

最高檢察署

刑事大法庭言詞辯論意旨書

(110 年度台上大字第 3997 號)

檢察官 吳慎志

蔡秋明

林麗瑩

李進榮

林俊言

本案提案之法律問題

數人共犯貪污治罪條例第 4 條至第 6 條之罪，共同所得或所圖得財物或不正利益已逾新臺幣（下同） 5 萬元，然個人實際所得或所圖得財物或不正利益係在 5 萬元以下，是否該當同條例第 12 條第 1 項所稱「5 萬元以下」之要件？

目錄

壹、本件提案之法律問題	1
貳、與法律爭點相關之本案事實及二審法院之見解	1
參、本案所涉及之我國法律條文與立法理由	2
肆、本案法律問題之實務見解	2
一、合併計算說	2
二、分別計算說	3
伍、本案所涉之外國立法例與實務見解	3
一、日本法	3
(一)減刑事由之類型	3
(二)共同正犯如何適用減刑規定	4
(三)共同收賄之不法利得應合併計算	5
二、德國法	6
(一)刑法上減刑規範模式與適用	6
1.類型化的減刑：第 49 條	6
2.在刑法分則的減刑：情節輕微 (mindere schwere Fälle)要件 ..	7
3.以不法利得為加重或減輕其刑事事由	7

4.因不法利得而為刑之加重減輕，與不法利得沒收不同.....	8
(二)共同正犯如何適用減刑規定.....	9
三、小結：外國法之啟示	11
陸、本署對本案法律問題之意見	12
一、共同收賄就其等實現之全部結果，應共同承擔全部刑事責任	12
二、貪污治罪條例第 12 條是一般減刑事由，非個人減刑事由	12
三、特別刑法中因犯罪所得加重其刑者，於共同正犯亦應合併計算 其犯罪所得	13
四、沒收係類不當得利之衡平措施，但犯罪所得金額之計算則否	14
五、結論.....	16

最高檢察署檢察官刑事大法庭言詞辯論意旨書

111 年度台庭蒞字第 7 號

提出人 最高檢察署檢察官吳慎志

上訴人

即被告 李德仁 年籍詳卷

上列被告因違反貪污治罪條例案件，最高法院提案庭(刑事第九庭)就本提案之法律問題所擬採為裁判基礎之法律見解，認與最高法院先前裁判之法律見解歧異，已於民國 111 年 4 月 28 日裁定將此法律問題提交最高法院刑事大法庭裁判(110 年度台上大字第 3997 號)，茲將本署刑事大法庭言詞辯論意旨分述如下：

壹、本件提案之法律問題

數人共犯貪污治罪條例第 4 條至第 6 條之罪，共同所得或所圖得財物或不正利益已逾新臺幣（下同） 5 萬元，然個人實際所得或所圖得財物或不正利益係在 5 萬元以下，是否該當同條例第 12 條第 1 項所稱「5 萬元以下」之要件？

貳、與法律爭點相關之本案事實及二審法院之見解

被告與同案被告(經判處罪刑確定)均為任職於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 101 至 104 年間，共同向同一殯葬業者收取賄賂 111 次，總計得款 6 萬 9,500 元，被告實際分得半數即 3 萬 4,750 元。因認被告與同案被告共同犯貪污治罪條例第 5 條第 1 項第 3 款之不違背職務收受賄賂罪。

臺灣高等法院 108 年度上訴字第 1841 號判決(二審法院)認為：貪污治罪條例之目的在嚴懲貪污、澄清吏治，是貪污治罪條例第 12 條第 1 項所謂「情節輕微，而其所得或所圖得財物或不正利益在新台幣五萬元以下者，減輕其刑」，於有共同或接續所得（或所圖得）之情形者，應合併計算，合併計算結果在 5 萬元以下者，始得依上開

規定減輕其刑(最高法院 103 年度台上字第 1333 號裁判意旨參照)。
查：…至辯護人為被告 2 人辯稱：被告吳祥貴、李德仁就犯罪事實一
(一)(即附表一)所示之犯罪所得各為 34,750 元，應有貪污治罪條例
第 12 條第 1 項之適用等詞，揆諸上開裁判意旨，被告 2 人就此部
分之犯罪所得應合併計算，合併計算結果為 69,500 元，自無減刑之
適用。

參、本案所涉及之我國法律條文與立法理由

貪污治罪條例第 12 條規定：

(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。

(第 2 項)犯前條第 1 項至第 4 項之罪，情節輕微，而行求、期
約或交付之財物或不正利益在新臺幣 5 萬元以下者，亦同。

本條於 81 年 6 月 30 日增修，立法理由載以：「…二、原條文第
1 項及第 2 項規定不甚周全，致實務上認犯原條文第四條至第六條各
款及第 11 條第 1 項、第 2 項之罪，情節輕微，其所得或所圖得財物
或行求期約或交付財物在銀元 3000 元以下，而刑法或其他法律並無
處罰規定時，仍應適用本條例處罰，造成輕重失衡之不公平現象(最
高法院 67 第 6 次暨第 7 次刑事庭庭推總會決議(四)參照)。爰將第 1
項及第 2 項修正為均依本條例所定法定刑，減輕其刑，以得其平。又
依原第 12 條適用較輕處罰規定之刑法或其他法律之結果，刑罰減輕
甚多，經以上之修正後，不僅得以適度提高其刑罰，以達嚴懲貪污、
澄清吏治之目標，且使審判者得審酌具體個案之情節，分別依刑法第
64 條第 2 項，第 65 條第 2 項及第 66 條前段之規定，適度減輕其刑，
而達個案之公平…」。

肆、本案法律問題之實務見解

一、合併計算說

共犯對於共同貪污犯罪所得，應共同負責。貪污治罪條例第 12

條第 1 項所謂「情節輕微，而其所得或所圖得財物或不正利益在新臺幣五萬元以下者，減輕其刑」，於有共同或接續所得（或所圖得）之情形者，應合併計算，合併計算結果在 5 萬元以下者，始得依上開規定視其情節是否輕微而減輕其刑。是以，2 人以上共同實行犯罪，應負共同責任，其個人所分得財物或圖得財物或不法利益雖在 5 萬元以下，或個人縱未分得或圖得任何財物及不法利益，然共犯者間所得或圖得之財物及不法利益總數如逾 5 萬元，縱屬情節輕微，仍無該條項之適用。（參照最高法院 102 年度台上字第 822、5043 號、104 年度台上字第 188 號、107 年度台上字第 824、4426 號、109 年度台上字第 4457 號、110 年度台上字第 3041 號等判決）。

二、分別計算說

認為貪污治罪條例第 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(參照最高法院 105 年度台上字第 1314 號、108 年度台上字第 2875 號等判決)。

伍、本案所涉之外國立法例與實務見解

一、日本法

(一)減刑事由之類型

日本刑法上刑的減輕事由，有必減輕及裁量減輕二種，前者之一般事由包括心神耗弱(日本刑法第 39 條 2 項)、中止未遂(日本刑法第 43 條但書)、幫助犯(日本刑法第 63 條)，個別事由如為取贖略誘罪

之釋放被害人(日本刑法第 228 條之 2)、預備取贖略誘罪之自首(日本刑法第 228 條之 3 但書);裁量減輕之一般事由包括防衛過當(日本刑法第 36 條 2 項)、避難過當(日本刑法第 37 條 1 項但書)、不知法律(日本刑法第 38 條 3 項但書)、自首(日本刑法第 42 條)、中止未遂(日本刑法第 43 條),個別事由如偽證罪、虛偽鑑定罪、虛偽告訴罪之自白(日本刑法第 171、172、173 條)等¹。

特別法也有為數不少的減刑事由規定,大部分為自首減輕規定(如恐怖主義資金提供處罰法²第 6 條、組織犯罪處罰及犯罪收益規制法³第 6 條第 1 項、第 6 條之 2 第 1 項、資產流動化法⁴第 311 條第 8 項、日本郵政株式會社法⁵第 18 條 2 項、會社法⁶第 970 條第 6 項、金融商品交易法⁷第 200 條之 3、船舶安全法第 25 條之 7⁸等),另有自白減輕其刑規定(如地方自治法⁹第 100 條第 8 項),少數因犯罪情狀而減輕其刑規定(如政黨助成法¹⁰第 47 條),惟並無如我國貪污治罪條例第 12 條,因犯罪利得未達一定金額而減輕其刑之規定。

(二)共同正犯如何適用減刑規定

共同正犯為何要處罰,裁判實務固從完全犯罪共同說(最判昭 23.5.1 刑集 2.5.435),轉為部分的犯罪共同說(最判昭 54.4.13 刑集 33.3.17)¹¹,而就其法效果仍採「一部實行全部責任」(大判大 11..25 刑集 1.79)¹²。共同正犯之量刑基礎,係在認定其等行為共同性上,

¹ 川端博、西田典之、原田國男、三浦守、大島隆明(編著),裁判例コンメンタル刑法第 1 卷 (§1~§72),立花書房,2006 年 7 月,630 頁(下津健司執筆)。

² 公衆等脅迫目的の犯罪行為のための資金等の提供等の処罰に関する法律。法條參照：<https://reurl.cc/M09LWv> (最後瀏覽：2022 年 6 月 6 日)。

³ 組織的な犯罪の処罰及び犯罪収益の規制等に関する法律。法條參照：<https://reurl.cc/OAzLz7> (最後瀏覽：2022 年 6 月 6 日)。

⁴ 資産の流動化に関する法律。法條參照：<https://reurl.cc/rDo4EN> (最後瀏覽：2022 年 6 月 6 日)。

⁵ 日本郵政株式会社法。法條參照：<https://reurl.cc/9GxLyO> (最後瀏覽：2022 年 6 月 6 日)。

⁶ 会社法。法條參照：<https://reurl.cc/55VZEN> (最後瀏覽：2022 年 6 月 6 日)。

⁷ 金融商品取引法。法條參照：<https://reurl.cc/ErWLLm> (最後瀏覽：2022 年 6 月 6 日)。

⁸ 船舶安全法。法條參照：<https://reurl.cc/1ZM7qm> (最後瀏覽：2022 年 6 月 6 日)。

⁹ 地方自治法。法條參照：<https://reurl.cc/7DnLm5> (最後瀏覽：2022 年 6 月 6 日)。

¹⁰ 政党助成法。法條參照：<https://reurl.cc/9GxLqd> (最後瀏覽：2022 年 6 月 6 日)。

¹¹ 川端博、西田典之、原田國男、三浦守、大島隆明(編著),裁判例コンメンタル刑法第 1 卷 (§1~§72),立花書房,2006 年 7 月,528-529 頁(下津健司執筆)。

¹² 川端博、西田典之、原田國男、三浦守、大島隆明(編著)裁判例コンメンタル刑法第 1

以共犯行為全體，評價其犯情要素¹³：包括就共犯行為整體有關之犯罪動機、目的、方法、態樣、結果等，由於共同正犯有較重於單獨犯之危險性與惡質性，故在上揭犯罪情狀之整體，就犯罪方法上加以考量之，並不分割考量¹⁴，再就各人在犯罪遂行之過程中所佔之地位、所完成之任務、對他共犯之關係及各人之動機、犯行等犯情複合判斷之，力求共犯間量刑均衡¹⁵。

法律上有刑的加重或減輕規定，乃立法者對於法官量刑指示，法官應從特別預防之角度切入¹⁶，在舊日本刑法第 171 條第 2 項 4 款(日間侵入住宅)、第 369 條(竊盜)、第 379 條 1 項(強盜)等，有因共犯關係而特別加重其刑之規定¹⁷，其後上開規定雖然刪除，然如上所述，法官於量刑上仍將之置放於犯罪方法，從其危險性與惡質性等加重事由加以考量¹⁸。惟立法上尚無針對共犯情形予以特別減輕之規定，上述日本刑法或特別法之減輕規定，遇有共同正犯者，法院實務不認為其適用及於其他共犯：被害人對共犯一人防衛過當¹⁹，不能認為對其他共犯亦生此效果²⁰、共犯一人對被害者賠償，效果不及於其他共犯²¹、共犯一人為少年，減輕事由不及他非少年共犯²²等。

(三)共同收賄之不法利得應合併計算

共同犯收賄罪，其不法利得為構成要件一環，量刑上屬於犯情，均循共同正犯法理，合併計算其犯罪所得，與如何沒收、追徵無涉，有實例如下：

卷 (§1~§72)，立花書房，2006 年 7 月，527 頁(下津健司執筆)。
¹³ 木山暢郎，共犯事件と量刑（下），判例タイムス 1203 期，2006 年 5 月 1 日，44 頁。
¹⁴ 參照木山暢郎，共犯事件と量刑（下），判例タイムス 1203 期，2006 年 5 月 1 日，28-34 頁。
¹⁵ 木山暢郎，共犯事件と量刑（上），判例タイムス 1202 期，2006 年 4 月 15 日，95 頁。
¹⁶ 遠藤邦彦，量刑判断過程の総論的検討(第 2 回)」，判例タイムズ，第 1185 号，2005 年 10 月，24 頁。
¹⁷ 木山暢郎，共犯事件と量刑（上），判例タイムス 1202 期，2006 年 4 月 15 日，98 頁註 31。
¹⁸ 木山暢郎，共犯事件と量刑（上），判例タイムス 1202 期，2006 年 4 月 15 日，98 頁。
¹⁹ 木山暢郎，共犯事件と量刑（下），判例タイムス 1203 期，2006 年 5 月 1 日，44-45 頁。
²⁰ 最決平 4 年 6 月 5 日，刑集第 46 卷 4 号 245 頁，<https://reurl.cc/OAzVp7>(最後瀏覽:2022 年 6 月 6 日)。判決要旨：<https://reurl.cc/vdokdL>(最後瀏覽:2022 年 6 月 6 日)。
²¹ 木山暢郎，共犯事件と量刑（下），判例タイムス 1203 期，2006 年 5 月 1 日，45-46 頁。
²² 木山暢郎，共犯事件と量刑（下），判例タイムス 1203 期，2006 年 5 月 1 日，46-47 頁。

茨城縣北茨城市長 A 與北茨城市長候選人 B 共謀，就 A 職務關聯之高爾夫球場開發，由 B 於平成 2 年 12 月 25 日向業者收取 5000 萬日圓、平成 3 年 2 月 12 日向業者收取 1 億日圓，合計收賄 1 億 5 千萬日圓，法院認定 A、B 二人成立收賄罪之共同正犯。

一審法院先認定被告二人為收賄罪之共同正犯後，先於量刑理由中說明被告 A、B 二人共謀，A 受市民所託卻未公正廉潔執行職務，B 透過暴力團成員 E，向業者 C 傳達可收賄改變高爾夫球場開發之立場，進而向 C 共收賄 1 億 5 千萬日圓²³，各量處有期徒刑 2 年 6 月，後於後於沒收、追徵部分說明，應依日本刑法第 197 條之 5²⁴為之，然共同正犯間之分配、保有、賄款花費狀況情形不明，故各追徵其賄款總額 1/2(即 7,500 萬日圓)。二審法院²⁵、最高裁判所²⁶均維持一審法院之共同收賄應合併計算其賄款，於共同正犯間分配、保有、賄款花費狀況情形不明，得將收受之賄絡總額均分由各被告追徵之上開見解。

二、德國法

(一)刑法上減刑規範模式與適用

德國刑法上減刑規範有兩種模式，均屬量刑規範：

1. 類型化的減刑：第 49 條

該法條本身規定各類刑的減輕的幅度，而其適用必須在刑法其他條文中個別有規定得適用該條減刑的情況，總則、分則規定均有，例如德刑法第 27 條第 2 項：幫助犯之處罰，應依第 49 條第 1 項之規定，按正犯之刑減輕之(總則)；第 239a 條第 4 項前段：犯第 1 項(擄人勒贖)之罪，未經取贖而釋放被擄人者，依第 49 條第 1 項之規定減輕其刑。

²³ 東京地裁平成 11 年 3 月 5 日判決，LEX/DB 28045228。

²⁴ 刑法第百九十七條の五 犯人又は情を知った第三者が収受した賄賂は、没収する。その全部又は一部を没収することができないときは、その価額を追徴する。引自:e-gov：刑法，<https://reurl.cc/M09QOv>(最後瀏覽：2022 年 6 月 6 日)。

²⁵ 東京高裁平成 12 年 11 月 29 日判決，LEX/DB 28075070。

²⁶ 最決平成 16 年 11 月 8 日，刑集第 58 卷 8 号 905 頁，<https://reurl.cc/GxQrbp>(最後瀏覽：2022 年 6 月 6 日)。判決要旨：<https://reurl.cc/8ozn3M>(最後瀏覽：2022 年 6 月 6 日)。

2. 在刑法分則的減刑：情節輕微 (mindere schwere Fälle)要件

德國刑法分則中加重、減輕刑度的規定，通常以情節特別嚴重 (besonders schwerer Fall) 為加重要件，及情節輕微為減輕要件。

上揭 1、2 兩者都屬於量刑規定，縱然後者是在刑法分則中，以另定一個法定刑區間的方式為之，仍與所謂加重、減輕的變體構成要件有別²⁷。例如與本案爭點有關的德國刑法第 332 條第 1 項一般公務員違背職務受賄罪，其第一句規定：公務員、歐盟公務員或特別受僱從事於公共勤務之人，為自己或第三人，以其已實施或將來實施之職務行為且因而違反或可能違反其職務義務作為對待給付，而行求、期約或收受利益者，處六月以上五年以下有期徒刑；第二句即規定：情節輕微者，處三年以下有期徒刑或罰金。第三句：未遂犯罰之。

上開德國刑法第 332 條第 1 項第二句，係德國刑法中常見，在一般構成要件罪名下，另行規定的減刑要件。其形式上雖然看起來另外構成新的法定量刑區間，但在定位上仍為量刑規則²⁸，而非另一個犯罪構成要件規定，區別主要是在於此一要件，必須就犯罪行為、行為人的情況，包括行為人的人格等整體觀察綜合判斷，是為量刑規則，而非新的構成要件²⁹。

3. 以不法利得為加重或減輕其刑事由

至於以不法利得之規模做為加重(或減輕)其刑者，在德國刑法上也非少見，但通常都會作為上述所謂情節輕微或情節特別嚴重的例示規定出現。

以相關貪污罪的規定為例，雖無如我國貪污治罪條例第 12 條第 1 項以不法所得一定金額以下作為減刑之規定。但亦有以之為情節輕微，或情節嚴重的舉例規定，作為減輕或加重法定刑度的規定。就可

²⁷ Vgl. Jescheck/ Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeine Teil, 5., vollst. neubearb. und erw. Aufl. 1996, S.270f; Wessels/Beulke/Satzger, AT, Rn.103f., 113a; 林鈺雄，新刑法總則，頁 138,139

²⁸ BGH 2, 181; 4, 226; Jescheck/ Weigend, a.a.O.

²⁹ Jescheck/ Weigend, a.a.O.

做為本案爭點援引解釋的規定，即德國刑法第 335 條情節特別嚴重之行收賄罪，其第 2 項第 1 款規定：行為涉及大額利得(ein Vorteil großen Ausmaßes)者，原則上為情節特別嚴重。同樣有使用大額(großes Ausmaß)作為情節重大之通常例示(Regelbeispiele)規定者，尚有第 265e 條第 2 句第 1 款(加重運動比賽詐欺罪)、第 300 條第 2 句第 1 款(加重商業、醫療事業賄賂罪)、第 263 條第 3 項第 2 款(詐欺罪情節特別嚴重)、第 264 條第 2 項第 1 款(補助詐欺罪情節特別嚴重)、第 267 條第 3 項第 2 款(情節特別嚴重偽造文書罪)等。

此外，德國刑法第 243 條第 2 項，以竊取之物價值輕微(geringwertige Sache)，排除該條第 1 項第 1 款至第 6 款所定情節特別嚴重(besonders schwerer Fall)之竊盜罪，是以不法利得規模輕微做為不加重的要件。

4. 因不法利得而為刑之加重減輕，與不法利得沒收不同

雖然上開所述規定都以不法利得的規模作為加重(或減輕)事由，但必須與不法利得沒收範圍的規定相區別，前者處理的是刑度，後者處理的是不法利得的剝奪³⁰，因此計算加重、減輕刑度的不法利得規模，不應套用不法利得沒收的標準³¹，例如在收賄犯罪情形，上開大額利得加重的計算，除實際取得之賄款外，行求、期約所定之價額，縱尚未實際交付，仍須計算進去³²，而在沒收時，則因尚未實際獲取而不予計入沒收。

而在德國學說、實務在解釋相關以不法利得規模做為加重或減刑規定時，普遍認為：如果是分次取得不法利得，例如在收賄情況，多次收賄(向同一人或不同人)，而應視為同一犯罪行為(Tateinheit 我國所謂集合犯或接續犯)時，在適用上開德國刑法第 335 條第 2 項第 1 款大額利得加重時，應加總各次計算不法利得，再認定是否大額，

³⁰ 林鈺雄，違法吸金罪之一億條款及犯罪所得沒收 – 評最高法院 104 年度台上字第 1 號判決，收於林鈺雄主編，沒收新制(二) 經濟刑法的新紀元，第 304,305 頁

³¹ 林鈺雄，同上。

³² SK-StGB/Stein/Deiters, §335 Rn.6; MüKoStGB/Korte StGB § 335 Rn.12

而非分開計算³³。此於上開德國刑法第 243 條第 2 項，以竊取之物價值輕微(geringwertige Sache)，排除該條第 1 項第 1 款至第 6 款所定情節特別嚴重(besonders schwerer Fall)之竊盜罪之規定亦同，即竊取之財物是否輕微，縱然係分次取得，只要是同一犯罪行為內，即須加總計算後認定是否輕微³⁴。蓋以犯罪結果即不法所得判斷情節輕重，當然也要符合整體觀察、綜合判斷法則。

(二)共同正犯如何適用減刑規定

數人共同參與犯罪，每個人均以正犯論處，是為共同正犯。共同正犯的歸責，並非依從屬性歸責原則，而是在共同犯罪決意範圍內，就實施的所有犯罪行為的直接彼此歸責。所謂彼此歸責，指各別共同正犯不論有無參與他正犯的行為，每個正犯的所有關於該犯罪的行為，在法律上被同等對待，並將之歸責於每一個共同正犯，每位共同正犯均必須共同負該罪責³⁵。同樣的，在共同犯罪的決意範圍內，共同正犯亦必須對整個犯罪結果負責，就不法利得而言，個別共同正犯所取得之不法利得，只要是在共同犯罪的決意範圍內，必須加總一起，視為共同犯罪所得³⁶。至於共同正犯的處罰，均以正犯論處，但必須注意德國刑法第 29 條個人責任原則及第 28 條特別的個人加重、減輕事由。

依照德國學說的說明³⁷，第 28 條、第 29 條之規定均是對於共犯從屬性(第 26-27 條)的限縮或緩和，當然也適用於共同正犯的個別性責任³⁸。

德國刑法第 29 條規定：每個參與犯罪者，無需考慮其他參與者之責任，而依其自己的責任受罰。本條規定可分兩部分說明，首先第

³³ LK-StGB/Sowda, §335 Rn.7; MüKoStGB/Korte StGB § 335 Rn.11;

³⁴ Vgl.OLG Düsseldorf, NJW 1987, 1958; LK-StGB/Vogel, §243 Rn.60; MüKoStGB/Schmitz StGB § 243 Rn.71

³⁵ Jescheck/ Weigend,a.a.O.,S.673ff. RG 58,279; 66,236; ähnlich BGH GA 1984,572f

³⁶ BeckOK StGB/ Kudlich 52 Ed. 2022, §25 Rn. 52ff

³⁷ MüKoStGB/Joecks/Scheinfeld StGB § 28 Rn.1, §29 Rn.1; NK-StGB/Ingeborg Puppe StGB, §29 Rn.6

³⁸ Jescheck/ Weigend,a.a.O.,

一個部分該條規定主要指責任排除或責任減免規定，僅適用於具有此等原因之行為人，縱使是在共同正犯的情況下。例如未成年人的責任減輕(第 19 條)、因心神障礙之責任減輕事由(第 21 條)，或因個人因素有緊急避難之狀況(第 35 條)等。另外，有學者認為刑法分則構成要件中有關刑罰事由(Strafbegründende)的特別責任要素(spezielle Schuldmerkmale)，如德國刑法第 315c 條危險駕駛罪的第 1 項第 1 款所稱「毫不顧念」(Rücksichtslosigkeit)，或第 90a 條詆毀國家及其象徵的第 1 項第 1 款所稱「惡意」(Böswilligkeit)等，應該也屬於第 29 條所謂個人責任，而無共犯從屬性或共同責任之適用，但多數學說認為此類特別的責任要素，應該屬於第 28 條(第 1 項)所謂特別個人要素的規定來處理，惟不論歸類第 28 條或第 29 條，結論都是屬於個別的共犯或個別共同正犯的單獨適用³⁹。

第 29 條規定適用上的第二個部分則為量刑時，法官對每個犯罪參與者(正犯、共同正犯、共犯)分別依其罪責量處刑度，即使共同正犯適用同一個罪名的法定刑區間，仍應依照個別行為人的情節論處具體符合罪責相當的刑度⁴⁰，所以即使是共同正犯，但具體刑度上仍有個人責任的輕重差異。

就德國刑法第 28 條第 2 項所指個人之加重或減輕事由，相當於我國刑法第 31 條第 2 項非純正身分犯之規定⁴¹。則該加重、減輕事由僅適用於該有個人加重或減輕事由之個別共同正犯⁴²。例如因公務員和非具公務員身分共同實施傷害罪，則僅具有公務員身分者依德國刑法第 340 條之公務傷害罪處罰，其他不具公務員身分之共同正犯依則普通傷害罪處罰。

德國刑法第 28 條第 2 項有關特別的個人加重、減輕要素，亦即

³⁹ 相關學說分析參見：MüKoStGB/Joecks/Scheinfeld StGB § 29 Rn.2ff.

⁴⁰ MüKoStGB/Joecks/Scheinfeld StGB § 29 Rn.6.

⁴¹ 在不純正身分犯(或稱不純正特別犯)之情況，指某項犯罪之基本型態為一般犯，任何人皆能違犯，行為人之特別資格只是「加減刑罰」之事由林鈺雄，新刑法總則，頁 485。

⁴² Jescheck/ Weigend, a.a.O., S.682.

縱使在共同正犯的情況下，如有屬於法定之加重、減輕或排除刑罰的特別個人要素(Besondere persönliche Merkmale)，亦僅適用該具有特別要素之個別共同正犯。因此也有必要探討相關減輕之規定是否為個人的減輕事由，亦即該減刑規定是否必須依照個別共同正犯之情狀來定。

至於和本案有關的減輕規定，即以利得大小來做為加重或減輕之要件，涉及法益侵害的規模判斷，一般認為並非是個人責任事由，而是與行為有關的要素(Tatbezogenes Merkmal)⁴³，共同正犯間縱然是個別取得利得，如係共同收受賄賂，雖然分別行求、期約或收受賄款，只要是在共同決意範圍，並彼此行為分擔，即須加總計算該利得後，此方為共同正犯整體犯罪行為應負之責任，再判斷是否符合大額利得之加重規定。同樣的，在上述德刑法第 243 條第 2 項，以竊取之物價值輕微(geringwertige Sache)不加重之規定，亦是必須共同正犯所竊取之財物加總計算後，再行判斷是否價值輕微⁴⁴。

三、小結：外國法之啟示

日本法並無如同我國貪污治罪條例第 12 條以犯罪所得金額大小為減輕其刑之規定，於共同收賄行為，在犯情要素中，同樣合併計算整體收賄之金額，考量及此行為有較重於單獨犯之惡質性等，為量刑之決定後，始為沒收或追徵金額多寡之決定。

在德國法也無如同我國貪污治罪條例第 12 條以犯罪所得金額大小為減輕其刑之規定，但為數不少之以不法利得大小為加重或減輕之規定，係認犯罪所得金額屬法益侵害規模之判斷，為與行為有關的要素，共同收受賄賂，同樣先加總計算該利得，作為共同正犯整體犯罪行為應負之責任，再判斷是否符合大額利得之加重規定，與不法利得沒收係為處理不法利得的剝奪無涉。

⁴³ LK/Sowada, §335 Rn.10 ; SK-StGB/Stein/Deiters, §335 Rn.7;

⁴⁴ BGH NJW 64 (117); 69 (2210); Lackner/Kühl, StGB §243 Rn.7; Sch/Sch-StGB, §243 Rn.56;

陸、本署對本案法律問題之意見

數人共犯貪污治罪條例第 4 條至第 6 條之罪，共同所得或所圖得財物或不正利益，應合併計算，已逾 5 萬元者，雖個人實際所得或所圖得財物或不正利益係在 5 萬元以下，仍不該當同條例第 12 條第 1 項所稱「5 萬元以下」之要件。

一、共同收賄就其等實現之全部結果，應共同承擔全部刑事責任

各個行為人因共同行為決意，並且共同實現犯罪行為，形成一個犯罪共同體，而成立共同正犯，在刑法之評價上，乃就共同實現之全部結果，共同擔負全部法律責任，並非僅就自己實施的行為，擔負部分的法律責任⁴⁵，實務見解相同⁴⁶。共同收賄行為，共獲有犯罪所得金額，自就其所共同實現之全部結果，共同擔負全部法律責任。

二、貪污治罪條例第 12 條是一般減刑事由，非個人減刑事由

從貪污治罪條例第 12 條規定：「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」觀察，其要件有犯罪人犯情(犯罪所得)及是否情節輕微二者，作為得否減輕刑度之指示。

於共同收賄時，須先合併計算犯罪所得，再判斷是否情節輕微，或抑須情節輕微且犯罪所得在一定數額以下，最高法院 63 年台上字第 1410 號判例對於本條前身即戡亂時期貪污治罪條例第 12 條規定：「犯第 4 條至第 6 條各款之罪，情節輕微，而其所得或所圖得財物在 3000 元以下者，適用有較輕處罰規定之刑法或其他法律。」的解釋是：「二人以上共同實施犯罪，應負共同責任，其個人分得財物，雖在銀元三千元以下，而共同所得財物總數如已超過銀元三千元，縱屬情節輕微，仍無戡亂時期貪污治罪條例第十二條第一項之適用。」由於 81 年修正將有適用上爭議之「適用有較輕處罰規定之刑法或其他

⁴⁵ 林山田，刑法通論(下)，自版，2008 年 1 月增訂 10 版，100 頁。

⁴⁶ 如最高法院 100 年度台上字第 5773 號判決：「共同正犯間，在合同意思範圍內，各自分擔犯罪行為之一部，相互利用他人之行為，以達其犯罪之目的者，原不必每一階段均參與，祇須分擔犯罪行為之一部，即應對於全部所發生之結果共同負責。是共同正犯之行為，應整體觀察，就合同犯意內所造成之結果同負罪責，而非僅就自己實行之行為負責。」

法律」，修正為「減輕其刑」，並拿掉「動員戡亂」，故最高法院 85 年 9 月 10 日 85 年度第 16 次刑事庭會議決議，不再援用上開該解釋戡亂時期貪污治罪條例第 12 條之判例，然並非認為該判例之見解有誤。

依照最高法院向來之見解，非屬變更犯罪類型規定之減刑⁴⁷，屬相當於『總則』之減輕其刑規定，其原有法定刑並不因此而受影響，即非個人減輕刑罰事由。貪污治罪條例第 12 條之規定，顯然屬於最高法院所定義的這種情形，因此解釋上自無分別計算收賄之人是否各別不法所得或所圖得財物或不正利益在 5 萬元以下之空間。

貪污罪屬侵害「國家」法益之罪，對於犯罪情節輕微與否，應從「被害者」之角度體觀察。依最高法院對於貪污罪保護法益之界定，為國家公務執行之公正，縱有屢次收受賄賂舉動，亦僅侵害一個國家法益⁴⁸，惟屢次收賄之舉動，可謂屢次無視於國家公務執行之公正，是否仍然「情節輕微」，應於個案中加以認定。

三、特別刑法中因犯罪所得加重其刑者，於共同正犯亦應合併計算其犯罪所得

我國在特別刑法中，以犯罪所得達一定金額之犯罪情狀而加重刑責，有證券交易法第 171 條第 2 項、金融控股公司法第 57 條第 1 項、第 57 條之 1 第 1 項、信用合作社法第 38 條之 2 第 1 項、第 38 條之 3 第 1 項、信託業法第 48 條第 1 項、第 48 條之 1 第 1 項、第 48 條之 2 第 1 項、保險法第 167 條第 1 項、第 168 條之 2、農業金融

⁴⁷ 如最高法院 97 年台抗字第 213 號裁定：「貪污治罪條例第十一條第四項就犯同條第一項至第三項之罪，在偵查或審判中自白者，減輕或免除其刑之規定，其立法目的與自首規定雷同，係在藉此優惠，鼓勵行為人及時悔悟，並早日發現真實，節省訴訟勞費，此一規定，既未變更其犯罪類型，自屬相當於『總則』之減輕其刑規定，其原有法定刑並不因此而受影響。」、最高法院 95 年台上字第 4927 號刑事判決指出：「刑法第一百七十二條就犯偽證罪、誣告罪，於裁判或懲戒處分確定前自白者，應減輕或免除其刑之規定，雖列於刑法分則編，且係就個別之特定犯罪行為而設，然其立法目的與自首規定雷同，係在藉此優惠，鼓勵行為人及時悔悟，並早日發現真實，節省訴訟勞費，避免審判權遭受不當之侵害，此一規定，既未變更其犯罪類型，自屬相當於『總則』之減輕其刑規定，其原有法定刑並不因此而受影響。」認為本條規定屬總則減輕。

⁴⁸ 最高法院 69 年度台上字第 1414 號判決意旨參照。

法第 39 條第 1 項、第 40 條第 1 項、銀行法第 125 條第 1 項、第 125 條之 2 第 1 項、第 125 條之 3 第 1 項等規定，最高法院歷來針對此類犯罪所得作為加重刑度規定，也採合併計算說，並未因正犯共同為之，而區分各個正犯犯罪所得金額，而分別計算，如最高法院 102 年 9 月 3 日、10 月 1 日 102 年第 13 次、第 14 次刑事庭決議等，不外乎將犯罪所得作為犯罪構成加重要件，量刑上作為總則性之一般規定而考量之，則同樣以犯罪所得作為減輕規定之貪污治罪條例第 12 條，於共同正犯之情形，若背離合併計算之常軌，實有未洽。

四、沒收係類不當得利之衡平措施，但犯罪所得金額之計算則否

共同收受之賄賂，沒收追繳均採共犯連帶說，自司法院院字第 2024 號解釋始，即為最高法院固定見解，如最高法院 70 年台上字第 1186 號判例：「上訴人等多人違背職務共同向人索取賄款 3600 元，如應論以因共同受賄而違背職務之罪，縱上訴人僅分得 200 元，亦應就賄款全部負連帶責任，殊無僅沒收追徵分得 200 元之餘地」。其理由乃本「責任共同原則」，即共同正犯間相互利用他人行為，以遂行其犯意之實現，應就全部結果負其責任⁴⁹，有關沒收部分，自應均為沒收之諭知；亦即，共同參與關係下，共犯對犯罪結果亦應共同承擔責任⁵⁰，並避免重複剝奪所生之重複處罰危險⁵¹。

嗣因沒收法制的修正，最高法院改懸更張，不再援用上揭判例見解(104 年度第 13 次刑事庭會議決議參照)，如最高法院 104 年度台上字第 3937 號判決：「按『任何人都不得保有犯罪所得』為普世基本法律原則，犯罪所得之沒收、追繳或追徵，在於剝奪犯罪行為人之實際犯罪所得（原物或其替代價值利益），使其不能坐享犯罪之成果，

⁴⁹ 如最高法院 100 年度台上字第 5773 號判決：「共同正犯間，在合同意思範圍內，各自分擔犯罪行為之一部，相互利用他人之行為，以達其犯罪之目的者，原不必每一階段均參與，祇須分擔犯罪行為之一部，即應對於全部所發生之結果共同負責。是共同正犯之行為，應整體觀察，就合同犯意內所造成之結果同負罪責，而非僅就自己實行之行為負責。」

⁵⁰ 柯耀程，犯罪不法利益剝奪手段的檢討與重建，2015，一品，171 頁。

⁵¹ 柯耀程，犯罪不法利益剝奪手段的檢討與重建，2015，一品，171-172 頁。

以杜絕犯罪誘因，可謂對抗、防止經濟、貪瀆犯罪之重要刑事措施，性質上屬類似不當得利之衡平措施，著重所受利得之剝奪。然苟無犯罪所得，自不生利得剝奪之問題，固不待言，至二人以上共同犯罪，關於犯罪所得之沒收、追繳或追徵，倘個別成員並無犯罪所得，且與其他成員對於所得亦無事實上之共同處分權時，同無『利得』可資剝奪，特別在集團性或重大經濟、貪污犯罪，不法利得龐大，一概採取絕對連帶沒收、追繳或追徵，對未受利得之共同正犯顯失公平。有關共同正犯犯罪所得之沒收、追繳或追徵，本院向採之共犯連帶說，業於民國104年8月11日之104年度第13次刑事庭會議決議不再援用、供參考，並改採沒收或追徵應就各人所分得者為之之見解。又所謂各人『所分得』，係指各人『對犯罪所得有事實上之處分權限』，法院應視具體個案之實際情形而為認定：倘若共同正犯各成員內部間，對於不法利得分配明確時，固應依各人實際分配所得沒收；然若共同正犯成員對不法所得並無處分權限，其他成員亦無事實上之共同處分權限者，自不予諭知沒收；至共同正犯各成員對於不法利得享有共同處分權限時，則應負共同沒收之責。至於上揭共同正犯各成員有無犯罪所得、所得數額，係關於沒收、追繳或追徵標的犯罪所得範圍之認定，因非屬犯罪事實有無之認定，並不適用『嚴格證明法則』，無須證明至毫無合理懷疑之確信程度，應由事實審法院綜合卷證資料，依自由證明程序釋明其合理之依據以認定之。」

從沒收之變革以觀，係為避免重複剝奪所生之重複處罰危險，也防止犯罪所得被保有；而共同收賄之人的犯罪所得金額大小，在量刑上屬於刑法第57條犯罪所生危險或損害，與沒收顯然無關。如上揭日本實務，法院於共同收賄案件，係先合併計算其犯罪所得，再判斷應如何沒收；在德國法之運作，以不法利得規模大小為加重或減輕之要件，同樣係涉及法益侵害的規模判斷，是與行為有關的要素。共同收受賄賂，雖然分別行求、期約或收受賄款，只要是在共同決意範圍，

並彼此行為分擔，即須加總計算該利得後，始為共同正犯整體犯罪行為應負之責任，再判斷是否符合大額利得之加重規定，與不法利得沒收係為處理不法利得的剝奪無涉。

五、結論

綜上所述，本署認為：數人共犯貪污治罪條例第 4 條至第 6 條之罪，共同所得或所圖得財物或不正利益已逾 5 萬元，雖個人實際所得或所圖得財物或不正利益係在 5 萬元以下，仍不該當同條例第 12 條第 1 項所稱「5 萬元以下」之要件，而不能依該條項規定減輕其刑。

爰依刑事訴訟法第 386 條提出言詞辯論意旨書。

此致

最高法院

中 華 民 國 111 年 6 月 10 日

檢察官 吳慎志

蔡秋明

林麗瑩

李進榮

林俊言