on tekijän tahdonsuuntaus siihen nähden erilaista kuin seurauksen ilmetessä tekijän ajatusmaailmassa vain enemmän tai vähemmän todennäköisenä.

⁶ Ks. esim. *Beckman*, *Den svenska* s. 505 s., *Ekeberg—Strahl—Beckman* s. 21 *Nelson Rätt och ära* s. 359 ja *Strahl* s. 124.

⁷ Ks. *Salmiala*, RL 20: 71:n tulkintaa s. 241 ja s. 243; vrt. *kuit.* s. 244.

⁸ Ks. *Tulenheimo* *Skuldomdömet* s. 28.

⁹ Ks. myös *Salmiala* mk. s. 241. Vrt. *Andenaes Allminnelig* s. 210 s., *Ellilä* s. 72 ja *Mezger Lehrbuch* s. 347. — Todettakoon muuten, ettei mm. *Mezgerin* tässä yhteydessä esittämä klassillinen esimerkki kerjäläisistä, jotka silpovat ryöstämiään lapsia voidakseen paremmin käyttää heitä kerjuussa apuna, osoita todellisen tahtoteorian paremmuutta hypoteettiseen verrattuna. Ei nimittäin voitane ajatella, että lasten silpojat olisivat suhtautuneet välinpitämättömästi tai hyväksyvästi näiden kuoleman mahdollisuuteen, sillä tämä seuraushan olisi tehnyt mahdolliseksi heidän käyttämisensä kerjuuseen.

¹⁰ Ks. esim. *Ellilä* s. 69 s., *Honkasalo* II s. 81 ss. ja *Salovaara*, *Yritys* s. 208 ss.

B. Erehdyttämistahallisuus

Kuten edellä todettiin, ei RL 36: 1 käytä erehdyttämissuhtautumista kuvaavana ilmaisuna sanontaa, joka erityisesti viittaisi määrätyn asteiseen tahallisuuteen. Tämä viittaisi siihen, että erehdyttämisen suhteen tulisi kysymykseen tahallisuus sen koko laajuudessa. Rikoslain käyttämiin syyksiluettavuusastetta kuvaaviin sanontoihin on kuitenkin suhtauduttava määrätyn varauksin. Lainsäätäjä ei nimittäin ole ollut täysin johdonmukainen niiden valinnassa, vaan on joskus käyttänyt kielellisesti erityisen voimakasta tahdonsuuntausta kuvaavaa ilmaisua silloinkin, kun tarkoituksena selvästikin on ollut ulottaa rangaistavuus myös dolus eventualis asteiseen tahallisuuteen.¹¹⁾ — Tällä epätarkkuudella ei kuitenkaan voine olla merkitystä nyt tarkasteltavana olevan kysymyksen kannalta. Se ulottunee nimittäin vain subjektiivista puolta rajoittaviin sanontoihin pääsäännön ollessa, että ellei tällaista (kielellistä) rajoitusta ole, on säännös sovellettavissa tahallisiin tekoihin käsitteen koko laajuudessa. Näin ollen katsonkin, että erehdyttämisen osalta riittää dolus eventualis.¹²⁾

Edellä lausuttu merkitsee sitä, että tekijän ei esim. tarvitse tietää varmuudella, että hänen esittämänsä asianlaita on valheellinen. Riittää, että hän mieltää mahdolliseksi 1. että hän suhtautumisellaan saattaa toisen havaintopiiriin asianlaidan, jonka virheellisyyden mahdollisuudesta hän on tietoinen, ja 2. että toiselle saattaa tämän johdosta syntyä virheellinen mielikuva tai että toisella jo olevan virheellisen mielikuvan lakkaaminen estyy, sekä että hän suhtautuu näihin mahdollisuuksiin hyväksyvästi tai välinpitämättömästi. Näin ollen ei myöskään ole mitään perustetta väitteelle, ettei erehdyttämistahallisuutta olisi olemassa, mikäli henkilö itse uskoo esittämänsä väitteen totuudenmukaisuuteen. Jos

¹¹ Ks. tämän johdosta esim. *Ellilä* s. 73 s., *Forsman* Allmänna s. 193 ja *Honkasalo* II s. 93.

¹² Näin esim. *Forsman* Särskilda s. 373, *Honkasalo* Erinäiset s. 68 ja E I s. 185 sekä *Estlander* s. 237. Vrt. v:n 1884 rikoslainehdotus 319 § (»veterligen falskt»). — Oikeuskäytännön osalta on vaikeata mennä lausumaan mitään varmaa, mutta tässä esitetyllä kannalla ovat ainakin ratkaisut OO 1917 II 585, KKO 1925 II 410 ja 1950 II 285; vastakkaisella kannalla taas tunnutaan olleen ratkaisuihin OO p. 21. 12. 1897 JFT. b. 1898 56/XII ja KKO 1923 II 69, joissa syyte petoksesta on hylätty kun syytetyn ei näytetty antaneen valheellisia tietoja »vastoin parempaa tietoaan». — Saksan oikeuden osalta ovat tässä puoletun käsityksen omaksuneet mm. *Allfeld* s. 477, *Hegler* s. 431, *Kohlrausch—Lange* s. 587, *Maurach* s. 254 ja *Schönke—Schröder* s. 1106; Sveitsin oikeuden osalta taas esim. *German* s. 131 ja *Haft* s. 272.

nimittäin dolus eventualiksen katsotaan olevan olemassa silloinkin, kun henkilö suhtautuu seurauksen syntymisen mahdollisuuteen vain välinpitämättömästi, ei voida tulla muuhun tulokseen kuin että esittämänsä asianlaidan todenperäisyyteen uskovakin henkilö on toiminut tahallisesti, mikäli hän on ottanut mahdollisena huomioon sen, että asianlaista ei kenties olekaan totuudenmukainen ja että toinen saattaa sen johdosta erehtyä, kunhan hän vain on suhtautunut tähän mahdollisuuteen välinpitämättömästi.

C. Hyötymistahallisuus

Petossäännöksen ensimmäisen momentin mukaan tekijän on toimitettava «hankkiakseen itselleen tai toiselle laitonta aineellista etua». Käytetty verbinmuoto (samoin kuin ruotsinkielen sanonta «i afsigt att») tuntuisi viittaavan joko siihen, että sillä on haluttu ilmaista erityisen voimakasta tahallisuuden astetta tai että kysymyksessä olisi kokonaan syyksiluettavuuskysymyksestä erillään oleva subjektiivinen oikeudenvastaisuuselementti. Käytetyn sanonnan perusteella ei kuitenkaan voida sanottua johtopäätöstä ilman muuta tehdä. Ensinnäkin on otettava huomioon se edellä jo todettu tosiasia, ettei rikoslaissa ole täysin johdonmukaisesti seurattu tekijän tahdonsuuntauksen voimakkuutta kuvaavien ilmaisujen kielellistä merkitystä. Sitä paitsi ei sanonnan «i afsigt att» kielellisenkään merkityksen ole meillä aina katsottu sulkevan pois tahallisuuden lievimmän asteen mahdollisuutta.¹³ Lisäksi on mahdollista, että sanontaa «hankkiakseen» ei lainkaan ole käytetty tekijän seurauksen syntymiseen kohdistuvan tahdonsuuntauksen voimakkuuden osoittamiseksi, vaan pelkästään sen seikan korostamiseksi, ettei petos toteutuakseen vaadi sitä, että tekijä todella saavuttaisi jotakin hyötyä, vaan että tunnusmerkistö toteutuu jo hyödyn hankkimisen yrityksellä lainkohdassa tarkoitetuin keinoin ja seurauksin.¹⁴

¹³ Näin *Forsman* Särskilda s. 382, jossa hän, vaikkakin hän lausuu d. eventualiksen olevan kyllin (1 mom:ssa) tappion syntymiseen nähden, katsoo, että myös tämä seuraus on «legat i gärningsmannens afsigt». Tämän johdosta ks. jälj. tekstissä olevaa esitystä.

¹⁴ Tällöinkin olisi mahdollista ajatella tahallisuuden lievimmän lajin riittävän vain edellyttäen, että yritys yleensä voidaan katsoa mahdolliseksi myös dolus eventualiksen yhteydessä. Tällä kannalla ovat meillä esim. *Forsman* Allmänna s. 207, *Grottenfelt* Kommentar s. 105, *Honkasalo* II s. 147 s. ja *Salovaara* Yritys s. 214. Toista mieltä on *Serlachius* (ks. I s. 123 s.), joka — lähtien tahallisuuden

Meillä on kuitenkin varsin yksimielisesti katsottu, että erehdyttäjän hyödyn saamiseen kohdistuvan tahdon on oltava voimakkaampaa, kuin mitä on asianlaita tahallisuuden lievimmän asteen yhteydessä; onpa yleensä lausuttu, että tilanteen täytyy olla sellainen, että voidaan sanoa tekijän tarkoituksena olleen hyödyn hankkiminen itselleen tai toiselle.¹⁵ Kannanottoja ei ole yleensä perusteltu muutoin kuin korkeintaan lainkohdan sanamuotoon viittaamalla.

Vaikkakaan käytetty sanonta ei — edellä mainitun epäjohtonmukaisuuden takia — yksin riitä lopullisen vastauksen saamiseen, on kuitenkin selvää, että se on otettava selvittelyn lähtökohdaksi. — Edellä viitattiin siihen, että *Forsman* on katsonut sen kielellisenkin merkityksen niin laajaksi, että se sulkisi sisäänsä myös dolus eventualis-asteisen tahallisuuden. Käsitystä ei kuitenkaan voida pitää oikeana; se perustuneekin *Forsmanin* osalta joko ajatusvirheeseen tai hänen luentojensa kokoonpanijan väärinkäsitykseen.¹⁶ Vaikka nimittäin voitaisiinkin yhtyä siihen, että »afsig» on kielellisesti ymmärrettävissä niin laajasti, että se sisältää myös sellaiset tapahtumat, jotka henkilö on, niitä varsinaisesti tarkoittamatta, ymmärtänyt tavoittelemaansa päämäärään välttämättömästi liittyviksi, ei tämä vielä merkitse sitä, että käsite sisältäisi myös tahallisuuden lievimmän lajin mukaisen tahdonsuuntauksen. Meillä hyväksytyn käsityksen mukaanhan dolus eventualis on kysymyksessä silloin, kun henkilö on mieltänyt seurauksen teostaan mahdolliseksi ja suhtautunut tähän mahdollisuuteen välinpitämättömästi tai hyväksy-

lievimmästä asteesta omaksumastaan käsityksestä — katsoo »yrittää» sanan kielellisen merkityksen tekevän mahdottomaksi dolus eventualiksen ajattelemisen yrityksen yhteydessä. Vallitsevaa käsitystä on pidettävä oikeaan osuneena. Ei ole olemassa mitään järkevää syytä asettaa yritykselle täytettyä tekoa ankarampia subjektiivisia vaatimuksia. Mikään ei myöskään viittaa siihen, että lainsäätäjä olisi halunnut näin menetellä; päinvastoin voidaan todeta, että sekä v:n 1875 että v:n 1884 rikoslainehdotukseen sisältyi yrityksen määritelmä, jossa ei ollut epäroity nimittämästä »yritys» sanalla suhtautumista, joka liittyi tahallisuuteen sen koko laajuudessa. Sitä paitsi on meillä huomautettu, ettei »yritys» sanan kielellinenkään merkitys sulje pois dolus eventualiksen mahdollisuutta, ks. *Honkasalo* mt. s. 147 s. ja *Salovaara* mt. s. 213 s.

¹⁵ Näin esim. *Alanen* Lainkäyttö s. 195, *Anttila* Väillinen tekeminen s. 79, *Estlander* s. 184 ss., *Honkasalo* Erinäiset s. 68, E I s. 185 ja II s. 93, *Salovaara* Yritys s. 81 ja *Serlachius* II s. 261; tällä kannalla täytynee katsoa *Forsmanin*kin olevan, joskaan hänen esityksensä ei tällä kohdin ole täysin selvä, ks. *Särskilda* s. 382 ja 391. Ks. myös OO p. 17. 3. 1898 JFT. b. 1899 37/III, jossa syyte petoksesta hylättiin, koskei ollut selvitetty, että syytetty olisi saattanut toiselle tappiota »i afsigt att bereda» itselleen laitonta etua.

¹⁶ Vrt *Allmänna* s. 182 s.

västi.¹⁷ Jos henkilö todella vain mahdollisena mieltää jonkin seurauksen syntymisen ja suhtautuu tähän mahdollisuuteen vain välinpitämättömän hyväksyvästi, ei hänen mitenkään (kielellisesti) voida sanoa tehneen tekoaan, josta tämä seuraus sitten aiheutuu, «i afsigt att» saada aikaan tämä seuraus.¹⁸

Se edellä esitetty ajatus, että sanontaa «hankkiakseen» olisi käytetty vain osoittamaan petosrikoksen täyttymisajankohtaa, ei — vaikkakin siitä seuraa, että rikos ei täytyäkseen vaadi hyödyn saavuttamista — tunnu todennäköiseltä eikä sille ole saatavissa tukea myöskään RL:n valmistelutöistä. Ajatus olisi sitä paitsi ollut paremmin ilmaistavissa lausumalla esim. «Joka hankkii... tai sitä yrittää ja siten...». Mitään muutakaan riittävää perustetta¹⁹ sille, että sanontaa olisi käytetty sen kielellistä sisältöä laajemmassa merkityksessä, ei ole löydettävissä.

Riittäisikö sitten, että tekijä hyödyn saavuttamiseen nimenomaan pyrkimättä on mieltänyt hyödyn saamisen välttämättömänä liittyvän hänen tavoittelemaansa päämäärään, toteuttamaan sen, mitä petokselta RL 36: 1:n mukaan on puheena olevassa suhteessa vaadittava? Jos kysymystä tarkasteltaisiin puhtaasti syyksiluettavuutta koskevana ongelmana, olisi vaikea löytää perustetta kieltävälle vastaukselle.²⁰ Nähdäkseni kysymys ei kuitenkaan ole pelkästään siitä, onko ja minkäasteisena jokin seuraus luettava tekijän syyksi tahallisenä. — Hyötymistarkoitus on petoksessa ymmärrettävä samalla tavalla kuin esim. vahingoittamistarkoitus 21 luvun 7 §:n 2 mom:ssa tai varastamisen aikomus 28 luvun 3 §:ssä. Kysymyksessä on, kuten *Mezger* Saksan oikeuden osalta lausuu, «ein subjektives Unrechtselement; also... ein ins Subjektive verflüchtigtes Tatbestandsmerkmal».²¹ Tämä ei kuitenkaan merkitse suinkaan sitä, että hyötymisen tulisi olla tekijän motiivina (aineellista

¹⁷ Ks. ed. s. 234 ja esim. *Anttila* Välillinen tekeminen s. 44, *Ellilä* s. 70, *Forsman* Allmänna s. 190 ja 200 s., *Honkasalo* II s. 86, *Salmiala* RL 20: 71:n tulkintaa s. 243, *Salovaara* Yritys s. 213 ja *Tulenheimo* Skuldomdömet s. 28.

¹⁸ Sanan «afsigt» kielellisen merkityksen suhteen ks. myös *Estlander* s. 185 ja *Strahl* s. 146.

¹⁹ Ks. kuitenkin jälj. s. 245 s.

²⁰ Näin Saksan oikeuden osalta *Olshausen* s. 1099 sekä OLG Braunschweig p. 30. 11. 1956 NJW-57 s. 600 s. ja BGH p. 23. 2. 1961 NJW-61 s. 1172 s.

²¹ BT s. 184. Ks. myös *Merkel* Abhandlungen s. 118 («Bestandtheil des Delikts»; «Element der Verbrecherischen Verletzung»), *Kronacher* s. 24 ja *Nagler* s. 442. — Subjekttiivisen oikeudenvastaisuusaineuksen käsitteestä ja merkityksestä ks. *Salovaara* Yritys s. 70 ss. *Salovaara* toteaa petoksen osalta, että «se tosiasia, että varallisuusvahingon aiheuttaminen tapahtuu varallisuusedun saamiseksi, antaa oikeushyvän loukkaukselle petoksessa olennaisen värinsä» (mt. s. 81). — Ks. myös *Anttila*

etua voidaan toki hankkia esim. vain naapureiden kateelliseksi tekemiseksi) tai lopullinen päämäärä; riittää, että se on se välitön tarkoitus, jonka vuoksi hän ryhtyy toista erehdyttämään ja täten aiheuttaa tälle (tai jollekulle muulle) tappion.²² Koska erehdyttäjän on edellä esitetyn mukaisesti tavoiteltava etua välittömästi erehdyttämisestä johtuneen disponoinnin tuloksena, ei tekijän motiiveilla ja lopullisella päämäärällä ole muutoinkaan välitöntä merkitystä sen kysymyksen arvostelemiselle, onko tekijä todella toiminut »hankkiakseen» itselleen etua tarkasteltavana olevan lainkohdan tarkoittamassa mielessä (kuten jäljempänä olevasta selviää, eivät tekijän erehdyttämisen välittömän tuloksen ulkopuolelle menevät suunnitelmat ja tarkoitukset kuitenkaan ole kaikissa tapauksissa tyystin vailla merkitystä). Edellä asetettu vaatimus tavoitellun edun ja aiheutuneen tappion välisestä yhteydestä ts. rajoittaa sanonnan »hankkiakseen» sisältämän tarkoituksen vain erehdyttämisen välittömään tulokseen. Niinpä esim. liikemies, joka erehdyttää kilpailijansa tekemään suuren ja erittäin epäedullisen liiketoimen saattaakseen tämän perikatoon ja päästäkseen vapaaksi kilpailusta, on epäilemättä toiminut hyötyä tavoitellakseen, mutta silti hän ei ole syyllistynyt RL 36: 1:n mukaiseen petokseen; se hyöty, jota hän toiminnallaan tavoitteli, ei koi-du hänelle välittömästi kilpailijan tekemästä liiketoimesta.²³

Se, että todetaan välttämättömäksi, että tekijä pyrkii saamaan itselleen tai toiselle laitonta hyötyä erehdyttämällä, että erehdyttämis-toiminnan tarkoituksena on oltava juuri tämän päämäärän saavuttami-

Väillinen tekeminen s. 79 s. ja *Damm* s. 853 s. ja 858 sekä *Torp* s. 69 s., joka katsoo, että »Berigelsehensigt» on muuta ja enemmän kuin vain hyötymiseen kohdistuva tahallisuus.

²² *Welzel* lausuu (*Vorteilsabsicht* s. 21): »Absicht ist nicht identisch mit »Triebfeder» (»Beweggrund» oder »Motiv»), die das Handlungsentschluss hervorgerufen und bestimmt hat», »Die Absicht als Teil des Tatentschlusses ist allein der Zweck, den der Täter mit der Tatbestandshandlung zu erreichen strebt» (ks. myös *Schadensbegriff* s. 653). Ks. myös *OLG Hamm* p. 25. 11. 1960 *NJW*-61 s. 96, jonka mukaan edun saamisen on oltava »als nächstes und unmittelbares Ziel für die Willensbildung des Täters Massgebend». Ks. myös *Frank I* s. 177 (»Absicht» tarkoittaa sitä, »dass sich der Täter durch die Vorstellung eines gewissen Erfolgs zu der Handlung hat bestimmen lassen») sekä *Allfeld* s. 547 (»Beweggrund»), *Kohlrausch—Lange* s. 587 (»Triebfeder»), *Dalcke—Fuhrmann—Schäfer* s. 325 (»Absicht bedeutet hier den bestimmenden, wenn auch nicht den letzten Beweggrund des Handels») sekä *Nagler* s. 442 (»Sie/die Absicht/ist als Erstreben des rechts-widrigen Vermögensvorteils ganz aus den subjektivem heraus zu bestimmen»); ks. myös *Kronacher* s. 30 ja *Thyrén* Utkast s. 142.

²³ Ks. myös *Ekeberg*, *Systematik* s. 91 alav. 1 ja *Strahl* s. 146; ks. myös ed. tekstissä esitettyjä esimerkkejä.

nen ja vieläpä välittömästi erehdyttämisen seurauksena, ei vielä riitä selvittämään ongelmaa pohjiaan myöten. — Useimmissa tapauksissa on tilanne luonnollisesti se, että tekijä pyrkii tulokseen, joka merkitsee hänelle tai toiselle laitonta aineellista etua juuri sen vuoksi, että sillä on tämä merkitys. Voidaan kuitenkin kysyä, onko tämä välttämätöntä. Voisiko tarkasteltavana oleva tunnusmerkki olla täytetty jo sillä, että tekijän tavoittelema tulos voidaan objektiivisesti arvostellen katsoa aineelliseksi eduksi hänelle, vaikkei hän olisikaan pyrkinyt tulokseen sen taloudellisen merkityksen vuoksi? Ja toisaalta: riittääkö, että tekijä vain luulee tavoittelemansa tuloksen olevan aineellinen etu, vaikkei se sitä objektiivisesti arvostellen olekaan, ja tämän luulonsa takia haluaa tuloksen saavuttaa? Kummassakaan tapauksessa ei ole ainakaan mitään kielellistä estettä sille, että sanottaisiin tekijän toimineen «hankkiakseen» itselleen hyötyä.

Mitä ensiksi tulee jälkimmäiseen kysymykseen, on siihen vastattava myöntävästi. Kuten edellä todettiin, sisältää sanonta «hankkiakseen» petoksessa subjektiivisen oikeudenvastaisuuselementin,²⁴ eikä kysymyksessä näin ollen ole pelkästään syyksiluettavuuteen liittyvä ongelma siitä, miten tekijän tahdon olisi suuntauduttava johonkin seuraukseen. Suhtautumisen tekee oikeudenvastaiseksi juuri se, että henkilö laittoman aineellisen edun hankkimiseksi erehdyttää toisen ja aiheuttaa tälle (tai kolmannelle) tällä tavalla tappiota. Ja tällöin ei saata olla merkitystä sen paremmin sillä, oliko mahdotonta, että hän voisi po. edun saada, kuin silläkään, oliko sillä tuloksella, johon hän pyrki, tosiasiallisesti lainkaan taloudellista merkitystä hänelle. — Nyt voitaisiin ajatella, ettei edellä oleva saattaisi olla oikein sen vuoksi, ettei henkilöä, joka «hankkiakseen itselleen tai toiselle laitonta aineellista etua» erehdyttää toisen ja aiheuttaa täten tappiota, voida tuomita petoksesta, ellei se etu, jota hän tavoitteli todella — tekijän luuloista riippumatta — ollutkaan laitton. Epäily on kuitenkin aiheeton. Edun laittomuus on kokonaan eri tasolla oleva kysymys kuin tekijän tarkoitus hyötyä. Edun laittomuutta on arvosteltava puhtaasti tekijän tavoitteleman hyödyn eräänä oikeudellisenä ominaisuutena.²⁵ Tekijän pyrkimyksen ei tarvitse suinkaan koh-

²⁴ Vrt. *Binding* s. 364 ja *Hegler* s. 434 alav. 4.

²⁵ Vrt. *Welzel* s. 275, joka katsoo, ettei oikeudenvastaisuus ole mikään tavoiteltuun etuun liittyvä ominaisuus, vaan että »die Missbilligung des Vermögensvorteils ergibt sich vielmehr aus der Art seiner Erlangung»; ks. myös *Schadensbegriff* s. 653. Näin myös *Bockelmann* *Unvollkommene Verbindlichkeiten* s. 382. — Tämä ei voi ainakaan sellaisenaan olla oikein, sillä silloinhan olisi koko tunnusmerkin

distua nimenomaan siihen, että etu, jota hän tavoittelee, olisi laiton; laittomuus on vain eräs niistä edellytyksistä, joiden ollessa olemassa edun tavoittelu toista erehdyttämällä ja tappiota aiheuttaen on RL 36:1¹:ssä julistettu oikeudenvastaiseksi. Edun laittomuuteen nähden riittää, että tekijä on pitänyt sitä ainakin mahdollisena, mutta suhtautunut välinpitämättömästi tähän mahdollisuuteen (d. eventualis).²⁶ Mikäli etu ei vastoin tekijän luuloa olekaan laiton, ei kysymyksessä ole lainkaan rikos: ²⁷ eräs objektiivinen oikeudenvastaisuuselementti puuttuu. — Kun on kysymys tapauksesta, jossa se tulos, johon tekijä etua saadakseen pyrki, ei objektiivisesti arvostellen olekaan mikään aineellinen etu, ei arvostelua luonnollisestikaan voida kohdistaa siihen, merkitsikö tekijän tavoittelema tulos laitonta etua (tuloshan ei tosiasiassa merkinnyt mitään etua). Sen sijaan on tarkasteltava, oliko laitonta se etu, jota tekijä kuvitteli hänen välittömästi erehdyttämällä saavuttamansa tuloksen merkitsevän. Ajatellaan esim. tapausta, jossa A:lla on hallussaan arvokkaan keksinnön kahdessa osassa olevat piirustukset. Yhdessä nämä edustavat A:lle taloudellista arvoa, erillään ne ovat arvottomat. B, joka on tietoinen vain toisen osan olemassaolosta ja luulee, että jo sen omistaminen merkitsee huomattavaa taloudellista etua, erehdyttää A:n luovuttamaan tämän itselleen. A:lle tapaus epäilemättä merkitsee tappiota, mutta se tulos, johon B erehdyttämällä välittömästi pyrki (tiedossaan olevan piirustuksen osan saaminen), ei toteutuneenakaan merkitse hänelle taloudellista etua. Kuitenkin on hänet epäilemättä tuomittava petoksesta ja vieläpä 1 momentin nojalla: hän on hankkiakseen itselleen laitonta aineellista etua (se taloudellinen etu, jota B kuvitteli erehdyttämällä tavoittelemansa tuloksen merkitsevän, oli laitonta, ja B:llä oli tähän laittomuuteen nähden tahallisuuden edellyttämä tietoisuus) erehdyttänyt A:n ja siten aiheuttanut hänelle tappion.

Mitä sitten tulee kysymykseen, olisiko pidettävä riittävänä jo sitä, että tekijän tavoittelema tulos objektiivisesti arvostellen merkitsee hänelle etua, vaikkei hän olisi tulosta sen taloudellisen merkityksen vuoksi

mainitseminen ollut täysin tarpeetonta. Paikkaansa ei pidä myöskään se väite, ettei »oikeudenmukaisen» edun erehdyttämällä koskaan voitaisi aiheuttaa toiselle petoksen edellyttämää vahinkoa; ks. *Thyrén* Utkast s. 143. Ks. myös esim. *Daude* s. 294, *Maurach* s. 254 s. ja *Schönke—Schröder* (10. Auflage) s. 1033 s.

²⁶ Näin StrGB 263 §:n osalta esim. *Dalcke—Fuhrmann—Schäfer* s. 325, *Frank* II s. 139, *Hegler* s. 434, v. *Hippel* s. 259, *Kohlrausch—Lange* s. 587, *Maurach* s. 254, *Mezger* BT s. 186, *Nagler* s. 443 ja *Schönke—Schröder* s. 1108; vrt. *Olshausen* s. 1099.

²⁷ Ks. esim. v. *Hippel* s. 259 alav. 3.

tavoitellutkaan, on ensinnäkin huomattava, ettei tässä ole kysymys sellaisesta edellä käsitellystä tilanteesta, jossa tekijä vain tajuaa taloudellisen edun saamisen välttämättömästi liittyvän päämääränsä saavuttamiseen. Nyt on tarkasteltavana tapaus, jossa se tulos, jota tekijä nimenomaisesti erehdyttämällä tavoitteli, merkitsee hänelle objektiivisesti arvosteltuna taloudellista etua, ilman että tekijä kuitenkaan olisi tavoitellut tulosta sen tämän merkityksen vuoksi. Voidaan ajatella useita esimerkkejä: taiteenystävä erehdyttää itselleen arvokkaan taulun, mutta ei sen taloudellisen merkityksen vuoksi, vaan sen edustamien taidearvojen takia; henkilö «peijaa» itselleen suvulleen kauan kuuluneen, mutta siten sen käsistä joutuneen arvokkaan korun, mutta puhtaasti sen edustaman tunnearvon takia; joku hankkii itselleen toiselle kuuluvan kultaisen kunniamerkin voidakseen sillä rehennellä jne. Samaan kategoriaan — joskin tapausten välillä on vivahde-ero — kuuluu myös tapaus, jossa henkilö tosin tavoittelee tulosta juuri sen taloudellisen merkityksen vuoksi, mutta ei sen takia, että hän itse siitä hyötyisi, vaan sen vuoksi, että hän voisi auttaa sillä köyhiä.²⁸ Samaa on sanottava tapauksesta, jossa A erehdyttää B:n antamaan itselleen jonkin myyntiarvoa omaavan esineen vain voidakseen sen seuraavana päivänä hävittää.

Esitettyyn kysymykseen on vastattava kieltävästi. Tunnusmerkistön mukaiseksi ei suhtautumista tee se, että tekijä pyrkii määrättyyn tulokseen, joka sattuu olemaan sellainen, että se objektiivisesti arvosteltuna merkitsee hänelle taloudellista etua, vaan se, että tekijä pyrkii saavuttamaan erehdyttämällä taloudellisen edun. Kuten useaan otteeseen on huomautettu, on kysymyksessä subjektiivinen oikeudenvastaisuusaines, siinä on aineellisen edun saamistarkoitus korotettu oikeudenvastaisuuden ainesosaksi; tarkoituksena ei suinkaan ole ollut leimata suhtautumista oikeudenvastaiseksi vain ja jo sen seurauksen laadun perusteella. Ei ole mielekästä ajatella, että säännöksessä olisi tahdottu sanoa: «Jos joku jossakin tarkoituksessa, edellyttäen, että tämä tarkoitus toteutettuna samalla merkitsisi laitonta aineellista etua hänelle tai toiselle, saattaa jollekulle jne.» Näin ollen katson, että petosrikoksen

²⁸ Nyt voitaneen kenties sanoa, että kysymyksessä oleva henkilö on joka tapauksessa syylistynyt 1 mom:n mukaiseen petokseen, koska lainkohdassa sanotaan «itselleen tai toiselle». Huomautus on kuitenkin aiheeton, sillä on huomattava, että edellä esitetty edun saamisen ja erehdyttämisen (disponoinnin) välittömyyttä koskeva vaatimus ulottuu myöskin toiselle tavoiteltuihin etuihin. Jotta siis voitaisiin katsoa, että henkilö lainkohdan mukaan toimii «hankkiakseen toiselle» etua, on vaadittava, että hän pyrkii saamaan po. edun toiselle välittömästi erehdyttämisestä johtuneella disponoinnilla.

laittoman aineellisen edun tavoittelemisvaatimus ei ole vielä tullut toteutetuksi sillä, että todetaan sen tuloksen, johon tekijä on tähdännyt, objektiivisesti arvostellen merkitsevän hänelle aineellista etua; vaatimus merkitsee sitä, että hänen on tavoiteltava tuota tulosta ainakin osaksi juuri sen hänelle (tai jollekulle muulle) merkitsemän taloudellisen edun vuoksi.²⁹ Kannanottoa voidaan kenties pitää kriminaalipoliittiselta ja käytännön kannalta petosrikoksen soveltuvuusaluetta liaksi rajoittavana.³⁰ On kuitenkin helposti löydettävissä esimerkkejä, jotka osoittavat sen periaatteellisen oikeutuksen. Jo edellä mainituissa esimerkissä, jossa henkilö erehdyttää toisen luovuttamaan itselleen arvokkaan esineen vain voidakseen sen hävittää, olisi vaikea ymmärtää, miten olisi ajateltavissa, että henkilön katsottaisiin toimineen «hankkiakseen» itselleen aineellista etua.³¹ Itse asiassahan tapaus ei juuri eroa siitä, että erehdyttäjä olisi peijannut toisen itse po. esineen hävittämään. Myöskään ei voitane väittää, että kuuluisien henkilöiden nimikirjoituksia keräävä henkilö, joka erehdyttää toisen luovuttamaan itselleen jonkun suurmiehen asettaman shekin vain tarkoituksessa kartuttaa kokoelmiaan, olisi toiminut aineellisen edun tavoittelemiseksi.³² Mitä sitten tulee tapauksiin, joissa kannanotto tuntuu johtavan epätydyttäviin tuloksiin (kuten kenties on asianlaita edellä mainituissa taide-, koru- ja hyväntekeväisyysesimerkeissä), niin lienee asianlaita se, että henkilön voidaan tällaisissa tapauksissa useimmiten katsoa tavoitelleen myös erehdyttämällä saavuttamansa tuloksen hänelle merkitsemää taloudellista etua (on huomattava, ettei edun tavoittelun luonnollisestikaan tarvitse

²⁹ Ks. myös *Welzel Vorteilsabsicht* s. 21 s. ja *Frank II* s. 139. Norjan osalta ks. *Øvergaard* s. 119 s. Vrt. Tanskan oikeuden osalta *Hurwitz*, joka katsoo (s. 367) lain vaatimuksen »for... at skaffe sig eller andre» olevan täytetty sellaisissakin tapauksissa, joissa taloudellinen etu on hankittu »uden økonomisk øjemed». — Ruotsin oikeuden osalta, jossa toisen hyödyttämisen on tapahduttava »avsiktligen» (SL 3: 7; BB 23: 7), on sanotun vaatimuksen osalta päädytty tässä omaksutun kaltaiseen tulokseen, ks. *Ekeberg—Strahl—Beckman* s. 50 ja *Strahl* s. 146 s.

³⁰ Ks. tämän johdosta *Welzel* mk. s. 21 s.

³¹ Varkauden osalta onkin katsottu, ettei esineen ottaminen toiselta vain sen hävittämisen tarkoituksessa toteuta rikoksen tunnusmerkistöä, ks. esim. *Honkasalo* Erinäiset s. 36 s. sekä *Andenaes Formuesforbrytelse* s. 16 ja *Ekeberg—Strahl—Beckman* s. 126.

³² Kumpaisessakin tapauksessa täytynee erehdyttäjän saavuttaman tuloksen (esineen tai shekin itselleen saaminen) katsoa merkinneen hänelle aineellista etua. Jonkun etuuden taloudellinen merkitys haltijalleen ei nimittäin ole riippuvaista siitä, haluaako hän sitä käyttää hyödykseen, vaan siitä, onko hänellä — siinä asemassa, jossa hän on suunnitelmansa mukaisesti etuuteen — mahdollisuuksia tähän.

olla ainoa syy, jonka takia erehdyttäjä pyrkii tulokseen), tai että, milloin tarkoituksena on antaa erehdyttämällä saatu etuus toiselle, jo se, että erehdyttäjä sen tällaisin aikomuksin saa haltuunsa, merkitsee tuolle toiselle etua (näin esim. silloin kun A B:n pyynnöstä ja toimeksiannosta erehdyttää C:n antamaan esineen itselleen, A:n tarkoituksen ollessa luovuttaa esine tehdyn välipuheen mukaisesti välittömästi B:lle).

D. Vahingoittamistahallisuus

1. Lainkohdan 1 momentti

Rikoslain 36 luvun 1 §:n 1 mom. ei sanamuotonsa mukaan aseta tappioseurauksen osalta mitään erityisiä vaatimuksia subjektiivisessa suhteessa. Niinpä meillä on jokseenkin yksimielisesti katsottu tahallisuuden lievimmän lajin riittävän, ts. ei vaadita muuta kuin, että tekijä on mieltänyt tappion syntymisen voivan olla seurauksena erehdyttämisestä ja suhtautunut tähän mahdollisuuteen hyväksyvästi tai välinpitämättömästi.³³ Toista mieltä on kuitenkin *Estlander*, joka katsoo 1 mom:n edellyttävän sitä, että tekijä on suhtautunut »i afsigt att tillskynda annan förlust», sanan »afsig» merkitessä »viljans riktning på att nå visst mål» (s. 185 s.). Tähän tulokseen hän päätyy 2 mom:ssa käytetyn sanonnan perusteella. Kun siinä nimittäin sanotaan: »Begicks handlingen i afsigt endast att tillskynda annan förlust», merkitsee tämä *Estlanderin* mielestä välttämättömästi sitä, että myös 1 mom:ssa edellytetään samanlaista »afsig»-tahdonsuuntausta tappion syntymiseen nähden ja että 2 mom:ssa on vain poistettu eräs 1 mom:n tunnusmerkeistä (hyötymistarkoitus), ilman, että momentit muussa suhteessa eroaisivat toisistaan (s. 194). Tulkinta ei kuitenkaan tunnu uskottavalta. Toisessa momentissa käytetty sanonta tosin kieltämättä saattaa antaa aiheen olettamukselle, että molempien momenttien edellyttämä vahingoittamistahallisuus olisi samanasteista. Tällöinkin se saattaisi

³³ Näin esim. *Forsman Särskilda* s. 382 ja s. 392, *Honkasalo* Erinäiset s. 68 ja E I s. 186 ja *Serlachius* II s. 261. D. eventualiksen katsovat tässä suhteessa riittäväksi myös Saksan oikeuden osalta esim. *Allfeld* s. 547, *Daude* s. 298, *Frank* II s. 138, *Hegler* s. 431, *Kohlrausch—Lange* s. 587, *Nagler* s. 442, *Olshausen* s. 1099 ja *Schönke—Schröder* s. 1106. — Ks. myös KKO 1925 II 410, jossa A ja B, jotka olivat myyneet katteettomia shekkejä, tuomittiin petoksesta, koska heidän »oli täytynyt käsittää, että... shekit voivat jäädä... lunastamatta».

kuitenkin nähdäkseni olla osoituksena vain siitä, että 2 mom. ei edellytä 1 mom:n vaatimaa tahallisuusastetta törkeämpää syyksiluettavuuden lajia.³⁴

Kuten edellä todettiin, rajoittuu se epätarkkuus, joka tekijän tahdon-suuntausta osoittavia sanontoja rikoslaissa rasittaa, vain subjektiivista puolta rajoittaviin sanontoihin, pääsäännön ollessa, että ellei tällaista (kielellistä) rajoitusta ole, säännös on sovellettavissa tahallisiin tekoihin käsitteen koko laajuudessa. Päinvastaisen tulkinnan tueksi pitäisi ainakin voida esittää erittäin painavia perusteita, eikä voida pitää uskottavana, että mikäli 1 mom:nkin soveltaminen olisi haluttu rajoittaa vain sellaisiin tilanteisiin, joissa tekijällä on ollut tappion syntymiseen nähden dolus eventualista voimakkaampi tahallisuus, tämä olisi ilmaistu vain epämääräisesti 2 mom:n välityksellä. Näin ollen onkin yhdyttävä siihen käsitykseen, joka katsoo dolus eventualiksen riittävän nyt puheena olevassa suhteessa.³⁵

2. Lainkohdan 2 momentti

Edellisessä käsiteltiin jo ohimennen sitä tappion syntymiseen kohdistuvaa tahdon-suuntausta, jota lainkohdan 2 mom:ssa edellytetään. Tällöin todettiin, että mom:ssa käytetty sanonta saattaisi antaa aiheen olettamukselle, että siinä olisi tarkoitettu 1 mom:ssa vastaavalta osalta vaaditun tahallisuuden kaltaista tahtomista. Kuten sanottu, *Forsman* on päätenyt tähän lopputulokseen (ks. alav. 34). Vastakkaista näkemystä edustavat *Alanen* (Lainkäyttö s. 195), *Honkasalo* (Erinäiset s. 69 ja II s. 93) ja *Serlachius* (II s. 216), joiden mukaan 2 mom. edellyttää nimenomaista vahingoittamistarkoitusta. Samaan lopputulokseen on tullut myös *Est-*

³⁴ Tähän lopputulokseen onkin *Forsman* päätenyt, ks. *Särskilda* s. 392 s.

³⁵ Mainittakoon muuten, että mikäli petoksessa todella vaadittaisiin varsinaista »ainesyhteyttä» tavoitellun edun ja aiheutetun tappion välillä, ja edellytettäisiin siis, että sen hyödyn, jota erehdyttäjä tavoittelee, olisi »synnyttävä» toiselle aiheutuvasta vahingosta niin, että kysymyksessä olisi vain sama asia eri puolilta tarkasteltuna, niin olisi d. eventualis tappion syntymiseen nähden vain vaivoin ajateltavissa. Jos nimittäin tekijän tulee pyrkiä saamaan etua juuri toisen vahingosta, täytyy hänen myös yleensä ymmärtää toisen vahingon olevan hänen tavoittelemansa päämäärän saavuttamisen välttämätön edellytys tai seuraus. — Mikäli sen sijaan vaaditaan ainoastaan, että hyödyn ja tappion on »kummuttava» samasta erehdyksestä johtuneesta disponoinnista, saattaa d. eventualis useinkin tulla kysymykseen.

lander (s. 185 ss.). Jälkimmäisen katsantokannan oikeutta ei liene syytä epäillä. Olisi nimittäin tuskin oletettavissa, että sanontaa »i afsigt att« olisi näissä momenteissa käytetty eri merkityksissä.³⁶ Näin ollen katsonkin, että 2 mom:n soveltaminen edellyttää sen toteamista, että tekijä on pyrkinyt erehdyttämällä aikaansaamaan tuloksen, joka merkitsee taloudellista tappiota toiselle ja että hän on toiminut (ainakin osaksi) juuri tuloksen tämän merkityksen takia. Ei ts. voida pitää riittävänä, että erehdyttämällä tavoiteltu tulos vain tosiasiallisesti merkitsee tappiota, ei edes silloin, kun tekijällä on ollut tarkoituksenaan toisen vahingoittaminen muulla tavalla kuin taloudellisesti. Niinpä ei olisi kysymyksessä 2 mom:n mukainen petos, mikäli henkilö erehdyttäisi toisen tuhoamaan arvokkaan postimerkkikokoelmansa, ellei voitaisi todeta, että hän on tehnyt tämän juuri kokoelman tuhoutumisen taloudellisen merkityksen vuoksi. Tälle tulkinnalle, joka kieltämättä tuntuu suppealta, on edellä esitetyn lisäksi saatavissa voimakasta tukea lainkohdan valmistelutöistä. V:n 1885 valtiopäiville annetussa esityksessä kuului 2 mom.: »Föröfvas bedrägeri i afsigt endast att skada annan, vare lag samma«. Tässäkin muodossaan säännös selvästi edellytti taloudellisen tappion syntymistä, mutta sanamuodon mukaan olisi subjektiivisessa suhteessa riittänyt minäkälaisen vahingon tahansa aiheuttamistarkoitus; tekijän ei olisi tarvinnut toimia aiheuttaakseen toiselle taloudellista tappiota. Säännöksen osalta lausui rikoslakivaliokunta (jonka mietintöön Säädtyt tässäkin kohdassa yhtyivät): »Enligt 2 mom. skulle bedrägeri vara för handen om ock

³⁶ Rikoslakivaliokunta — jota Säädtyt vastauksessaan tässäkin kohdassa ovat siteeranneet — toteaa mietinnössään nimen omaan, että 2 mom:ssa on kysymys tappiosta, joka on paitsi »förorsakad» myös »åsyftad»; ks. *Strafflagsutskottets betänkande* s. 86 ja *Handlingarna. Ständernas svar* s. 62. — Voidaan myös sanoa, että tuntuisi oudolta, että tappion aiheuttaminen erehdyttämällä olisi asetettu saman rangaistusuhan alaiseksi riippumatta siitä, onko se tehty hyötymis- (tai vahingoittamis-) tarkoituksessa vai ilman tällaista tarkoitusta; vrt. esim. RL 36:3, 7 ja 9 sekä 40:6, 8, 9 ja 20; ks. myös *Nousiainen* s. 269 s. Mielenkiintoista on todeta, että jo *Nehrman* petosta käsitellessään katsoi, ettei se seikka, että »endast andras skada är hans syftemål» saata »ändra brottet eller thess wälförtjänta straff», mutta että »har han ej haft ett så argt uppsåt... warder han stundom med lindrigare straff ansedt», ks. s. 361.

Ks. myös OO 1917 II 377, jossa syyte petoksesta hylättiin, koskei ollut näytetty, että syytetty »olisi tehnyt tuon ilmoituksen hankkiakseen itselleen tai toiselle laitonta aineellista etua tai saattaakseen (asianomistajalle) rahan tai tavarahan tappion»; vrt. kuit. KKO p. 11. 10. 1961 no. 3141, jossa henkilö näyttää tulleen tuomituksi petoksesta mm. sen vuoksi, että hänen erehdyttämssuhtautumisensa oli aiheuttanut toiselle turhia matkakuluja, ilman että erehdyttäjällä olisi ollut vahingoittamistarkoitusta.

förbrytarens afsigt endast var att skada annan. Denna bestämning anser Utskottet böra förtydligas derhän, att den åsyftade och förorsakade skadan bör innebära förmögenhets förlust, ty annars erhöles bedrägeribrottet . . . alltför stor utsträckning».³⁷

V. NÄKÖKOHTIA DE LEGE FERENDA

A. Yleistä

Edellä on jo muutamissa yhteyksissä ohimennen kiinnitetty huomiota eräisiin petoksen tunnusmerkkeihin de lege ferenda. — Kun on kysymys vain yhdestä rikoslain erinäisen osan tunnusmerkistöstä, saattaa tuntua siltä, kuin sen erillinen tarkastelu laadittavan lain kannalta — ottamatta selvittelyn kohteeksi myös muita, siihen läheisesti liittyviä kriminalisointeja — ei voisi olla tarkoituksenmukaista eikä johtaa positiivisiin tuloksiin.

Huolimatta tällaisen epäilyksen kiistattomasta aiheellisuudesta katsotaan edellä olevan tutkimuksen antaneen riittävän pohjan eräitten nimenomaan petosrikokseen liittyvien näkökohtien tarkastelulle myös de lege ferenda. Juuri mainitusta syystä ei valmiiden tunnusmerkistöehdotusten tekeminen kuitenkaan tule kysymykseen, vaan esitys käsittää eräiden sellaisten seikkojen osoittamisen, joihin petosrikoksen kannalta olisi syytä kiinnittää huomiota esim. ns. varallisuusrikosten kokonaisuudistuksen yhteydessä.

B. Rikoslain 36 luvun 1 §

1. Lainkohdan 1 momentti

a. Erehdyttäminen

Kuten aikaisemmassa yhteydessä esitetystä käy ilmi, edellyttää RL 36:1 nykyisessä muodossaan sitä, että tekijä todella saa aikaan tai pitää vireillä erehdyksen toisessa, niin ettei pelkkä toisen erehdyksen hyväksikäyttäminen riitä. Tässä suhteessa ei nähdäk-

³⁷ Strafflagsutskottets betänkande s. 86 ja Handlingarna. Ständernas svar s. 62.

seni ole aiheutta muutoksiin. Toisen erehdyksen hyväksikäyttämisen kriminalisoiminen olosuhteissa, joissa hyväksikäyttäjällä ei ole oikeudellista velvollisuutta virheellisen mielikuvan poistamiseen, ei olisi paikallaan; mikäli taas tällainen velvollisuus on olemassa, soveltuu tapaukseen lainkohta tämänhetkisessä muodossaan.¹ — Edellä todettiin kullakin lainkohdan mainitsemalla erehdyttämiskeinolla olevan itsestä merkitystä toistensa rinnalla, niin että jonkin niistä poistaminen² huonontaisi säännöstä nykyisestäään. Sen sijaan olisi mahdollista jättää ne kaikki pois ja tyytyä pelkästään erehdyksen aikaansaamiseen ja vireilläpitämiseen, kiinnittämättä huomiota siihen tapaan, jolla tämä tapahtuu. Mikäli hyväksytään tässä tutkimuksessa omaksuttu tulkinta, ei erehdyttämiskeinojen poistaminen tunnusmerkistöstä ilmeisestikään aiheuttaisi muutosta lainkohdan soveltamisalaan. Toimenpide vain keventäisi lainkohtaa stilistisesti, minkä lisäksi se kenties vähentäisi tulkintaerimielisyyksien mahdollisuuksia. — Jos taas katsotaan, että nykyiset erehdyttämiskeinot merkitsevät — esim. asianlaita-käsitteen sisällöstä tms. johtuen — jonkinlaista rajoitusta, olisi tilanne luonnollisesti toinen. Mutta vaikka näin olisikin, katsoisin erehdyttämiskeinojen mainitsemisen tarpeettomaksi. Edellä on todettu, ettei laki nykyiselläänkään aseta mitään vaatimuksia harhauttamisen intensiteetin suhteen, niin että jo pelkkä millään tavalla tukemattoman, objektiivisesti arvostellen epätodennäköiseltä tuntuva väitteen esittäminen riittää toteuttamaan RL 36:1:n erehdyttämistunnusmerkin. Ja jos ei kerran sanottuun intensiteettiin kiinnitetä huomiota, ei lainkohdan mainitsemassa tarkoituksessa tapahtuneen tappion aiheuttamisen paheksuttavuus saattane periaatteessa riippua siitä tavasta tai keinosta, jolla toinen erehdytetään.

b. Seuraus

Edellä on pyritty osoittamaan, että RL 36:1:n nykyisinkin käytämän ilmaisun «tavarahan tai rahan tappio» on tulkittava merkitsevän taloudellista menetystä. Tästäkin huolimatta, ja koska de lege ferenda ei ole mitään syytä sen paremmin laajentaa yleistä petostunnusmerkistöä ulottumaan muunkinlaisen vahingon aiheuttamiseen, kuin rajoittaa se vain määrätynlaisten taloudellisten vahinkojen aikaan-

¹ Ks. ed. s. 78 ss.

² Vrt. Sveitsin rl:n 148 art.

saamiseen, saattaisi vastaisten tulkintaerimielisyyksien välttämiseksi olla paikallaan korvata nykyinen petoksen seuraustunnusmerkkiä kuvaava sanonta ilmaisulla «taloudellinen vahinko». — Kuten johdannossa esitetystä vertailevasta katsauksesta käy ilmi, ovat eräitten maitten lainsäätäjät tyytyneet tässä yhteydessä «vahinkoa» merkitsevään sanaan. Tällaista menettelyä pitäisin ainakin meidän oikeutemme kannalta turhana, selvyiden kustannuksella tapahtuvana «säästeliäisyytenä». Nähdäkseni on paikallaan expressis verbis korostaa erehdyttäjän aiheuttaman seurauksen taloudellista luonnetta, ja varata pelkkä «vahinko» niitä tunnusmerkistöjä varten, jotka toteutuvat muunkinlaisen kuin nimenomaan taloudelliselta kannalta vahingollisen seurauksen aiheuttamisella.

c. *Disponointi*

Petoksena ei rangaista tekoa sen perusteella, että sillä saadaan toinen tekemään tai tekemättä jättämään jotakin, vaan sen vuoksi, että toiselle erehdyttämisen välityksellä aiheutetaan tappiota. Mikäli lähdetään siitä, että vahingon aikaansaaminen erehdyttämällä ei lainkaan saata tapahtua ilman jotakin suhtautumista erehdytetyn taholta, eikä tätä tointa haluta laadullisesti rajoittaa, saattaa näyttää tarpeettomalta rasittaa tunnusmerkistöä erehdytetyn suhtautumista koskevalla nimenomaisella maininnalla. Pitäisin kuitenkin asianmukaisena, että tämä välittävä suhtautuminen expressis verbis lausuttaisiin laissa julki. Näin sen vuoksi, että nimenomainen maininta siitä, että tappion on synnyttävä erehdytetyn oman suhtautumisen välityksellä, olisi omiaan korostamaan sitä petosrikokselle ominaisena pitämääni seikkaa, että siinä seuraus saadaan aikaan toisen henkilön väärin orientoituneen tahdon välityksellä. Erehdyttämisellä on merkitystä vain tahdonsuuntauksen kannalta, tällä taas sen kautta, miten se vaikuttaa henkilön suhtautumiseen. — Koska henkilön saaminen tekemään tai tekemättä jättämään jotakin ei — kuten sanottu — ole petoskriminalisoinnin kohteena, ei välittävän suhtautumisen laadulla sinänsä myöskään ole merkitystä. Jotta sanamuoto tulisi riittävän selväksi myös sen vaatimuksen osalta, että nimenomaan erehdytetyn suhtautumisen on merkittävä tappiota (eikä vain esim. tilaisuuden suomista toiselle tehdä vahingon syntymistä merkitsevä toimi), olisi suhtautuminen kuitenkin rajoitettava tekemiseen ja laiminlyöntiin.³

³ Sietämisen osalta ks. ed. s. 96 s.

d. Erehdytetyn ja tappionkärsijän välinen suhde

Kuten aikaisemmassa yhteydessä on todettu, on RL 36:1:ä yleensä tulkittu siten, ettei se edellytä erehdytetyn ja tappionkärsijän ~~id~~identiteettiä. Myöskään de lege ferenda ei ole mitään syytä asettaa tällaista vaatimusta. Toisaalta taas ei tunnu tarpeen vaatimalta loitota petosrikkoksen nykyisestä olemuksesta⁴ niin paljon, ettei kiinnitettäisi mitään huomiota näiden kahden henkilön väliseen suhteeseen.

Vaadittavan suhteen ilmaiseminen laissa tarpeeksi täsmällisessä muodossa lieene kuitenkin varsin vaikeata. — Turhan altaalta tuntuisi esim. vaatimus, että erehdytetyn tulisi jollakin tapaa toimia tappionkärsijän «sijasta» tai «puolesta».⁵ Sanonnan tulisi tosin toisaalta selvästi ilmaista, ettei kuka tahansa kelpaa välimieheksi, mutta toisaalta sen pitäisi jättää lainkäyttäjälle tarpeeksi liikkuma-alaa. Nämä vaatimukset täyttäisi nähdäkseni ilmaisu, jonka ytimenä olisi ajatus, että tappion on aiheuduttava erehdytetylle tai sille, »jolla on tosiasialliseen määräämisvaltaan perustuva mahdollisuus» suhtautua lainkohdan edellyttämällä tavalla.

e. Lainkohdan sisältämä esimerkkiluettelo

Petossäännöksen 1 mom:iin liitetty esimerkkiluettelo,⁶ jonka tehtävänä oli helpottaa siirtymistä vuoden 1734 lain kasuistisista petossäännöksistä abstraktisempaan tunnusmerkistöön, on jo täyttänyt tehtävänsä. Näin ollen se voitaisiin hyvin poistaa säännöksen rakenteen keventämiseksi ja — mahdollisten — vastaisten tulkintaerimielisyyksien välttämiseksi.

Edellä on osoitettu,⁷ ettei nykyinen petossäännös sovellu esimerkkiluettelossa mainittuun tapaukseen, jossa joku on velkojiensa vahingoksi hukannut omaisuuttaan, ellei tähän samalla liity erehdyttämistä. Saattaa olla, että mainitun kaltaisen suhtautumisen kriminalisointi olisi paikallaan. Tunnusmerkistöä ei kuitenkaan tulisi kytkeä yhteen petossäännöksen kanssa; sopivin paikka sille olisi ilmeisesti — nykyisen systematiikan mukaan — rikoslain 38 luku.

⁴ Ks. tämän johdosta ed. s. 107 s.

⁵ Vrt. SL 21:1 ja Norjan SL 270 §.

⁶ Tämän johdosta ks. ed. s. 111 alav. 25.

⁷ Ks. samoin.

2. Lainkohdan 2 momentti

Rikoslainsäätäjät on meillä ilmeisestikin katsonut pako-ikäisen käyttämisen jonkin seurauksen aikaansaamiseksi olevan yleensä paheksuttavampaa kuin vilppiin turvautuminen. Niinpä tavallisen kiristämisen (RL 31: 4¹) varalta normaaliolosuhteitakin silmällä pitäen säädetyn rangaistusasteikon yläraja on neljä vuotta kuritushuonetta, kun taas RL 36 luvun 1 §:n 1 mom:n tarkoittaman «hyötymispetoksen» rangaistusmaksimi on yksi vuosi vankeutta ja erittäin raskauttavienkin asiahaarojen vallitessa vain kaksi vuotta kuritushuonetta. — Toisen pakotaminen väkivallalla tai uhkauksella tekemään, sietämään tai tekemättä jättämään jotakin on, riippumatta siitä, onko tuosta suhtautumisesta aiheutunut vahinkoa, kriminalisoitu RL 25 luvun 12 §:ssä; sen sijaan ei henkilön erehdyttämistä sanotunlaiseen suhtautumiseen ole katsottu rangaistuksen ansaitseväksi. Jo tätä taustaa vastaan näyttää nyt tarkasteltavaksi otettu lainkohta oudolta. Sen perusteella uhkaa henkilöä enintään kahden vuoden kuritushuonerangaistus, mikäli hän vahingoittamistarkoituksessa erehdyttää toisen suhtautumaan tavalla, joka merkitsee taloudellisen tappion syntymistä, kun korkein mahdollinen rangaistus siinä tapauksessa, että hän pakottaisi toisen suhtautumaan sanotulla tavalla, olisi yksi vuosi vankeutta (RL 25: 12).

Jos henkilö itse ottaa toiselta taloudellista arvoa omaavan esineen, voidaan häntä rangaista varkaudesta pahimmassa tapauksessa neljän vuoden kuritushuonerangaistuksella (RL 28: 1); mikäli hän taas vain erehdyttää toisen antamaan esineen itselleen, on korkeimpana mahdollisena rangaistuksena RL 36: 1:ssä säädetty kaksi vuotta kuritushuonetta. Tähän nähden näyttää epäjohdonmukaiselta, että henkilö, joka itse hävittää toiselle kuuluvan taloudellista arvoa omaavan irtaimen esineen, tekee itsensä syyppääksi asianomistajarikokseen, josta säädetty korkein rangaistus on kuusi kuukautta vankeutta (RL 35: 3 ja 4), kun häntä taas, jos hän erehdyttää omistajan suorittamaan hävitystyön, voidaan RL 36: 1²:n nojalla rangaista enintään kahden vuoden kuritushuonerangaistuksella.

Jo aikaisemmin on todettu, että RL 36 luvun 1 §:n kahdessa ensimmäisessä momentissa on saman nimikkeen alla kriminalisoitu kaksi luonteeltaan erilaista rikosta.⁸ Niille on tosin yhteistä ulkoinen täytännönpätoimi ja uhrille aiheutettu seuraus, mutta sisäiseltä olemuksel-

⁸ Ks. ed. s. 227 alav. 9.

taan ne eroavat toisistaan suunnilleen yhtä paljon kuin varkaus vahingonteosta.

Kuten johdannossa esitetystä historiallisesta katsauksesta käy ilmi, ei «vahingoittamispetos» sisältynyt kumpaankaan alkuperäiseen rikoslainehdotukseen. Se esiintyy ensi kerran vasta siinä Armollisessa Esiityksessä, joka annettiin vuoden 1885 valtiopäiville. Tiedossani ei ole, kenen toimesta ja missä vaiheessa tämä lisäys alkuperäiseen ehdotukseen tehtiin, mutta ilmeisesti siihen antoivat aiheen ne huomautukset, joita *Hagströmer* oli tehnyt tarkastaessaan vuoden 1884 rikoslainehdotusta.⁹

Edellä esitettyjen näkökohtien valossa tuntuu ilmeiseltä, että «vahingoittamispetoksen» rinnastamista varsinaiseen petokseen ei lainsäätäjän taholta harkittu riittävästi. De lege ferenda pitäisin asianmukaisena, että tarkasteltavana oleva säännös erotetaan omaksi, kenties vain toissijaisesti sovellettavaksi, pykäläkseen. Sen systemaattisen sijoituksen osalta on nykyisen systematiikan vallitessa vaikeata mennä antamaan suositusta; siihen objektiivisen puolen samankaltaisuuteen nähden, joka sen ja varsinaisen petoksen välillä vallitsee, olisi säännös kenties parasta sijoittaa verraten läheiseen yhteyteen tämän kanssa. Samalla olisi syytä harkita, onko tarkoituksenmukaista rajoittaa kriminalisointi vain vahingoittamistarkoituksessa suoritettuun erehdyttämiseen. Säännöksen rangaistusasteikkoa olisi myös aiheellista alentaa.¹⁰

C. Täydentävät säännökset

Tässä tutkimuksessa on tultu siihen tulokseen, ettei RL 36: 1 yleensä sovellu tapauksiin, joissa henkilö säädettyä, sovittua tai muutoin hänen tietensä edellytettyä vastiketta suorittamatta saattaa itsensä osalliseksi jostakin työ-, palvelu- tms. suorituksesta, tai joissa hän muutoin sanotunlaista vastiketta maksamatta hankkii itselleen pääsyn johonkin maksulliseen tilaisuuteen. Tällaisissa tapauksissa ei yleensä joko aikaansaada tai pidetä vireillä erehdyttä taikka sitten ei suhtautumisella aiheuteta taloudellista tappiota.

⁹ Ks. Granskning 236.

¹⁰ Mainittakoon, että niissä maissa, joissa pelkkä tappion aiheuttaminen erehdyttämällä on erikseen kriminalisoitu, on siitä säädetty rangaistus petoksesta seuraavaa lievempi, ks. esim. Norjan SL 294 §, Ruotsin SL 21: 7, Sveitsin rl 149 art. ja Tanskan BSL 298 § 4. kohta. — Meillä on *Honkasalo* esittänyt epäilyksiä sen suhteen, onko tällainen kriminalisointi lainkaan tarpeen, ks. E I s. 187.

Edellyttäen, että tulkinta on oikea ja ettei syytetyn vahingoksi tapahtuvaa analogiaa voida pitää meillä hyväksytyjen rikosoikeudellisten periaatteiden mukaisena, olisi rikoslakia mielestäni tässä suhteessa täydennettävä. Tällöin olisi kuitenkin pidettävä erillään seuraavat kolme tilannetta: edellä tarkoitetun kaltaisen edun tai suorituksen hankkiminen aikomuksin jättää vastike suorittamatta tai tietoisena kykenemättömyydestä suorittaa se; edun hyväksikäyttämisestä toiselle syntyneen saamisoikeuden arvon heikentäminen tai sen arvottomaksi tekeminen; sekä jälkikäteen suoritettavaksi tarkoitetun vastikkeen maksamatta jättäminen. — Ensiksi mainittu näistä tapauksista tulisi epäröimättä saat-
h a n k k i i taakriminalisoinnin piiriin. Olisi täysin paikallaan rangaista sitä, joka itselleen edun aikomuksin jättää vastike suorittamatta. — Sellaisen suhtautumisen säätäminen rangaistuksen uhalla kielletyksi, joka käsittää vain sen, että henkilö poistumalla paikalta tms. tavalla (erehdyttämättä) heikentää toiselle syntyneen saamisoikeuden arvoa, tuntuu jo enemmän epäilyksiä herättävältä. Kysymyksessähän on vain eräs tilanne, jossa velallinen toiminnallaan heikentää velkojan saamisoikeutta vaikeuttamalla sen toteuttamista. — On kuitenkin otettava huomioon, että joustava yleisönpalvelu kävisi mahdottomaksi, mikäli esim. hotellit tai vuokra-autoilijat vaatisivat etukäteisvakuuksia laskun suorittamisen varmistamiseksi. Tällaiset palvelusuorituksia tekevät henkilöt ovat — elleivät he edellä mainitulla tavalla varmistu vastikkeen saamisesta — sikäli suojattomassa asemassa, ettei heillä ole mahdollisuutta esim. «perua» omaa suoritustaan, mikäli laskua ei makseta; jos palveltu — jota asianomainen vastikkeeseen oikeutettu ei edes tunne — vielä pääsee poistumaan vastiketta antamatta, ovat toisen mahdollisuudet päästä oikeuksiinsa jokseenkin olemattomat. Näiden näkökohtien perusteella katsonkin, että myös toinen edellä mainituista suhtautumistavoista tulisi kriminalisoida. Tällöin olisi laissa kuitenkin varsin tarkkaan mainittava ne tapaukset, joissa toisen saamisoikeuden arvon heikentäminen tuota toista erehdyttämättä (esim. poistumalla salaa hotellista) olisi rangaistavaa. — Molemmat mainitut kriminalisoinnit tulisi säätää petokseen nähden toissijaisiksi, niin että mikäli tilanteen voidaan yksityistapauksessa katsoa toteuttavan myös petoksen tunnusmerkistön, RL 36: 1 tulisi sovellettavaksi.

Sellaista suhtautumista, joka rajoittuu vain siihen, että henkilö jättää vastasuorituksen tekemättä, ilman että tilanteeseen liittyisi kumpikaan edellä tarkoitetuista suhtautumistavoista, en taas katsoisi tarpeelliseksi saattaa rangaistusuhan alaiseksi. Kysymyksessähän on puhdas

sopimusrikos: kieltäytyminen velan maksusta, eivätkä edellä tarkoitetun kaltaiset palvelusuoritusten tekijät nähdäkseni ole tässä suhteessa siinä määrin eri asemassa kuin velkojat yleensä, että heidän velallistensa niskoittelun varalta tulisi säätää rangaistusuhka.¹¹

¹¹ Tässä suhteessa menee Ruotsin SL 21:2 mielestäni liian pitkälle; siinä kriminalisointi kohdistuu (mm.) juuri siihen, ettei edun vastaanottaja suorita vastiketta (»och gör ej rätt för sig»); ks. tämän johdosta *Ekeberg—Strahl—Beckman* s. 196 s.

ÜBER DEN BETRUG

mit besonderer Berücksichtigung der Erregung und des Unterhaltens eines Irrtums sowie des Verlustes von Gut oder Geld.

Zusammenfassung

EINLEITUNG

Betrugsdelikt ist eine im finnischen Strafrecht seit verhältnismässig kurzer Zeit auftretende Straftat. Obgleich die sog. Landschaftsgesetze bereits im Mittelalter kasuistische Verordnungen enthielten, für welche die jetzige Vorschrift betreffend Betrug zweifellos zutreffen würde, war ein allgemeiner Tatbestand in den Gesetzen nicht bekannt. Dasselbe galt auch für das Gesetz des Jahres 1734. Als dieser grosse Gesetzeskodex ausgearbeitet wurde, bestand freilich ursprünglich die Absicht, eine allgemeine Vorschrift bezüglich Betrugsdelikt der Strafgesetzgebung beizufügen. Die Gesetzgeber hatten jedoch damals noch kein genügend genaues und klares Bild über Art und Wesen des in Frage kommenden Verbrechens, weshalb der allgemeine Tatbestand durch kasuistische Vorschriften auf frühere Art ersetzt wurde.

Die Gesetzgeber des jetzigen, im Jahre 1889 erlassenen Strafgesetzes, hatten somit von sich aus eigentlich keinen rechtsgeschichtlichen Grund, der ihnen als Basis für die Ausarbeitung des Betrugstatbestandes hätte dienen können. Aus diesem Grunde und unter Berücksichtigung der historischen Bande, die in der Rechtsordnung zwischen Finnland und Schweden immer geherrscht haben, sowie auch den starken Einfluss, den die Rechtswissenschaft Deutschlands von je her auf unser Rechtsleben ausgeübt hat, ist es natürlich, dass sich die Blicke auf diese Länder richteten.

Die Betrugsvorschriften im schwedischen Strafgesetz vom Jahre 1864 und in demjenigen für das deutsche Reich vom Jahre 1871 — welche unser Strafgesetz durchwegs stark beeinflusst haben — bildeten die hauptsächlichlichen Vorbilder der Betrugsvorschrift im finnischen Strafgesetz. Die Letztgenannte weichte jedoch von diesen soweit ab, dass darin ausdrücklich auch ein derartiges Verhalten mit Strafe bedroht wird, das einen wirtschaftlichen Schaden verursacht durch Irreleitung nur zum Zweck der Schädigung (und nicht in der Absicht sich Vorteil zu verschaffen).

Die gültige Betrugsvorschrift, 36. Kapitel § 1 im Strafgesetz, die während der ganzen Gültigkeitsdauer des Gesetzes unverändert geblieben ist, lautet:

«Wer, in der Absicht sich oder einem anderen ungesetzlichen Vermögensvorteil zu verschaffen, jemandem Gut- oder Geldverlust zufügt, indem er durch Vorspiegelung eines falschen Sachverhalts oder durch Entstellung oder Unterdrückung eines wahren Sachverhalts einen Irrtum erregt oder unterhält; sowie wenn er gefälschte Ware als unverfälschte verkauft, gemischte als reine oder fehlerhafte als fehlerfreie; oder dasselbe Eigentum an zwei oder mehrere verkauft oder vermietet; oder Handgeld von zwei oder mehreren Seiten für die gleiche Zeit entgegennimmt; oder unter falschem Vorwand eines Verkaufes, Geschenkes oder anderer Abmachung Eigentum den Gläubigern entzieht, wenn eine Zwangsvollstreckung bevorsteht; oder im Geschäft oder sonst mit falschem Mass misst, wiegt oder zählt oder auf andere Weise täuscht, wird wegen Betrugs bestraft.

Wenn jemand dieses tut, nur in der Absicht einem anderen Gut- oder Geldverlust zuzufügen, gilt das gleiche Gesetz.

Der Versuch ist strafbar.«

Als eines der wichtigsten Merkmale für Betrugsvorschrift gilt also auch in Finnland Täuschung und die daraus entstandene schädliche Folge, Verlust von Gut oder Geld.

EIGENTLICHER TEIL

I. TÄUSCHUNG

A. *Irrtum*

Bei Durchsicht der rechtswissenschaftlichen Literatur über Betrug erweist es sich, dass das Wort Irrtum auf verschiedene Art verstanden worden ist:

1) Irrtum ist eine unrichtige, der Wirklichkeit widersprechende Vorstellung oder Auffassung (im allgemeinen von etwas); 2) Irrtum ist eine falsche Vorstellung oder Auffassung einer Tatsache; 3) Irrtum ist, ausser einer unrichtigen Vorstellung oder Auffassung, auch ein Mangel an Vorstellung, Unkenntnis.

Nichts, weder im Wortlaut der Gesetzesstelle noch in deren Ausarbeitung, weist darauf hin, dass der Begriff dazu gebraucht worden wäre, um einen gesetztechnischen Vorgang oder Sachverhalt auszudrücken, der von der Bedeutung des Wortes im allgemeinen Sprachgebrauch abweichen würde. — Bei Untersuchung der Nuancen in der Bedeutung des Wortes Irrtum im allgemeinen Sprachgebrauch, fällt es auf, dass dem Wort Irrtum (wenigstens ausdrücklich) nicht die Bedeutung eines Mangels an Vorstellung, Unkenntnis, beigemessen worden ist. Man sagt, dass wenn ein Mensch eine Vorstellung von einer Sache hat, die der Wirklichkeit widerspricht, kann er von derselben Sache keine richtige Vorstellung haben. Es erscheint jedoch sehr fraglich, ob man nur aus dieser Feststellung den Schluss ziehen kann, dass ein Mangel an Vorstellung als solcher einer unrichtigen Vorstellung gleichgestellt werden kann. Eine unrichtige Vorstellung liegt an sich begriffsmässig einer richtigen Vorstellung näher als Unkenntnis. In den beiden erstgenannten Fällen ist ja eine Vorstellung vorhanden: diese unterscheiden sich von einander nur in bezug auf ihren Inhalt. Dieselbe Sache ist in beiden Fällen eine Wahrnehmung des Betreffenden gewesen; Vorstellung ist etwas Wirkliches, etwas was ist. Ob sie richtig oder unrichtig ist, hängt nur von der Beurteilung des Inhaltes ab. Im Falle einer Unkenntnis dagegen hat der Betreffende keine Vorstellung gehabt und eine Beurteilung der Unrichtigkeit kann daher nicht in Frage kommen.

Da auch keine anderen Gegenargumente zu finden sind, die auf die Bedeutung des Wortes Irrtum im allgemeinen Sprachgebrauch hinweisen

und es nirgends hervorgeht, dass das Wort Irrtum im Strafgesetz 36: 1 im weiteren Sinn des allgemeinen sprachlichen Inhaltes gebraucht worden ist, bin ich der Ansicht, dass reine Unkenntnis, Mangel an Vorstellung, nicht das Merkmal «Irrtum» erfüllen kann.

Obgleich Kapitel 36, § 1 im Strafgesetz «Sachverhalt» als Täuschungsmittel erwähnt, bedeutet dieses nicht, dass der in der Gesetzesstelle vorgesehene Irrtum nur ausdrücklich als Vorstellung in bezug auf den «Sachverhalt» angewandt werden kann.

Auf Grund aller obenerwähnter Ausführungen erachte ich, dass das Wort Irrtum im Strafgesetz 36: 1 eine unrichtige, der Wirklichkeit widersprechende Vorstellung einer Begebenheit bedeutet (hinsichtlich welcher weder qualitative noch zeitliche Forderungen vorhanden sind), die die Willensbildung des Betreffenden beeinflussen kann.

B. Erregung und Unterhalten eines Irrtums

1. Allgemeines

Der Täter soll einen Irrtum «erregen oder unterhalten». Die Erregung eines Irrtums ist ein Verhalten, das verursacht, dass jemand eine der Wirklichkeit widersprechende Vorstellung einer Begebenheit hat, die seine Willensbildung beeinflussen kann. Eine solche Tätigkeit, die nur die Zuständigkeit der Vorstellung beeinflusst, indem die ursprüngliche, der Wirklichkeit entsprechende, Vorstellung auf Grund erfolgter Änderungen in der Aussenwelt sich in eine unrichtige abwandelt, ist nicht als Erregung eines Irrtums anzusehen.

Das Unterhalten eines Irrtums setzt voraus, dass die Vorstellung bereits in ihrem Ursprung der Wirklichkeit widerspricht. Hierbei ist es einerlei aus welchem Grunde und auf welche Weise die unrichtige Vorstellung entstanden ist.

Das Verhalten in bezug auf das Unterhalten kann nicht nur auf ein solches Verhalten beschränkt werden, die einen bereits vorliegenden Irrtum bestärkt, sondern damit ist auch jedes Verhalten zu verstehen, mit dem die Beendigung des in der Gesetzesstelle gemeinten Irrtumszustandes verhindert wird. — Da das Gesetz ausdrücklich das Unterhalten und die Erregung als Tatform erwähnt, wird ein Betrug nicht durch die blosse Benützung des Irrtums verwirklicht.

2. Sachverhalt

Das Gesetz setzt voraus, dass der Täter einen unwahren Sachverhalt vorspiegelt oder den wirklichen Sachverhalt entstellt oder unterdrückt. — In der Literatur wird recht allgemein angenommen, dass eine zukünftige Begebenheit kein Sachverhalt sein kann. Ebenso besteht die Auffassung, dass Werturteile kein Sachverhalt sein können.

Es liegt jedoch kein Grund vor das Anwendungsgebiet des Strafgesetzes 36:1 durch enge Auslegung des Begriffes «Sachverhalt» zu beschränken. Warum sollte man vermuten, dass jemand sich eines Betruges nicht schuldig macht, wenn er etwas Unwahres behauptet und dadurch einen anderen in ein verlustbringendes Verhältnis irreführt, nur weil die Behauptung derart ist (z.B. ein Werturteil oder zukünftige Ereignisse betreffend), dass es im allgemeinen schwer ist ihre Wahrhaftigkeit oder Unwahrhaftigkeit festzustellen? Meines Erachtens ist die Beschränkung in der Forderung enthalten, dass der vorgebrachte Sachverhalt unwahr sein muss. Falls die Unwahrheit im Einzelfall nicht festgestellt werden kann, kann ein Urteil wegen Betrug nicht gefällt werden. Dies liegt aber nicht daran, dass es sich nicht um einen «Sachverhalt» handelt, sondern daran, dass nicht gesagt werden kann, dass der andere einen unwahren Sachverhalt vorgebracht hätte. Auch nicht der Umstand, dass die «Unwahrheit» des Werturteilsatzes oder der die Zukunft betreffende Behauptung meistens ausserhalb der Feststellungsmöglichkeiten liegt, dürfte als genügende Ursache angesehen werden, dass das Strafgesetz 36:1 auch dann nicht angewandt werden kann, wenn diese Feststellung im Einzelfall möglich ist.

3. Die im Strafgesetz 36:1 erwähnten Täuschungsarten

a. Allgemeines

Der Betrugsparagraph setzt voraus, dass ein Irrtum durch Vorspiegelung eines unwahren Sachverhalts oder durch Entstellung oder Unterdrückung des wahren Sachverhalts erregt oder unterhalten werden muss.

b. Irreführung durch aktives Vorgehen

a. Vorspiegelung eines unwahren Sachverhalts. Die Vorspiegelung eines unwahren Sachverhalts bedeutet, dass der Sachverhalt in den Wahrnehmungsbereich eines anderen versetzt wird. Das Gesetz stellt keine Begrenzung auf wie dies geschehen soll. Aus diesem Grunde verwirklicht auch die konkludente Vorspiegelung des Sachverhalts den Tatbestand. — In der Literatur herrscht Uneinigkeit darüber, wann angesehen werden kann, dass jemand durch sein konkludentes Verhalten ein Sachverhalt vorgebracht hat. Ich bin der Ansicht, dass die Frage eines Verhaltens als Vorspiegelung eines bestimmten Sachverhalts nicht in erster Linie davon abhängt, welche Bedeutung eines solchen Verhaltens im allgemeinen beigemessen werden könnte. Die Frage muss vielmehr entschieden werden unter Berücksichtigung, ob der Wille des Betreffenden auf die für den Zurechenbarkeitsgrad erforderliche Art die Möglichkeit erfasst hat, dass ein anderer hieraus den in Frage kommenden Sachverhalt entscheiden kann.

β. Unterdrückung des wahren Sachverhalts. Wenn Irreführung durch Vorspiegelung eines unwahren Sachverhalts dadurch erfolgt, dass die Vorstellungsbildung des anderen so beeinflusst wird, dass der entsprechende Sachverhalt auf die eine oder andere Art in seinen Wahrnehmungsbereich gebracht wird, ist das Verhalten des Irreführenden in der hier zu untersuchenden Situation sozusagen umgekehrt. Der Bildungsprozess der Vorstellung des Opfers wird nicht «durcheinander gebracht» durch unrichtige Elemente, sondern der Irreführende erregt (oder unterhält) im anderen eine der Wirklichkeit widersprechende Vorstellung dadurch, dass er verhindert, dass ein gewisser Sachverhalt in den in Frage stehenden Prozess mit einbezogen wird.

γ. Entstellung eines wahren Sachverhalts. Zum mindesten erscheint es auf den ersten Blick, als ob es nicht nötig gewesen wäre, Entstellung als separates Täuschungsmittel zu erwähnen. Einzig und allein Entstellung eines Sachverhalts kann ja niemanden irreführen. Die Entstellung — oder besser gesagt, das Ergebnis davon — muss im Wahrnehmungsbereich eines anderen aufgenommen werden, um die Bildung seiner Vorstellung beeinflussen zu können. — Eine solche Schlussfolgerung ist jedoch nicht unbedingt notwendig. Das Verhalten, das Irreführung durch Entstellung eines Sachverhalts genannt werden kann, bedeutet, dass ein bestimmter Sachverhalt in einem

solchen Licht vorgespiegelt wird, dass ein anderer einen falschen Eindruck davon erhält. Dies geschieht meistens so, dass der Irreführende etwas anführt, das an sich wahr ist, aber in diesem Zusammenhang und auf diese Art vorgespiegelt, ein irreführendes Bild des Sachverhalts ergibt, wovon die «Wahrheit» nur ein Teil ist.

c. Irreführung durch Unterlassen

a. Allgemeines. Die Rechtsgelehrten in verschiedenen Ländern haben sich schon während etwa zwei Jahrhunderten mit dem Problem der Kausalität des Unterlassens beschäftigt. Einerseits ist man hierbei von der beinahe axiomatischen Hypothese ausgegangen, dass die strafrechtliche Haftung ein gleiches Verursachungsverhältnis, wie es zwischen menschlichem Verhalten und Rechtsverletzung besteht, voraussetzt, ob es sich nun bei diesem Verhalten um aktives Tun oder Unterlassung handelt. Andererseits wurde die Tatsache zugrundegelegt, dass die Rechtsordnungen, völlig unabhängig von den theoretischen Erörterungen in dieser Frage, Vorschriften enthalten haben und noch enthalten, laut welchen der Unterlasser in strafrechtliche Haftung wegen Verursachung von Rechtsverletzung versetzt wird.

Das Problem hinsichtlich die Unterlassungsdelikte sollte m.E. von einem neuen Gesichtspunkt aus behandelt werden. Vor allem sollte es von der philosophischen Grundlage, auf der seine Lösung im allgemeinen aufgebaut wurde, losgelöst werden. Man sollte eher davon ausgehen, dass die Frage eine juridische ist. Es handelt sich ja im Grunde genommen nur darum, welch ein Verhältnis zwischen menschlichem Verhalten und Rechtsverletzung herrschen sollte, damit jemand für Rechtsverletzung verantwortlich gemacht werden könnte. Wo steht geschrieben, dass der Gesetzgeber an philosophische Kausalitätsauffassungen gebunden sein sollte? Es wäre vielleicht auch motiviert die Aufmerksamkeit mehr als bisher darauf zu richten, was «Verursachung» im geltenden Recht bedeutet.

Bei Prüfung der Wörter, die im Strafgesetz 36:1 angewandt werden zur Schilderung des Verhältnisses, das zwischen dem Verhalten des Irreführenden und dem Irrtum herrscht, geht hervor, dass sie völlig farblos sind vom hier zu behandelnden Standpunkt aus: weder «Erregung» noch «Unterhalten» weisen ausdrücklich auf ein aktives Tun hin.

Diese Feststellung ist jedoch noch keine Aufklärung der Frage, ob ein Betrugsdelikt durch Unterlassen ausgeführt werden kann; Passivität kann nur unter der Voraussetzung tatbestandsmässig sein, dass sie gleichzeitig die Vorspiegelung eines unwahren Sachverhalts oder eine Entstellung oder Unterdrückung eines wahren Sachverhalts umfasst.

Die beiden erstgenannten Verben schildern auf jeden Fall in erster Linie ein aktives Tun.

In unserer Literatur über Betrug herrscht die Auffassung, dass der Gesetzgeber auch bei Anwendung des Verbes «unterdrücken» an erster Stelle nur an aktives Tun gedacht hätte. Ich sehe keinen Grund für diese Auffassung.

β. Über Anzeigepflicht. Die Forscher, die sich zustimmend zur Möglichkeit einer Unterlassungshaftung verhalten haben sind im allgemeinen — unabhängig von Ihrer Auffassung von der Kausalität des Unterlassens — der Ansicht, dass die Haftung eine spezielle rechtliche Handlungspflicht voraussetzt. Diese Auffassung ist zweifellos richtig.

Das geschriebene Gesetz enthält zahlreiche Sondervorschriften betreffend Anzeigepflicht eines bestimmten Sachverhalts.

Von grosser Bedeutung für Betrugsdelikt ist Kapitel 1, § 4 im Abschnitt über Handel und Gewerbe im Gesetzbuch vom Jahre 1734, worin es u.a. heisst: «Wenn Ware verkauft wird, die sich später als fehlerhaft erweist, und wenn gesetzlich bewiesen wird, dass der Verkäufer von der Fehlerhaftigkeit Kenntnis gehabt und dieses nicht angezeigt hat, soll der Verkäufer diese Ware zurücknehmen und einen Ersatz geben, auch allen Schaden ersetzen (und eine Geldstrafe von zehn Talern zahlen)». Diese Vorschrift, die den Verkäufer einer Ware verpflichtet, die Fehlerhaftigkeit seiner Ware beim Kauf anzugeben, deckt einen grossen Teil von Situationen, in denen Unterlassungsbetrug in der Praxis vorkommt. Wenn der Verkäufer im Widerspruch zu seiner Sonderverpflichtung den Fehler nicht anzeigt, hat er durch Unterdrückung des wahren Sachverhalts dem Käufer gegenüber eine fehlerhafte Vorstellung hervorgerufen oder unterhalten.

Unser geltendes Recht enthält eine Vorschrift, die eine noch umfangreichere Anzeigepflicht vorauszusetzen scheint: In § 33 des Gesetzes für vermögensrechtliches Rechtsgeschäft wird vorgeschrieben, dass ein sonst gültiges Rechtsgeschäft nicht geltend gemacht werden soll, sofern es unter solchen Umständen abgeschlossen wurde, dass es für denjenigen,

der die Umstände kannte, gegen seine Ehre und wertlos wäre sich auf das Rechtsgeschäft zu berufen. Man kann sagen, dass durch diese Vorschrift der allgemeine Gedanke von «Treu und Glauben im Rechtsverkehr» — der allerdings auch früher unserem Recht nicht fremd gewesen ist — sofern es sich um vermögensrechtliches Rechtsgeschäft handelt, einen Teil des geschriebenen Rechtes ausmacht.

Dies bedeutet, dass jemand, der mit einem anderen in einem Rechtsgeschäft in Verbindung steht, verpflichtet ist den ihm bekannten und sich auf diese Verbindung beziehenden wahren Sachverhalt anzuzeigen, immer wenn die Verhältnisse derart sind, dass ein Schweigen gegen die Ehre und wertlos wäre.

II VOM IRRTUM ZUM VERLUST

A. *Verfügung (Disposition)*

Entgegen den in einigen anderen Ländern üblichen Vorschriften ist im Kapitel 36, § 1 im Strafgesetz keine ausdrückliche Bestimmung vorgesehen, dass der Irreführende einen anderen zu einem Verhalten bestimmter Art beeinflussen sollte. Da die Vorschrift jedoch einen ursächlichen Zusammenhang zwischen Verlust und Irrtum verlangt und es schwer denkbar wäre, dass die Erregung oder das Unterhalten einer unrichtigen Vorstellung als solche einen Verlust bedeuten könnte, setzt die Verwirklichung des Tatbestandes eine Disposition voraus, die die Entstehung des Verlustes vermittelt.

In der Literatur wird recht allgemein angesehen, dass die Art des Verhaltens bedeutungslos ist. Sie muss kein zivilrechtliches Rechtsgeschäft oder eine Willensäußerung sein. Ebenso besteht die Ansicht, dass das Verhalten ebenso gut in der Form eines Unterlassens wie positives Tun auftreten kann. Im Prinzip hat man nicht einmal in Abrede stellen wollen, dass ein Verhalten, das sich in blosser Duldung äussert, eine tatbestandsmässige Disposition wäre. In Anbetracht dessen, dass das Gesetz nicht einmal Disposition erwähnt, geschweige denn, ausdrückliche Vorschriften über deren Art erlässt, können diese Auffassungen akzeptiert werden.

Es besteht auch kein Grund zur Annahme, dass der Betrugsparagraph nur für solche Fälle anwendbar ist, wo der Irreführte der tatsächlichen oder rechtlichen Art seiner Disposition bewusst gewesen ist.

Der Wortlaut des Betrugsparagraphen unterstützt auch nicht die Auffassung, dass die Art der Straftat unbedingt voraussetzt, dass die Disposition ausdrücklich erfolgen sollte, um einen Ersatz oder ein Ziel zu erreichen.

B. Das Verhältnis zwischen dem Getäuschten und dem Verlustleidenden

Als einen normalen Betrugsfall dürfte der Zustand angesehen werden, in welchem der Verlustleidende selbst getäuscht worden ist. In der strafrechtlichen Literatur wird jedoch mit wenigen Ausnahmen im allgemeinen angesehen, dass dies nicht als unbedingte Voraussetzung betrachtet werden kann, sondern dass ein Betrug unter bestimmten Voraussetzungen auch durch Irreführung eines Dritten durchgeführt werden kann.

Das Strafgesetz 36:1 scheint in dieser Hinsicht keine Forderungen zu stellen. Dagegen deuten die Vorarbeiten der Gesetzesstelle darauf hin, dass der Gesetzgeber Betrug als Verbrechen ansieht, wobei ein verhältnismässig enger Zusammenhang zwischen dem Getäuschten und demjenigen, der Verlust durch diese Verfügung erlitten hat, herrscht.

Meiner Ansicht nach entspricht die Auslegung des Gesetzgebers der Auffassung, die eine betrügerischen Ausnützung des eigenen Willens des Verlustleidenden oder seines Vertreters bedingt, zum Unterschied von anderen Eigentumsverbrechen, in welchen der Verlust von einem Aussenstehenden verursacht wird.

Die übliche Deutung in der Literatur und der Rechtspraxis — die nicht im Widerspruch zum Wortlaut der allgemeinen Vorschrift im Strafgesetz 36:1 steht — dürfte den Anwendbarkeitsbereich der Vorschrift so erweitert haben, dass diese Deutung als solche jedoch nicht mit dem geltenden Recht übereinstimmt.

In der Auslegung muss jedoch davon ausgegangen werden, dass die Täuschung in jedem Fall ihre eigene selbständige Bedeutung hat. Für Betrugsdelikt ist nämlich kennzeichnend, dass das Ergebnis dabei durch den scheinbar freien, tatsächlich aber wegen unrichtiger Vorstellung falschorientierten Willen eines anderen erzielt wird.

III VERLUST

A. *Verlust von Gut oder Geld — Vermögensschaden?*

Die bloße Erregung oder das Unterhalten eines Irrtums ist als solche, nicht einmal dann wenn jemand durch ihn veranlasst worden ist etwas zu tun oder zu unterlassen, noch nicht ausreichend den Tatbestand des Betrugs zu erfüllen. Erst wenn durch unrichtige Vorstellung die im Strafgesetz 36:1 vorgesehene Folge entstanden ist, «Verlust von Geld oder Gut», ist ein Verbrechen vollendet.

In unserer Literatur über Betrug ist man im allgemeinen bei Aufklärung des Folgetatbestandsmerkmals dieser Straftat von den Begriffen Vermögen (Eigentum) und Vermögensschaden (Eigentumschaden) ausgegangen: jemandem ist laut Strafgesetz 36:1 Verlust von Geld oder Gut verursacht worden, wenn sein Vermögen Schaden erlitten hat. Falls dieser Ausgangspunkt richtig wäre, würde hieraus folgen, dass die Aufklärung des Folgetatbestandsmerkmals des Betrugsdeliktes die Antwort auf zwei Fragen voraussetzen würde: was wird mit Vermögen einer Person gemeint und was soll diesem Vermögen geschehen, damit man sagen kann, dass es Schaden erlitten hat?

Die Forscher, die diese Fragen eingehend untersucht haben, haben sich nicht über die Bedeutung weder des Begriffes Vermögen noch Vermögensschaden einigen können. Die Aufklärung dieser Begriffe hat sich im Gegenteil so schwierig erwiesen, dass in der Literatur das Bestreben zu vermerken ist sich in der Auslegung des Betrugsdeliktes von den Grenzen zu befreien, die vom Vermögensbegriff ausgehend, einem dort begegnen, wo man sie am wenigsten erwarten und wünschen würde.

Die Meinungen gehen auseinander über dem sog. juristischen Vermögensbegriff, wonach ein Vermögen eine durch Vermögensrechte (und vermögensrechtlichen Verpflichtungen) gebildete Einheit ist, und dem extremen wirtschaftlichen Vermögensbegriff, wonach Vermögen die Summe der einer Person gehörenden wirtschaftlichen Werte ist.

Diese Tatsache als solche berechtigt natürlich nicht diesen Begriff als Ausgangspunkt zu verwerfen, sofern tatsächlich laut Strafgesetz 36:1 bei Androhung einer Strafe verboten ist das Vermögen eines anderen zu verletzen, sodass die Verletzung, die sich auf einen Bereich bezieht, der ausserhalb dieses Begriffes ist oder, wenn auch auf Vermögen, so doch auf solche Art, die nicht mit dem Bereich des Vermögensschaden-

begriffes vereinbar ist, ausserhalb des Anwendbarkeitsbereiches der Vorschrift bleibt.

So ist es jedoch nicht, und meiner Ansicht nach ist es auch richtiger die Frage bezüglich der Anwendbarkeit des Strafgesetzes 36: 1 auf einen Vorgang hin zu entscheiden auf der Grundlage, ob «Verlust von Gut oder Geld» entstanden ist, als auf der Grundlage, ob dabei solche Interessen verletzt wurden, die laut Ansicht des betreffenden Forschers zum Bereich des Vermögensbegriffes gehören und auf solche Art, die seinem Begriff von Schädigung des Vermögens entsprechen.

B. Verlust von Gut oder Geld — wirtschaftlicher Verlust

Aus den verschiedenen Zusammenhängen, in denen die Wortform «Gut oder Geld» im Strafgesetz gebraucht wird, ist zu schliessen, dass man damit etwas wirtschaftliches ausdrücken will. Ich bin der Ansicht, dass der Tatbestand eines Betrugsdeliktes voraussetzt, dass jemandem Verlust in wirtschaftlichem Sinne, ein wirtschaftlicher Verlust zugefügt wird. Ein Vorgang, der die wirtschaftliche Lage einer Person nicht beeinflusst, ist vom Standpunkt des Betrugsdeliktes irrelevant.

C. Wirtschaftlicher Verlust

1. Allgemeines

Da der Ausgangspunkt der Obenerwähnte ist, würde eine Antwort im Einzelfall auf die Frage, ob jemand einem Betrug zum Opfer gefallen ist, in erster Linie einen Vergleich zwischen zwei verschiedenen Situationen voraussetzen, unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Lage des Betroffenen. Durch Vergleich kann jedoch nur ermittelt werden, wie das Geschehnis tatsächlich die Entwicklung der Situation beeinflusst hat, aber hiermit ist noch nicht gesagt, welche Bedeutung dieser Einfluss vom wirtschaftlichen Standpunkt aus gesehen hat. Bevor auch diese Frage geklärt werden kann, muss darüber Klarheit bestehen, welche Faktoren im allgemeinen die wirtschaftliche Lage beeinflussen können.

2. Bedeutung verschiedener tatsächlichen Ereignisse vom Standpunkt der wirtschaftlichen Lage

a. *Verlust von wirtschaftlichem Wert; der entgangene Gewinn*

Wenn jemand einen Gegenstand von wirtschaftlichem Wert verliert, sind wir bereit zu sagen, dass er einen wirtschaftlichen Schaden erlitten hat.

Der Verlust liegt jedoch nicht daran, dass man einen Gut verliert, nicht einmal daran, dass man einen Gut von wirtschaftlichem Wert verliert, sondern in einem derartigen Fall bedeutet wirtschaftlicher Schaden, dass jemand durch Verlust von einem Gut gleichzeitig den wirtschaftlichen Wert, den diesem Gut zuhört, verliert. Der wirtschaftliche Verlust im Zusammenhang mit dem Verlust des Gegenstandes liegt m.a.W. darin, dass der Betreffende einen wirtschaftlichen Wert verliert.

Der Verlust von Gut ist jedoch nur eine der Formen unter welchen ein Wertverlust auftreten kann. Der dem Gut entsprechende Wert kann abnehmen und wenn dies geschieht, ist der dem Besitzer zugefügte Wertverlust der Art nach genau der gleiche, wie der Verlust an Gut selbst. Und zweifellos wird auch hierbei die wirtschaftliche Lage des Betreffenden geschwächt. Ich möchte behaupten, dass der Verlust an wirtschaftlichem Wert — ob sich dieser nun als Verlust von wertbesitzendem Gut äussert oder als Abnahme eines derartigen Wertes — Verlust in wirtschaftlicher Hinsicht, Verlust von Geld oder Gut, bedeutet.

Bei Vergleich einer Folge von Ereignissen kann man vielleicht zu dem Schluss kommen dass der Betreffende, sofern der Vorfall nicht eingetroffen wäre, einen wirtschaftlichen Wert erhalten hätte. Es dürfte kein Zweifel darüber bestehen, dass eine wirtschaftliche Anschauung auch in einem solchen Vorgang einen wirtschaftlichen Verlust sieht.

b. *Verbindlichkeiten*

Ein interessantes Problem, das auch von praktischer Bedeutung ist, bildet die Frage über die wirtschaftliche Bedeutung der Verpflichtung, m.a.W. ob die Verbindlichkeit schon als solche Verlust bedeutet.

Zweifellos sieht die wirtschaftliche Anschauung, jedenfalls in gewissen Fällen, einen Verlust schon im Entstehen einer Verbindlichkeit.

Eine Verbindlichkeit kann an sich als Verlust angesehen werden unter Voraussetzung, dass dem Verpflichteten die rechtliche Pflicht zur Erfüllung der Verbindlichkeit entstanden ist. — Die Frage, ob der Verbindlichkeit eine derartige Verpflichtung zugrundeliegt oder nicht, kann nur entschieden werden durch Prüfung der Verbindlichkeiten vom Standpunkt der Rechtsordnungsnormen aus, welche die Zuständigkeit der Verpflichtungen regeln.

Die Feststellung der Unzuständigkeit einer Verbindlichkeit bedeutet jedoch nicht ohne weiteres, dass ihrer Entstehung niemals Bedeutung zugemessen werden sollte bei Prüfung der Frage, ob dem Verpflichteten ein wirtschaftlicher Verlust verursacht worden ist. Die Verbindlichkeit kann nämlich — und dies ist oft der Fall — bedeuten, dass sie einen Verlust glaubhaft macht. Es gibt Situationen, bei denen man sagen kann, dass das Entstehen einer Verbindlichkeit eine gewisse Gefährdung bedeutet: nach Zustandebringen einer Verbindlichkeit entsteht anstelle einer blossen Möglichkeit eine Gefahr.

Somit liegt in der Frage über wirtschaftliche Bedeutung einer unzuständigen Verbindlichkeit (bei ihrer Entstehung) ein grösseres Problem, und zwar, ob anzunehmen ist, dass jemand schon einen Verlust erlitten hat, weil die Gefahr eines ihn in Zukunft treffenden wirtschaftlichen Verlustes entstanden ist.

c. Gefahr eines Verlustes

Die Frage, ob die Entstehung einer Gefahr als Folgetatbestandsmerkmal der Betrugsdelikt annehmbar ist, ist sehr schwer zu beantworten und kann kaum mit einer allgemeinen, auf alle Situationen zutreffenden, Regel geklärt werden.

Die Aufklärung des zu behandelnden Problems wird dadurch erschwert, dass man dabei mit einem Begriff zu tun hat, der eine sehr zentrale Stellung auch in der Versuchslehre einnimmt.

Zweifel an der Tauglichkeit einer Gefahr hinsichtlich Verlust von Geld oder Gut erweckt auch der Gedanke darüber, dass wenn schon eine Gefahr eines in Zukunft zu erwartenden Verlustes als Folgetatbestandsmerkmal für Betrug genügt, so würde dies konsequenterweise voraussetzen, dass auch die Gefahr der Entstehung einer solchen Gefährdung (wenn dies schon einmal Verlust ist) wirtschaftlichen Verlust bedeuten u.s.w. ohne Ende.

Trotz der angeführten Schwierigkeiten ist immerhin festzustellen, dass die Auffassung, welche die Verlustbedeutung einer blossen Gefahr in Abrede stellt, mit der Realität nicht übereinstimmen würde.

3. Gegenleistung und Bewertung

Es ist klar, dass bei Aufklärung der Verlustfrage im Einzelfall die Aufmerksamkeit auch darauf gerichtet werden muss, ob die Disposition solche Wirkungen gehabt hat, denen zufolge angenommen werden kann, dass der Betreffende nicht einen Verlust erlitten hat. Es ist ja möglich, dass die Disposition gleichzeitig etwas verursacht hat, was einen so positiven Einfluss auf die wirtschaftliche Lage des Verfügenden ausübt, dass es den Wertverlust u.s.w. kompensiert.

Wirtschaftlicher Wert ist keine an Gegenstände fest angeschlossene Eigenschaft, die ihnen unverändert unter verschiedenen Verhältnissen folgt, und die darin festzustellen ist, auch wenn der Gegenstand getrennt von allen anderen Faktoren betrachtet wird. Erst wenn ein Gegenstand in Gedanken in einen bestimmten Zusammenhang mit anderen Faktoren gebracht wird, «erhält» er einen Wert.

Wirtschaftliche Tätigkeit und Verkehr ist kein Selbstzweck. Die Bedeutung der Produktion wird nicht erschöpft durch die Herstellung von Produkten und Ziel des Umsatzes ist nicht nur ein Kreislauf von Bedarfsgütern. Beide sind nur Phasen im menschlichen Tätigkeitsprozess, der sein Ziel in der Befriedigung des menschlichen Bedarfes erreicht. In diesem Sinn ist auch die Frage des wirtschaftlichen Wertes eines Gegenstandes zu prüfen. So verstanden, ist die wirtschaftliche Tätigkeit der Zusammenhang in welchen der Gegenstand gebracht werden muss, um einen wirtschaftlichen Wert zu «erhalten». Somit ist der wirtschaftliche Wert eines Gegenstandes letzten Endes von den damit verbundenen Möglichkeiten abhängig den Bedarf der Menschen zu decken. Es ist allerdings klar, dass sich der wirtschaftliche Wert des Gegenstandes nicht nur auf die Befriedigungsmöglichkeiten beschränkt. Ein Gegenstand kann auch dadurch Wert haben dass damit solche Bedarfsgüter beschafft werden können, die einen solchen Wert besitzen oder die ihrerseits die Beschaffung solcher Bedarfsgüter ermöglichen. Zu einem gewissen Grad anders, aber dennoch zweifellos von wirtschaftlicher Art, ist auch die Bedeutung, welche ein Gegenstand dadurch hat, dass daran die Möglichkeit angeschlossen ist, sich von einer die wirtschaftliche Lage beeinflussenden Verpflichtung zu lösen.

Wenn man von dieser Basis aus die wirtschaftliche Bedeutung des Verlustes eines Gegenstandes prüft, bestehen zwei von einander stark abweichende Ausgangspunkte.

Erstens kann der wirtschaftliche Wert des Gegenstandes für den Eigentümer von einem bestimmten Zustand aus untersucht werden. Wenn jemand eines Gegenstandes verlustig geht, besitzt er nach der Disposition nicht mehr den Wert dieses Gegenstandes; hätte er nicht disponiert, hätte er ihn noch gehabt. Unter Berücksichtigung des Zustandes ist ein Wertverlust erfolgt — der Wert besteht nicht mehr. Andererseits gibt die obige Skizzierung des Begriffes vom wirtschaftlichen Wert auch die Möglichkeit einer anderen Untersuchungsart. Bei Beurteilung der Wirkung der Disposition kann die Aufmerksamkeit auf die funktionalische Bedeutung des wirtschaftlichen Wertes gerichtet werden: der Gegenstand hat einen Wert von der Befriedigungsmöglichkeit eines menschlichen Bedarfes aus gesehen.

Nur die erste dieser Alternativen ergibt einen brauchbaren Ausgangspunkt für die Aufklärung des Folgetatbestandes des Betrugs. — Bei Herangehen an die Frage muss somit einerseits der durch Irreführung erreichte, direkt in der Disposition enthaltene, Verlust an Wert u.s.w. berücksichtigt werden, und andererseits die Bedeutung der erhaltenen Gegenleistung vom Standpunkt der wirtschaftlichen Lage des Disponierenden aus, ohne Berücksichtigung des Zweckes der Verfügung oder des Wertverhältnisses zwischen der erhaltenen und angestrebten Gegenleistung.

Die Werte der Güter müssen nicht durch einen «Marktwert» oder einen ähnlichen unbestimmten Begriff festgelegt werden. Es ist aber zu beachten, dass der wirtschaftliche Wert eines Gegenstandes auf der in dieser Untersuchung angewandten Grundlage ohnedies nicht durch Zahlen oder andere Werteinheiten absolut festgesetzt werden kann. Nur dessen *relative* Wert kann festgestellt werden. So kann man nicht sagen, dass der Wert des Gegenstandes A so und so viel ist; sein Wert kann nur im Vergleich mit einem anderen Gegenstand festgelegt werden. Bei einem Betrugsdelikt ist dies jedoch genügend, denn bei Bestimmung des relativen Wertes eines bereits verlorenen Gegenstandes und der Gegenleistung ist festzustellen, ob durch Verfügung ein Verlust entstanden ist.

Wenn der wirtschaftliche Wert sich in der Befriedigungsmöglichkeit des Bedarfs hinsichtlich eines Gutes äussert, ist auch eine relative Beurteilung nur möglich unter Berücksichtigung eines bestimmten oder

einiger bestimmter Bedürfnisse. Man kann sagen, dass ein Gegenstand von diesem Bedarf oder Zweck aus gesehen wertvoller ist als ein anderer Gegenstand, wobei der Letztgenannte wiederum die Möglichkeit enthält einen solchen Bedarf zu befriedigen, der ausserhalb des Möglichkeitsbereiches des Erstgenannten liegt. Aus diesem Grunde und da es kaum denkbar ist Bedürfnisse unter eine objektive Wertordnung zu klassifizieren, erscheint auch die Feststellung vom relativen Wert der Güter eine übermächtige Aufgabe. Dies wäre auch der Fall, wenn nicht ein allgemein gutgeheissenes Zahlungsmittel vorhanden wäre, nämlich Geld. Geld ist keinesfalls an sich ein Wert, auch kein Mass von Wert im selben Sinn wie z.B. ein Meter von Länge oder ein Kilogramm von Gewicht, sodass man von einem Gegenstand sagen könnte, dass sein Wert so und so viele Mark und Penni beträgt. Geld kann aber dennoch als ein den Wert bestimmendes Hilfsmittel *g e b r a u c h t* werden. Aus dem Charakter des Geldes als allgemein anerkanntes Zahlungsmittel folgt nämlich, dass sich darin begriffsmässig die Befriedigungsmöglichkeit jeder beliebigen und aller der Bedürfnisse und Zwecke schliesst, hinsichtlich welchen man im allgemeinen von einem wirtschaftlichen Wert sprechen kann.

4. Verschiedene Fragen hinsichtlich Verlust

a. Rechtswidrige Werte sowie gegen das Gesetz oder gute Sitte verstossende Rechtsgeschäfte

In der Literatur werden verschiedene Ansichten darüber angeführt, welche rechtlichen Forderungen den Gütern oder dem Verhältnis zwischen Güter und Person gestellt werden sollten, damit die Güter (ihr entsprechender Wert) als zum Vermögen der betreffenden Person gehörend gerechnet werden könnten.

Der wirtschaftliche Wert ist laut der in dieser Untersuchung vertretenen Auffassung begriffsmässig unabhängig von den Normen der Rechtsordnung. Der Umstand, dass ein Gegenstand gestohlen ist, oder dass eine Forderung sich auf gesetzwidriges Verhalten stützt (z.B. das «Forderungsrecht» des Beamten, gestützt auf das Versprechen von Bestechungsgeldern) bedeutet an sich nicht, dass die in Frage stehende Sache oder Forderung ohne wirtschaftlichen Wert ist. Dagegen kann man sich fragen, ob das Strafgesetz 36: 1 auch solche Werte schützt? Auf

den ersten Blick kann es befremdend erscheinen, dass die Bestimmung sich auf solche wirtschaftliche Interessen erstreckt, die an sich etwas Ungesetzliches enthalten. Es erscheint nicht ganz logisch, dass die Rechtsordnung einerseits ein gewisses Verhalten verbietet (vielleicht sogar mit Strafandrohung) und andererseits ein Vorgehen bestraft, das ein solches Verhalten unmöglich macht.

Unsere Rechtspraxis hat jedoch folgerichtig wegen Betrug bestraft auch in dem Fall, wenn es sich um den Verlust eines obengeschilderten Wertes handelt. Trotz den vorgenannten Bedenken dürfte die Stellungnahme der Rechtspflege als richtig angesehen werden. Der Schutz wirtschaftlicher Interessen (im allgemeinen) gegen durch Täuschung machte Angriffe ist so wichtig, dass deren Verletzung auch in dem Fall nicht zugelassen werden darf, wenn sie an sich gegen die Rechtsordnung sind. Es ist zweckmässig den strafrechtlichen Schutz auch auf solche Werte auszudehnen, und dadurch konsequent und betont daran festzuhalten, dass wirtschaftliche Güter an sich geschützt sind u.a. gegen durch Täuschung gemachte Angriffe.

Hat denn der Charakter des Rechtsgeschäftes, worin eine Irreführung und Wertverlust auftreten, eine Bedeutung im Sinne der Anwendbarkeit des Betrugsparagraphen? Mit anderen Worten, erstreckt sich der Betrugsparagraph auch auf die Verursachung eines wirtschaftlichen Verlustes, der im Zusammenhang mit gesetzwidrigen oder gegen gute Sitte verstossende Rechtsgeschäfte erfolgt ist? Die gleichen Gründe, über die soeben gesagt wurde, dass sie auch gesetzwidrige Werte gutheissen innerhalb des Schutzes, den der Betrugsparagraph gewährt, dürften zu der Ansicht berechtigen, dass das Strafgesetz 36:1 auch Anwendung findet, wenn es sich um Irreführung und Verlust handelt, die im Zusammenhang mit gesetzwidrigen oder gegen gute Sitte verstossende Taten verursacht wurden. Und dies unabhängig davon, ob der verlorene Wert «rechtswidrig» war oder nicht. Dies ist auch die in unserer Rechtspraxis eingewurzelte Einstellung.

D. Über das Verhältnis zwischen Vorteil und Verlust

Im Zusammenhang mit der Aufklärung der Frage der Wirkung eines Betrugsdeliktes sei zum Schluss die Frage untersucht, ob ein Verlust laut dem finnischen Recht in irgend einer Weise mit dem Vorteil an-

geschlossen oder in Zusammenhang gebracht werden soll, den der Irreführende sich selbst oder einem anderen zu verschaffen sucht. Die Spitze des Strafgesetzes 36: 1¹ richtet sich, abgesehen von dem Wortlaut des Paragraphen, darauf, dass jemand einem anderen einen Verlust zufügt indem er einen Vorteil erstrebt durch «Erregung oder Unterhalten» eines Irrtums, und nicht nur darauf, dass er einem anderen durch Irreführung einen Schaden zufügt in Bereicherungsabsicht. Dies bedeutet auch, dass das Trachten nach einem Vorteil organisch an die andere Tatbestandsmerkmale gebunden ist, sodass eine Bereicherungsabsicht «ein Bestandtheil des Delikts ist», wie *Merkel* gewinnsüchtige Eigentumsverbrechen charakterisiert.

Aus dieser Gesetzesstelle kann man aber trotzdem nicht die Folgerung ziehen, dass gerade das, was für einen anderen Verlust bedeutet, unbedingt dasjenige sein muss, was der andere als seinen Gewinn erstrebte, und dass der erstrebte Gewinn von einer Person auf die andere übergeführt werden sollte als Verlust für den Erstgenannten. So bin ich der Ansicht, dass Kapitel 36, § 1, Mom. 1 des Strafgesetzes allerdings voraussetzt, dass der Täter einen Nutzen direkt aus dem Verhalten erstrebt, voraus auch der Schaden des anderen direkt folgt, dass aber der Paragraph keine Forderung auf die Korrelation des inhaltlichen oder qualitativen Verhältnisses stellt. Die praktische Bedeutung der Frage der Beziehung zwischen Nutzen und Schaden ist vom Standpunkt unseres Betrugsdeliktes jedoch von den Forderungen abhängig, die an das Verhalten des Irreführenden in subjektiver Hinsicht gestellt werden.

Laut 36: 1 Mom. 2 des Strafgesetzes wird als strafbarer Betrug auch ein derartiges Verhalten betrachtet, das einen Verlust verursacht auch ohne irgendwelche Bereicherungsabsicht. Wenn zwischen den beiden Momenten kein anderer Unterschied bestünde als das Fehlen der genannten Bereicherungsabsicht im 2. Mom., hätte auch die Frage der Beziehung zwischen Nutzen und Verlust keine praktische Bedeutung. Hierbei müsste nämlich der Irreführende, obgleich die genannte Beziehung zwischen dem von ihm erstrebten Nutzen und dem verursachten Schaden nicht bestehen, auf jeden Fall bestraft werden wegen Betrug laut Mom. 2.

Laut dem ersten Moment muss der Täter danach gehandelt haben sich selbst oder einem anderen gesetzwidrigen materiellen Vorteil zu verschaffen. Diese Bereicherungsabsicht ist im Betrug auf die gleiche Weise zu verstehen wie z.B. die Schädigungsabsicht im 21: 7 2. Mom. oder die Diebstahlsabsicht im 28: 3. Es handelt sich, wie *Mezger* über

das deutsche Recht sagt, um «ein "subjektives Unrechtselement", also ein ins Subjektive verflüchtigtes Tatbestandsmerkmal».

Die Anwendung des Mom. 2 in der Gesetzesstelle wiederum setzt die Feststellung voraus, dass der Täter ein Ergebnis durch Irreführung erstrebt hat, das materiellen Verlust eines anderen bedeutet.

Die Frage über den Zusammenhang zwischen dem beabsichtigten Vorteil und den dadurch verursachten Verlust ist somit auch von praktischer Bedeutung. Das erste Mom. findet Anwendung abgesehen von der Bereicherungsabsicht des Irreführenden nur in Fällen, wo der erreichte Vorteil und der verursachte Verlust beide unmittelbar aus der gleichen Täuschung folgen. Das 2. Moment kommt nur dann in Frage, wenn der Täter nachweisbar beabsichtigt hat einem anderen «Verlust von Gut oder Geld» zu verursachen. Somit bleiben ausserhalb des Betrugsparagraphen alle diejenigen Fälle, wo jemand einem anderen einen wirtschaftlichen Verlust zufügt durch Täuschung, ohne dass er den Verlust beabsichtigt hat, oder die Absicht hat direkt aus der Irreführung, aus welcher der Verlust entstand, einen Nutzen zu ziehen.

