

最高法院 110 年度台上大字第 3997 號案件

鑑定意見書

蔡聖偉 / 國立臺北大學法律學院教授

最高法院刑事大法庭 110 年度台上大字第 3997 號案件關於《貪污治罪條例》第 12 條之適用疑義，選任本人擔任法律鑑定人，謹提示以下書面法律意見供 鈞院卓參。

目次

- 壹、待決問題及正反論據
- 貳、第 12 條第 1 項的結構分析
- 參、個人/事理上的刑罰減輕事由？
- 肆、減輕刑罰的理由：不法減輕、罪責減輕還是政策性減輕？
 - 一、區分的意義及效果
 - 二、不法的減輕？
 - 三、相對於法定刑度的需刑罰性考量
- 伍、從需刑罰性看 5 萬元的數額計算問題
- 陸、結語

壹、待決問題及正反論據

本案基礎事實略為：甲、乙二人為桃園市政府殯葬管理所中壢區服務中心之公務員，負責辦理遺體火化等業務，竟基於職務上之行為收受賄賂之犯意聯絡，接續於 2012 至 2015 年間，共同向同一殯葬業者收取賄賂 111 次，總計得款新臺幣（下同）6 萬 9 千 5 百元，兩人各分得

半數 3 萬 4 千 7 百 50 元。法院認定甲、乙共同違犯《貪污治罪條例》(以下簡稱為「本條例」)第 5 條第 1 項第 3 款之不違背職務收受賄賂罪。然，立法者於同法第 12 條設有輕微案件之減輕刑罰規定，本案涉及其中第 1 項：「犯第 4 條至第 6 條之罪，情節輕微，而其所得或所圖得財物或不正利益在新臺幣 5 萬元以下者，減輕其刑」。本案中，甲與乙二人處於共同正犯的犯罪參與關係，共同所得財物已逾 5 萬元，然個人實際分得之財物則在 5 萬元以下，是否仍有該項減輕規定之適用，即非無疑，這也就是本件裁定的待決爭議。對此問題，技術上至少有合併計算與分別計算兩種處理方式。法條中僅規定「其所得或所圖得財物或不正利益」，無論採擇前述何一立場，應該都還是在法條文字的語意射程範圍內，亦即，單從法條文義無法得出確定的肯否結論。

支持合併計算的實務見解，除了早年針對《戡亂時期貪污治罪條例》所做成的判例及司法函釋外¹，近期也得到不少最高法院判決的支持²。其中最主要的論據，就是共同實行犯罪者應負共同責任。依此，只要共同犯罪者所得利益總額已逾 5 萬元，縱屬情節輕微，亦無本項之適用。

與此相對，支持分別計算者，如最高法院 105 年度台上字第 1314 號刑事判決，則提出了以下的論述：「前揭貪污治罪條例第 12 條第 1 項規定為處斷刑之減輕事由，非屬以犯罪所得作為犯罪構成（加重）要件之規定（如證券交易法第 171 條規定），而共同正犯各人之責任應分別而論，得為不同之量刑，各自之刑罰減免事由，亦不相涉，就共同正犯之犯罪所得財物於沒收時，本院已不採共犯連帶，而以各人實際分受所得之數為原則，且參諸實務上就亦為減輕事由之同條例第 8 條『繳交全部所得』，亦採各共同正犯祇需將個人實際所得繳交即有適用，則本諸相同法理，對於第 12 條第 1 項規定之『所得或所圖得財物』自不宜仍採共犯連帶之合併計算，而應以各人實際分受所得之數為準」。

¹ 如 53 年台上字第 2211 號、63 年台上字第 1410 號、66 年台上字第 1771 號等判例，另亦見司法行政部（68）台刑（二）字第 1615 號函釋。

² 如 102 年度台上字第 822 號、第 5043 號、104 年度台上字第 188 號、107 年度台上字第 824 號、第 4426 號、109 年度台上字第 4457 號、110 年度台上字第 3041 號等刑事判決。

貳、第 12 條第 1 項的結構分析

本條例第 12 條的前身為《戡亂時期貪污治罪條例》第 9 條，該條係於 1963 年增訂，當時的內容為「犯本條例之罪，情節輕微，而其所得財物在 3 千元以下者，適用有較輕處罰規定之刑法或其他法律」。應可合理推測立法者當時係考量到本條例嚴苛的法定刑度，為避免情輕法重的適用結果，故於情節輕微的案件排除本條例的適用。直到 1992 年，立法者始將本條的法律效果改為「減輕其刑」(第 11 條第 1 項)。蓋若依舊法的法律效果，當相關犯行在刑法或其他法律中並未設相應的處罰規定時，反而只能依本條例處罰³，導致輕重失衡的不公平現象，這就是促成該次修法變更法律效果的原因，改以「減輕其刑」作為法律效果便可避免上述輕重失衡的問題⁴。自彼時起，本項即成為一款減輕刑罰事由 (Strafmilderungsgründe)。以下，先分析本項構成要件的結構。

本項的構成要件含有 3 個要素，分別是：①違犯罪名之限制 (犯第 4 條至第 6 條之罪)、②輕微性 (情節輕微)，以及③所得 (圖) 利益之數額限制 (所得或所圖得財物或不正利益在 5 萬元以下)。其中，②與③兩個要素間的關係為何，有必要先行釐清。乍看之下，很容易會把「所得 (圖) 利益之數額限制」理解成「輕微性」的具體例示。因為行為人的得利往往來自於他人的損害，而損害額度對於許多犯罪來說，正是結果不法 (Erfolgsunrecht) 的關鍵要素；損害較小，情節便較輕微，即屬微罪⁵。但從本項構成要件的結構來看，輕微性與所得利益額度限制這兩個要素是連言式 (konjunktiv) 的結合，形式上並非選言 (disjunktiv) 連結的例示型選擇要素 (Exemplifikation)⁶，故應為兩個相互獨立的要件。既然得利數額在 5 萬元以下並不是輕

³ 此見最高法院 67 年度第 5 次刑事庭推總會議：某甲對於受公務機關委託承辦公務之某乙，關於違背職務之行為，交付賄賂。雖經認為情節輕微，而其交付財物又在 3 千元以下，但因刑法或其他法律並無處罰明文，即無戡亂時期貪污治罪條例第 12 條第 2 項之適用，某甲之行為，應依同條例第 11 條第 2 項、第 1 項之規定處罰。

⁴ 見立法院公報，81 卷 53 期，62 頁。

⁵ 但是在一般的財產犯罪，上萬元的財產損害應該沒有被評價成輕微的可能。由此亦可知，本條將減輕的門檻設定在 5 萬元，所考慮的因素顯然不只是財產損害，而是著眼於嚴苛的法定刑度。這部分的考量自然就超脫犯行不法內涵的高低問題，而是下文肆、三、所稱「相對於法定刑度的需刑罰性考量」。

⁶ 例示型選擇要素，就是立法者先訂出一個概括條款，再選言式地附加上一些具體事例，以求在法條中將概括

微性的表徵、例示，就不能以此作為認定輕微性的基礎，而必須透過得利數額以外的其他事實來認定情節是否輕微⁷。於此必須留意的是，得適用本項減輕規定的罪名相當多，第 4 條至第 6 條的刑罰制裁規範至少包含了 13 種行為類型，其間的差異頗大。在不同的類型中，得以認定情節輕微的根據亦各不相同。抽象地說，法官必須檢視案件中一切具量刑重要性的情狀綜合考量，判斷具體案件是否和通常情形有所偏離，以致於適用正常的法定刑度顯得過於嚴苛⁸。像是行為人的行為動機、行為目的、手段的危險性、犯行的強度、受到的外在壓迫或刺激等事實，均可能作為判斷指標⁹

同樣的狀況也會發生在得利額度的限制上，在不同的適用類型中，得利數額便可能具有不同的意義。舉例來說，對於其中具財產犯罪屬性的類型來說，像是第 4 條第 1 項第 1 款（竊取或侵占公用或公有財物）、第 5 條第 1 項第 2 款（利用職務機會詐取財物）及第 6 條第 1 項第 3 款（竊取或侵占非公用之私有財物），得利數額往往就是侵害結果的表徵，涉及到結果不法，數額較低便意味著較輕微的不法內涵。與此相對，對於第 5 條第 1 項第 3 款（職務上受賄）和第 4 條第 1 項第 5 款（違背職務受賄）來說，賄賂數額的高低就未必與不法內涵相關¹⁰。

條款予以具體化；像是「賄賂或其他不正利益」、「信函或其他封緘文書」、「強暴、脅迫、恐嚇或其他違反被害人意願之方法」，以及「毒品、麻醉藥品、酒類或其他相類之物」等。由於概括條款才是立法者原本要描述的構成要件要素，而其他例示概念的添加只是為了強化法安定性。由於例示概念與概括條款處於語意上的包含關係，所以這些選擇要素（具體的例示以及概括條款）係屬同一個構成要件要素

⁷ 已見最高法院 108 年度台上字第 2875 號刑事判決：犯貪污治罪條例第 4 條至第 6 條之罪，情節輕微，而其所得或所圖得財物或不正利益在 5 萬元以下者，減輕其刑，同條例第 12 條第 1 項定有明文。亦即必須所犯係同條例第 4 條至第 6 條之罪，而同時具備「情節輕微」暨「其所得或所圖得財物或不正利益在 5 萬元以下」二項要件者，始可依上述規定減輕其刑。而情節輕微與否，應依一般社會通念，審酌貪污舞弊之手段、型態、戕害吏治之程度及對社會秩序、風氣之影響等一切情節予以認定，並非所得或所圖得財物或不正利益在 5 萬元以下，當然可認為「情節輕微」。

⁸ 見游明得，治未指錄：健康政策與法律論叢，7 期，104 頁。

⁹ 另參閱游明得，前揭文，114 頁。

¹⁰ 類似問題也會出現在附屬刑法中常見的「億元加重條款」。現行法中，為數不少的刑罰制裁規範以 1 億元作為加重處罰的要件，像是保險法第 167 條第 1 項後段、第 168 條之 2 第 1 項後段、信用合作社法第 38 條之 2 第 1 項後段、第 38 條之 3 第 1 項後段、信託業法第 48 條第 1 項後段、第 48 條之 1 第 1 項後段、第 48 條之 2 第 1 項後段、銀行法第 125 條第 1 項後段、第 125 條之 2 第 1 項後段、第 125 條之 3 第 1 項後段、金融控股公司法第 57 條第 1 項後段、第 57 條之 1 第 1 項後段、農業金融法第 39 條第 1 項後段、第 40 條第 1 項後段、

文獻上對於刑法上的減輕規定的規範屬性有不同的分類，以下就從其中較為相關的分類來檢視，是否能夠從中對於本條例第 12 條第 1 項的計算問題推導出特定結論。

參、個人/事理上的刑罰減輕事由？

減輕刑罰事由，和其他以「免除其刑」作為法律效果的「免除刑罰事由」同屬「刑罰限制事由」(Strafeinschränkungsgründe)¹¹。此外，在刑法上以「不罰」作為法律效果的規定中，除去阻卻違法和阻卻罪責的規定，餘者則為「刑罰排除事由」(Strafausschließungsgründe)。依照學說看法，這些規定都可再分成個人 (persönlich) 的事由/事理上 (sachlich) 的事由兩大類。前者像是自首、自白等，後者則像是國會議員的言論免責權、刑法第 26 條 (無危險之不能未遂)，或是第 190 條之 1 第 8 項 (情節輕微條款)。個人的刑罰排除或限制事由僅適用於那些自身實現相關事由的「特定人」¹²，與此相對，事理上的刑罰排除或限制事由則與客觀處罰 (可罰性) 條件近似，重在立法者設定的條件是否在客觀上實現，一旦實現，則所有參與者均有相關之刑罰排除或限制規定的適用。

本條例第 12 條第 1 項在規範屬性上，應歸入個人減刑事由還是事理上的減刑事由，文獻上未見任何討論。就結論來說，本文認為該項規定應屬一種事理上的刑罰限制事由，理由詳見下文肆、三。但即便認定該項規定為個人之減刑事由，由此也只能推出「其適用與否依個人情況認定」，而無法繼續推導出共同參與者應分別計算的結論，減輕事由的「個人性」(依個人情況來決定該項規定適用與否) 與「個別計算」二者間，並沒有推論上的關聯性。且如前文壹、所言，本項賄款數額要件僅稱「其所得或所圖得財物或不正利益」，語意上並沒有排除同案其他共同正犯的所得或所圖得之利益。而在認定個人減刑事由的諸項要件時，也不是全然不考慮

票券金融管理法第 58 條第 1 項後段、第 58 條之 1 第 1 項後段、證券投資信託及顧問法第 105 條之 1 第 1 項後段等。這些法律規範內容各異，1 億元所代表的意義自然也會有所不同。已見江朝聖，華岡法粹，65 期，122 頁。

¹¹ 用語參考自 Wessels/Beulke/Satzger, AT, 2021, Rn. 496; Kindhäuser/Zimmermann, AT, 2020, 6/17。

¹² 僅參閱林鈺雄，新刑法總則，2021 年，329 頁；Jescheck/Weigend, Lb, 1996, S. 554。另有稱此為「與角色相關的條件」(rollenzugehörige Bedingungen)，語見 Jakobs, AT, 1991, 10/15 ff。

行為人個人以外的事實。就好比刑法第 27 條的中止減免，學說上一致認為該條規定在屬性上是一種個人的減免刑罰事由，但其中「防止犯罪結果之發生」要素，顯然就不會只看個人的行為貢獻，而是也會受到其他參與者的行為所影響。

更重要的是，為何本項減輕規定應歸類於個人之刑罰減輕事由？事實上，個人的刑罰減輕事由這個稱謂，只不過是在標示法律效果（僅適用於特定個人而不能從屬）而已，恐怕無法由此推導出任何規範性的結論。有文獻指出，刑罰限制事由究竟應定性成個人還是事理上的事由，取決於那些促使立法者放棄（完整）刑罰的理由是否也適用於其他參與者¹³。依此，真正的關鍵還是在於這個二分背後的區別標準。於此，就必須逐一探究相關規定調整法定刑度的理由。

綜上，我們可以提出一個中間結論：無法直接從貪污治罪條例第 12 條的規範屬性（個人或事理上的減輕事由）對於本案所要處理的問題（合併計算 vs. 分別計算）導出特定結論。即便將之定性成個人的減輕刑罰事由，也還是有可能採取共同正犯合併計算的立場。

肆、減輕刑罰的理由：不法減輕、罪責減輕還是政策性減輕？

一、區分的意義及效果

透過立法者減輕處罰的不同根據，我們可以將減輕刑罰規定區分成「不法減輕事由」、「罪責減輕事由」，以及基於刑事政策而設的減輕事由三者。現行刑法典中，依照通說看法，著眼於犯行較輕之不法內涵而減輕者，包括像是幫助犯的減輕（第 30 條第 2 項）、未遂犯的減輕（第 25 條第 2 項）等。另外也有基於較輕之罪責內涵而設者，如限制責任能力（第 18 條第 2 項及第 3 項、第 19 條第 2 項）、可避免之禁止錯誤（第 16 條但書）、防衛過當（第 23 條但書）、避難過當（第 24 條第 1 項但書）等減輕規定。最後，出於刑事政策的考量而減輕者，則像是無危險之不能未遂（第 26 條）、中止（第 27 條）、自首（第 62 條、第 122 條第 3 項但書）、特定犯罪之自白（第 122 條第 3 項、第 166 條、第 172 條）、送回被誘人（第 244 條）及釋放被擄人之減輕（第 347 條第 5 項）、兩小無猜條款（第 227 條之 1 第 1 項），以及近親間竊盜的免刑（第 324 條第 1 項）等。與前面個人/事理上之減刑事由的分類不同，這裡的分類並非法律

¹³ Roxin/Greco, Strafrecht, AT, 2020, 23/26。

效果的重述，而是著眼於相關規範的實質內涵。探究本條例第 12 條第 1 項的減輕依據，有可能在賄款數額限制的要件上，找出一些導向合併計算或個別計算的線索。

首先，在共同正犯的情形，會產生所謂不法事實的交互歸責 (wechselseitige Zurechnung) 效果；亦即，每個參與者的行為貢獻都會結合成一個整體行為，所有人都要對整體不法事實的出現負擔責任；自己未親手實現的不法事實，也會如同親手實現般地歸責於己¹⁴。依此，在共同行為決意及分工的範圍內，所有共同正犯在不法內涵的認定上均屬相同，基於交互歸責的法理，各成員應論處的罪名相同，均適用相同的法定刑度¹⁵。如果本條例第 12 條第 1 項減輕刑罰的根據在於不法內涵較低，那麼數額限制就是一個與犯行相關 (tatbezogen) 的不法事實；只要這個事實是在共同行為決意的基礎上，即屬共同正犯間交互歸責的對象¹⁶。隨而，在審查賄款額度的 5 萬元門檻時，就要以整體收賄的總金額為斷，亦即應採取合併計算的方法。一如電影東方快車謀殺案 (Murder on the Orient Express) 中，被害人身中 12 刀而死亡，事後確認這 12 刀是由 12 名兇手依約每人刺一刀，每個行為人都不能主張自己僅需為其親手刺出的那一刀負責。由於歸責擴張的道理，這 12 刀不會被切分開評價。本條例第 12 條第 1 項的減輕是否建構在不法減輕的基礎上，牽涉到公務員受賄罪的義務犯屬性以及保護法益的認定問題，我們將在下段單獨處理。

反之，如果減輕刑罰的理由在於罪責內涵較低，鑑於罪責應個別判斷、沒有擴張或從屬的餘地，能否適用相關減輕規定便應取決於個別參與者的自身條件是否合於條文所列之要件。最清楚的例子，就是限制責任能力、可避免之禁止錯誤以及防衛過當與避難過當等減輕規定。另外像是刑法第 167 條的減輕 (湮滅證據者與他案行為人間的特定親屬關係)，也是一個罪責減

¹⁴ 通說看法，僅參閱陳子平，刑法總論，2017 年，504 頁；許澤天，刑法總論，2021 年，291 頁；德國學界亦同，僅參閱 Kühl, AT, 2017, 20/100; Frister, AT, 2020, 25/18。

¹⁵ 須說明的是，通說雖然主張義務犯的類型不適用犯罪支配理論 (僅見林鈺雄，新刑法總則，2021 年，422-423 頁；王皇玉，刑法總則，2021 年，428-432 頁)，但這是指正犯 (行為主體) 的認定係依照義務地位來認定 (而非支配力)。義務地位是構成要件實現的必要條件而非充分條件，參與者的實行行為也必須能夠涵攝至相關構成要件下，因此，個別參與者的各自行為間原則上也會產生相互的歸責；此參閱 Matt/Renzikowski/Haas, StGB, 2020, § 25 Rn. 102; Frister, AT, 2020, 25/19。

¹⁶ 見 Sch/Sch/Heine/Weißer, StGB, 2019, § 25 Rn. 91。

輕的例子¹⁷。本條例第 12 條第 1 項若是罪責內涵的減輕，在本案的待決問題上就會傾向採取個別計算的立場；因為會直接影響到期待可能性者，似乎只有自己實際獲取的部分。不過，就算賄款金額高低會影響到罪責內涵（期待可能性的高低），恐怕也應該是和本條預設的方向相反，亦即，應該是數額越高越會令人難以抗拒，賄款金額越低，反而越可期待公務員能夠抵擋誘惑。我們當然可以爭執這種心理壓力預測或猜想的可靠性，但無論如何可以確定的是，期待可能性與賄款金額之間並沒有邏輯或經驗上的必然連結，無從證立低數額與期待可能性降低之間的推論關聯性。因此，這裡可以先行確定，本條例第 12 條的減輕無法從罪責內涵降低的角度來詮釋。

二、不法的減輕？

依前文貳、的分析，收賄數額的限制並非情節輕微的例示，並且得適用本項減輕規定的罪名相當多，第 4 條至第 6 條的刑罰制裁規範所包含的十來種行為類型，其間差異也相當大；行為人得利數額的高低，在不同類型中的意義可能也會有所不同。對於那些具有財產犯罪本質的類型來說，像是本條例第 4 條第 1 項第 1 款（竊取或侵占公用或公有器材、財物）、第 2 款（藉勢或藉端勒索、勒徵、強占或強募財物）、第 5 條第 1 項第 2 款（利用職務機會詐取財物）以及第 6 條第 1 項第 3 款（竊取或侵占職務上持有之非公用私有器材、財物）等，由於行為人的得利往往來自於他人的損害，而財產損害的大小確實會關係到結果不法，過程雖然迂迴，但還是有將數額限制定性成不法要素的可能¹⁸。不過對於本條例第 4 條第 1 項第 4 款「以公用運輸

¹⁷ 本條減免規定所考量的是行為人身處的衝突情境（對法秩序忠誠 vs 對親屬忠誠），動機壓力會使其依循自身不法認知而行為的能力大幅降低，致使法規範期待他遵守湮滅證據禁令的程度也必須隨之調降，是一種罪責上的宥恕（Walter, LK-StGB, § 258 Rn. 138; Rönnau, LK-StGB, Vor § 32 Rn. 338 f.）。至於此一親屬關係應取決於客觀事實還是主觀想像，則存有爭議，詳見蔡聖偉，台灣法學雜誌，261 期，141-143 頁。

¹⁸ 在證券交易法第 171 條第 2 項的一億元加重規定中，「犯罪獲取之財物或財產上利益金額」要件與法益侵害程度間的關係更加迂迴。有學者即指出：除非犯罪所得的額度恰好與法益侵害的程度成正比，否則犯罪所得的多寡與犯罪的不法程度未必成正相關（薛智仁，台灣法學雜誌，212 期，202 頁）。除此之外，第 12 條這裡還有另一個前文註 5 已經提過的問題，也就是在一般的財產犯罪，上萬元的財產損害應該沒有被評價成輕微的可能。就拿德國刑法第 248a 條來對比，該條是竊取或侵占價值輕微之物的特別處理規定（改成告訴乃論），其竊盜或侵占的客體是「價值輕微之物」（geringwertige Sache），德國最高法院認定的數額區間是落在 25 到 30 歐元（約新臺幣 780 至 940 元）之間，參閱 Fischer, StGB, 2021, § 248a Rn. 3a。

工具裝運違禁品或漏稅物品」的類型來說，行為人自己獲利的多寡，便明顯和該犯行的不法內涵無關。同樣的情形，也會發生在第 5 條第 1 項第 3 款與第 4 條第 1 項第 5 款的公務員受賄罪。

在公務員受賄罪的脈絡下，賄款數額與犯行的不法內涵二者間，同樣也難以建構論理上的關聯性。受賄罪是一種純正特別犯 (*echte Sonderdelikte*)，也是一種義務犯 (*Pflichtdelikte*)¹⁹，構成要件要求行為人須具備特定的主體資格，以此作為建構刑罰的必要條件²⁰。故特別犯的行為主體乃身處特定義務地位 (*Pflichtenstellung*) 之人，犯行的不法核心在於其侵害了相關的特定義務²¹。依此，會影響到不法內涵的高低者，是行為人的義務違反程度，但其所收受的賄款多寡則否。舉例來說，一個約定從事違背職務行為的公務員，縱使賄賂僅 1 萬元，其不法內涵也會高於以 10 萬元賄款作為對價，但約定從事之行為合乎職務義務的情形。即使將變項控制在賄款金額，針對相同的職務行為，約定賄款 1 萬元的情形也很難說在不法內涵上必然輕於約定 10 萬元賄款的情形。

另外再從保護法益的視角來觀察，文獻上對於公務員受賄罪提出了的各種法益見解，計有：公共職務的純正性、公務行為的不可收買性、國家意志的不可竄改性、國家公務執行的公正性²²、職務行為的合法性²³、公眾 (國民) 的信賴²⁴，也有直接綜合所有不同說法的複合式法益理

¹⁹ 如 Roxin, AT/2, 2003, 25/267 ff.。

²⁰ 見 Kühl, AT, 2017, 20/13。

²¹ 參閱 Frister, AT, 2020, 25/19, 26/31。

²² 如周治平，刑法各論，1972 年，95 頁；蔡墩銘，刑法各論，2006 年，624 頁；黃榮堅，台大法學論叢，38 卷 4 期，319 頁。

²³ 如周漾沂，月旦刑事法評論，5 期，112 頁以下。

²⁴ 在此大方向下，有指公眾對於公職純正與不可收買性的信賴者 (如許澤天，刑法分則 (下)，2021 年，484-485 頁)，亦有指社會對於公務員等職務公正的信賴者 (如陳子平，刑法各論 (下)，2020 年，582 頁；另如許恒達，貪污犯罪的刑法抗制，2017 年，65-66 頁；人民對於行政權依法執行公務的共通信賴)，或是國民對於公務員廉潔及公正執行職務的信賴者 (如甘添貴，刑法各論 (下)，2013 年，377、379 頁)。

解²⁵。早年實務上強調公務執行的公正性²⁶，近期則有「維護國家體制功能健全無虞」²⁷或是對於行政部門特定信賴²⁸的說法。無論從其中何種觀點，都無法證立賄款數額高低與法益侵害程度之間的論理關聯性。小額貪污不但無法得出法益侵害程度較低的結論，還會引發「連這點錢都要貪」或是「這點錢就能收買」的負面觀感，造成公務員貪婪、很輕易就可以收買公務行為的印象，對於公務員公正的信賴影響反而更加強烈。

三、相對於法定刑度的需刑罰性考量

排除了透過不法減輕及罪責減輕來詮釋第 12 條第 1 項的可能性後，還剩下基於刑事政策的考量而減輕的選項。所謂刑事政策的觀點 (kriminalpolitische Gesichtspunkte)，簡言之，就是審酌相關行為的「需刑罰性」(Strafbedürfnis)²⁹：是否存有以刑罰 (或完整的刑罰) 來反應相關犯行的實際必要性³⁰。德國文獻中，經常可見到應刑罰性 (Strafwürdigkeit) 與需刑罰性這組對應的概念。當犯罪成立要件齊備，亦即構成要件該當、違法且具罪責時，相關行為即屬「應罰」(strafwürdig)，形成了處罰可能性 (Bestrafungsmöglichkeit)。但一個應罰的行為，只有在預防觀點下係屬有必要施加刑罰時，始屬「需罰」(strafbedürftig)³¹。應罰的行為原則上也同時具備需刑罰性，從需刑罰性來阻卻或調整法律效果毋寧是例外。

立法者有時也會基於刑罰需求性的考量，制訂特別規定來調整特定犯行的法律效果。當行為人所為的行為在一般大眾心目中侵害法規範的意義較薄弱時，該行為所引發的制裁需求性也就會相應地降低。鑑於國家對於規範侵害 (犯罪行為) 的反應必須合乎比例，針對欠缺需刑罰

²⁵ 如林山田，刑法各罪論 (下)，2005 年，72 頁；Wessels/Hettinger/Engländer, BT/1, 2020, Rn. 1082

²⁶ 如最高法院 28 年上字第 3136 號、69 年台上字第 1414 號等判例。

²⁷ 如最高法院 107 年度台上字第 4477 號刑事判決。

²⁸ 如最高法院 97 年度台上字第 931 號、106 年度台上字第 130 號、107 年度台上字第 3164 號、107 年度台上字第 823 號等刑事判決。

²⁹ 需刑罰性，亦可譯為「刑罰需求性」，文獻上也被稱作「制裁需求性」(Sanktionsbedürftigkeit) 或「反應需求」(Reaktionsbedürfnis)；僅參閱 Niepoth, JA 1994, S. 339 f., 341 f.。

³⁰ 見 Stratenwerth/Kuhlen, AT, 2011, 7/29。類似說法亦見黃榮堅，基礎刑法學 (下)，2012 年，665 頁：刑罰在一般預防功能上的必要性問題。

³¹ 見 Roxin/Greco, AT/1, 2020, 23/38。

性或是需刑罰性明顯低微的情形，立法者可以預先在法律中規定放棄或減輕反應的可能性³²。是否要制訂特別規定調整法律效果，立法者原則上享有自由³³。而立法調整後的法律效果，究竟是單純的減輕刑罰或免除刑罰（免刑），還是完全放棄刑罰（不罰），同樣屬於立法者的形成自由³⁴，是一個刑事政策上的決定，要以比例原則為導向，取決於立法者對於「就規範效用的維持來說，是否需要動用刑法（或者是否需要透過完全的刑罰）來反應此種行為」這個問題的判斷結果³⁵。

如前文貳、所述，立法者於 1963 年增訂本條的前身（戡亂時期貪污治罪條例第 9 條）時，應該是考量本條例法定刑度相當嚴苛，為避免情輕法重的結果，在情節輕微的案件排除本條例的適用。儘管現行法的法律效果已從原本「適用有較輕處罰規定之刑法或其他法律」改成「減輕其刑」，但這應該不會影響原初的立法動機，只是轉形成：「較不嚴重」的案件沒有適用本條例嚴苛法定刑度的需求。此處所稱的刑罰需求性降低，是相對於本條例第 4 條至第 6 條的法定刑而言³⁶，而不是和各該犯行於刑法分則中相應罪名的法定刑相比。

受賄金額的高低，雖然不會影響到本罪犯行的不法內涵，但可能會對於公眾的負面印象（貪婪程度）有所影響。舉例來說，有可能成為報紙頭條的，是「承辦公務員向業者收賄五千萬」這樣的新聞，而不會是「承辦公務員向業者收賄五千元」。因此，對於低微金額賄款的刑罰反應需求比較沒有那麼強烈，特別是相對於本條例第 5 條第 1 項 7 年有期徒刑起跳的法定刑度。

附帶說明的是，本鑑定意見不擬處理立法層次的問題，故在前文均未質疑立法者用 5 萬元

³² 中止的減免就是一個典型範例，參閱 Bloy, JuS 1993, L 34, 35; MK-Freund, 2005, Vor §§ 13 ff. Rn. 355 ff.。

³³ 參閱 Jescheck/Weigend, Lb, 1996, S. 552。

³⁴ 就此而言，立法者於 2005 年修法時，將原本刑法第 26 條但書的法律效果從「減輕或免除其刑」修改為「不罰」，同樣也只是法律效果輕重的調整，並不會造成條文解釋上的本質差異。

³⁵ 類似說法已見 Samson, Grünwald-FS, 1999, S. 600 f.。

³⁶ 罪刑嚴重失衡的問題普遍存在於本條例中，像是第 4 條第 1 項對於「竊取或侵占公有財物」或是「以公用運輸工具裝運漏稅物品」這類的行為，竟搭配了「無期徒刑或 10 年以上有期徒刑，得併科新台幣 1 億元以下罰金」這般嚴苛的法律效果。根本解決之道，應該是廢止本條例，將其中值得留存的罪名併入刑法分則編的瀆職罪章中，並重新檢視、調整法定刑度。全面性的分析，可參閱余振華，法令月刊，59 卷 6 期，27 頁以下；林書楷，興國學報，15 期，175 頁以下。

作為減刑門檻的正當性或妥適性，而是以實定法規定作為論述的前提，僅止於純粹的法釋義學演繹。立法者當初定下具體的利益數額，背後應該沒有什麼理論依據³⁷。鑑於第 12 條要適用於十來種行為類型，數額對於不同類型具有不同意義，加上物價持續波動，訂出具體數額的立法模式欠缺彈性，立法上或可考慮僅以「情節輕微」作為要件。像是德國刑法第 248a 條（竊取或侵占價值輕微之物）³⁸，就是以「價值輕微」（geringwertig）作為要件，而沒有訂出具體數額，委由司法實務補充發展。

伍、從需刑罰性看 5 萬元的數額計算問題

從需刑罰性的觀點來詮釋本條例第 12 條的刑罰減輕，在處理同一受賄事件中數名參與者的賄款計算問題時，就可以看到比較清晰的方向。由於這裡的減輕並非涉及行為人的特殊個人情狀，而是基於行為本身的屬性（賄款數額未達 5 萬元門檻+情節輕微），所以應該是一種事理上的減輕刑罰事由。

事實上，第 12 條所劃出的這條界限，同時也就是適用正常法定刑度（不減輕）的門檻。若從這角度來觀察，該條的要件在性質上就會和客觀處罰（可罰性）條件類似³⁹，都是立法者基於刑事政策的考量對於特定法律效果附加上的條件，只有當這些條件成就時，才會引發相關的法律效果。而在認定客觀處罰條件是否成就時，所有參與者的行為都可能影響處罰條件的成就，而非個別認定，且條件成就與否，效果也會及於所有的犯罪參與者。將此原理套用到本條例第 12 條第 1 項，那麼在同一個貪污事件中，判斷有無超過賄款數額門檻時，就不應區分個

³⁷ 像是 1992 年修法時，將原本的 3 千銀元（新臺幣 9 千元）改定為新臺幣 5 萬元，修法理由中僅提到「參酌社會經濟情況，將第一項及第二項適用較輕處罰規定之標準均予提高，並改以新臺幣為單位」（立法院公報，81 卷 53 期，63 頁），而無任何進一步的說明。

³⁸ 該條條文的簡要說明可參見前註 18。

³⁹ 客觀處罰條件也是一種刑罰限制事由（參見 Jescheck/Weigend, Lb, 1996, S. 556），文獻上早有指出，客觀處罰條件與事理上的刑罰限制（或排除）事由本質上相同，只是形式上有所差異而已（見 Roxin/Greco, AT/1, 2020, 23/5）。舉例來說，行為人對其所指謫傳述之事若能證明為真實，便不會受到誹謗罪的處罰，這在我國刑法和德國刑法上均然。但我國刑法第 310 條第 3 項本文採用了刑罰排除事由的描述方式（能證明其為真實者，不罰），德國刑法第 186 條則是將「若無法證明事實為真實」加入構成要件中，亦即採用了客觀處罰條件的描述方式。但無論是何種立法模式，所要表達的內容均屬相同，本質也不會有所改變。

別參與者收受的賄款，而必須一體判斷，就整體的收賄總額、所得利益的總數來認定一般預防需求的高低，亦即有無適用正常刑度的必要，而非依照個別參與者的實際獲利數額來認定。因為每一個人收受的賄款，都是影響外部考慮刑罰需求的事實⁴⁰。如此也才不會讓這個減刑與否的規範性問題，受到共同犯罪者內部的分贓比例約定這個偶然事實所影響。依此，共同索賄 8 萬元，無論雙方約定各分得 4 萬元還是分成 7 萬與 1 萬，都沒有本條規定的適用。

本案提案徵詢的刑事第 8 庭採合併計算說，結論與本鑑定意見相同，但論證過程則有差異。以下，便基於前面分析的結論，來對照思索提案裁定參、所列出的幾個主要論據，提出一些補充說明或不同看法。

首先，本人完全贊同理由五、中，關於共同正犯利得沒收與此處分別計算的敘述。確如其中（一）所言「犯罪所得之沒收，在於剝奪犯罪行為人之實際犯罪所得，使其不能坐享犯罪之成果，以杜絕犯罪誘因，性質上屬類似不當得利之衡平措施，著重所受利得之剝奪」，即便在共同正犯間，也應以分別宣告為原則⁴¹。但這是利得沒收制度的目的使然，與本條例第 12 條的數額計算問題係屬二事，其間並無推論關聯，不應混為一談。縱使對於共同正犯分別宣告沒收，但在第 12 條處採合併計算，也不會有前後扞格的問題。其次，理由二、指出「減刑與否不應受行為人之間的賄款分約定影響」乙點，本人亦深表贊同，蓋共同正犯間賄款分配的約定比例純屬一偶然事實，需刑罰性的高低不應受此影響。但在另一方面，本人於以下幾個環節，有不同於刑事第 8 庭的意見：

前面所列的理由一、強調共同正犯之責任共同原則，並以此作為合併計算的理由，也是合併計算陣營的一個常見論據。然，這個論據要能夠成立，前提就是把本條例第 12 條第 1 項的減輕理解成一種「不法減輕」，如此方能從共同正犯的不法歸責擴張連結上合併計算的立場。但依本文看法，第 12 條的減輕理由並非不法內涵較輕，而是需刑罰性降低，國家要回復受干擾的法秩序所需要的強度不需如一般情形，合併計算與共同正犯的不法歸責擴張間，並沒有直

⁴⁰ 倘若本案中的甲與乙之間並無任何聯繫，雙方都不知道他方受賄的事實，純粹為收受賄賂的同時犯，若對於他方受賄的款項並無預見之可能，是否還能夠合併計算，可能還有討論的空間，不過本案事實並非如此，就不再繼續深究。

⁴¹ 詳可參閱林鈺雄，沒收新論，2020 年，325 頁以下。

接關係。

理由二、提到「共同正犯藉由分工合作、互相利用，以遂行其犯意之實現，其主觀之惡性及對法益之侵害均甚於單獨正犯，不法內涵亦有過之」，本人對於這部分也有不同看法。就以前面提到的東方快車謀殺案來說，被害人身中的 12 刀，無論是一人單獨完成還是分由 12 名共同正犯協力，在不法的評價上應屬相同。

最後，理由四、指出「至於貪污治罪條例第 12 條係以犯罪之結果（即所得或所圖得財物或不正利益之金額）作為減刑事由，其性質與上開行為當時或行為後存在之特定行為人個別事由迥異，而與刑法第 25 條第 2 項係以結果之不發生資為減刑事由相近，難認屬個人減免刑罰或單純屬量刑事由，自無從排除責任共同原則之適用」。本人針對這段敘述要提出一些補充意見。就如前文（參、）所說，個人的減刑事由這個稱謂只是法律效果的宣示，無法由此推導出應合併計算還是個別計算的結論。依本文看法，第 12 條在屬性上應屬一種事理上的減輕刑罰事由，故就反對將之歸類於個人減刑事由這個結論來說，本文與刑事第 8 庭意見一致。而前段文字認為本條和刑法第 25 條第 2 項相似，由於通說認為既遂犯與未遂犯的不法內涵差異存於結果不法⁴²，故此處確實也可與該庭不法減輕的立場相互呼應。但在技術上，公務員受賄罪應屬行為犯，而非結果犯，受賄款項並非此種意義下的構成要件結果，故用詞上似可再斟酌。而從本文所採的立場來看（需刑罰性降低），其實也可以和刑法第 25 條第 2 項對照，但前提是透過需刑罰性（而非不法）的差異來詮釋既遂犯與未遂犯之間的差異⁴³。

陸、結論

立法者於貪污治罪條例第 12 條所設的減刑條款，背後沒有什麼深奧的法理考量，我們只能從既有體系中，提出盡可能合乎釋義學法理的解釋。以下，再簡單彙整本鑑定報告的主要結論：

⁴² 僅參閱許澤天，刑法總則，2021 年，379 頁。

⁴³ 詳見蔡聖偉，刑法問題研究（一），2008 年，84 頁以下。類似看法，亦見黃榮堅，基礎刑法學（下），2012 年，476-477 頁、515-516 頁、532-534 頁。

- (1) 個人/事理上的刑罰限制事由的分類只是法律效果的宣示，且其中的類別與合併計算/個別計算的問題之間，也沒有推論關聯性。
- (2) 得適用貪污治罪條例第 12 條的行為類型眾多，5 萬元的賄款數額限制，有可能隨著所採行為類型的差異而具有不同意義。
- (3) 在公務員受賄的類型，第 12 條減輕刑罰的理由並非來自於不法內涵或罪責內涵的減輕，而是基於刑事政策考量。亦即，立法者考量到此種情形（數額 5 萬元以下 + 情節輕微）對應到相關的法定刑度顯不相當，不具備與第 5 條第 1 項法定刑度（7 年以上有期徒刑）相稱的需刑罰性，故調整法定刑，降低刑罰反應的強度。
- (4) 從刑罰需求較低的角度來看，在同一貪污案件中，認定得否適用本條例第 12 條第 1 項的減輕規定時，於其中賄款數額限制的要件上，就應以收賄的總額來計算；亦即，所有共同正犯收受的賄款應合併計算。這裡就和客觀處罰條件的認定類似，所有參與者都可能會影響處罰條件的成就，而非個別認定。
- (5) 本文中，由於甲與乙兩人收取的賄賂總額已逾 5 萬元，故無該條減輕規定的適用。如此才不會讓「有無第 12 條之適用」這個規範性問題，取決於共同涉案的公務員內部分贓比例約定這個偶然事實。
- (6) 利得沒收制度重在剝奪行為人透過不法行為所取得的不當利得，即便在共同正犯類型，原則上亦以分別宣告為原則，但此處的結論與第 12 條第 1 項受賄款項數額的計算問題無關。