

# 貪污共同正犯之所得於適用貪污治罪條例第12條第1項時應否合併計算？ ——最高法院110年度台上大字第3997號刑事裁定簡評<sup>1</sup>

古旻書\*

## 壹、前言

貪污治罪條例第12條第1項規定：「犯第四條至第六條之罪，情節輕微，而其所得或所圖得財物或不正利益在新臺幣五萬元以下者，減輕其刑。」<sup>2</sup>此規定適用之前提係「所得或所圖得財物或不正利益」須在「新臺幣五萬元以下」，於單一行為人時此規定之適用與計算較無爭議，惟於複數行為人為貪污犯罪之共同正犯時，則發生共同正犯間各自所得或所圖得之財物或不正利益是否應合併計算之爭議。

亦即，倘若貪污犯罪中共同正犯分別所得或所圖得之財物或不正利益價值為新臺幣五萬元以下，然合併計算後則超過新臺幣五萬

元時，各該共犯於量刑時是否仍得適用此規定減輕其刑？就此，最高法院先前裁判見解有採共犯所得應合併計算說者（如最高法院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），亦有採共犯所得應分別計算說者（如最高法院105年度台上字第1314號判決），而有裁判見解歧異之情形，經提案予大法庭作成本案裁定統一法律見解<sup>3</sup>。

## 貳、本案基礎事實

上訴人李○仁與同案被告吳○貴（經判處罪刑確定）均係任職於○○○政府殯葬管理

\* 本文作者係大眾聯合法律事務所律師，國立交通大學科技法律研究所碩士。

註1：民國111年7月27日最高法院110年度台上大字第3997號刑事裁定，司法院法令判解系統，網址：  
<https://legal.judicial.gov.tw/FINT/data.aspx?ty=J2&id=2%2c110%2c%e5%8f%b0%e4%b8%8a%e5%a4%a7%2c3997%2c002>（最後瀏覽日：民國114年3月12日）。

註2：本案大法庭裁定之標的係指現行法，即民國105年6月22日修正之貪污治罪條例第12條第1項：「犯第四條至第六條之罪，情節輕微，而其所得或所圖得財物或不正利益在新臺幣五萬元以下者，減輕其刑。」

註3：民國111年4月28日最高法院110年度台上大字第3997號刑事裁定，司法院法學資料檢索系統，網址：  
<https://judgment.judicial.gov.tw/FJUD/data.aspx?ty=JD&id=TPSM,110%2c%e5%8f%b0%e4%b8%8a%e5%a4%a7%2c3997%2c20220428%2c2>（最後瀏覽日：民國114年3月12日）。

所○○○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，接續於民國（下同）101至104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）6萬9,500元，上訴人實際分得半數3萬4,750元。因認上訴人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。

### 參、本案法律爭議

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，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（下稱系爭規定）所稱「5萬元以下」之要件？

### 肆、本案大法庭之裁定主文

貪污治罪條例第12條第1項「所得或所圖得財物或不正利益在新臺幣五萬元以下」，於共同正犯應合併計算其金額或價額。

### 伍、本案大法庭裁定理由

一、共同正犯係以完成特定之犯罪為其共同目的，彼此間就該犯罪之實行有共同犯意聯絡，而各自本於共同之犯意，分擔犯罪行為之一部，並相互利用其他正犯之行為，以完成犯罪。故共同正犯間，非僅就自己實行之行為

負其責任，其各自分擔實行之行為應視為一整體合一觀察，予以同一非難評價，對於因此所發生之全部結果，自應同負其責，乃有所謂「一人著手、全部著手」、「一人既遂、全部既遂」之定論，此即「一部行為全部責任」（或稱責任共同原則）之法理。

二、共同正犯藉由分工合作、互相利用，以遂行其犯意之實現，其危險及惡性均甚於單獨正犯，故刑法中不乏對共同正犯加重處罰之規定（如刑法第222條第1項第1款、第321條第1項第4款、第339條之4第1項第2款等）。而公務員利用公務行政體系上下指揮監督或彼此平行連結之模式集體貪污，擴大犯罪規模，使犯罪易於遂行，且難以查獲，相較單獨正犯尤無從等同視之，倘因涉案者為複數行為人，朋分賄款稀釋犯罪所得，即可邀減刑寬典，不但有違共犯責任理論，且無異變相鼓勵公務員糾眾集體貪污，殊悖貪污治罪條例嚴懲貪污、澄清吏治之立法目的。

三、系爭規定乃立法者基於刑事政策之考量，鑑於客觀上所得或所圖得之財物或不正利益為5萬元以下之貪污行為，其刑罰需求性較低，為避免處罰過於嚴苛，期能以較輕刑罰相繩，俾免輕罪重罰之弊。是有無立法者所認刑罰需求性降低之情形，就共同正犯而言，需就所有犯罪行為人之行為及其結果予以整體評價，此與個人減輕或免除刑罰事由僅取決於個人情狀之性

質迥異，自無從排除責任共同原則之適用。

四、戡亂時期貪污治罪條例第9條原規定：

「犯本條例之罪，情節輕微，而其所得財物在（銀圓）三千元以下者，適用有較輕處罰規定之刑法或其他法律。」嗣於62年8月17日移列第12條，並修正為「（第1項）犯第四條至第六條各款之罪，情節輕微，而其所得或所圖得財物在三千元以下者，適用有較輕處罰規定之刑法或其他法律。」其立法說明載稱：「原第九條規定，犯本條例之罪，情節輕微，而其所得財物在三千元以下者，適用有較輕處罰規定之刑法或其他法律，則犯本條例第四條第六款及第五條第三款之要求或期約賄賂罪，或第四條至第六條其他各款之未遂犯，既無『所得』財物，是否有其適用，解釋上頗滋困擾，為杜絕爭議，故將原條文『所得』下增加『或所圖得』財物，俾將前述並無實際所得之各種犯罪，亦可賅括在內。」迨至81年7月17日為免輕重失衡，固將法律效果修正為「減輕其刑」，並參酌社會經濟情況，將適用標準提高至「新臺幣五萬元」，然其餘適用要件並無不同。據其修法歷程，系爭規定與行為人之實際所得無必然關連。

五、共同犯罪，其所得之沒收，固應就各

人實際分得之數為之，惟犯罪所得之沒收，在於澈底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，此與責任共同原則，旨在處理共同犯罪參與關係中責任之認定，係屬二事。至於貪污治罪條例第8條（犯第4條至第6條之罪）自首或自白並自動繳交全部所得財物減免其刑之規定<sup>4</sup>，係鼓勵公務員犯貪污罪之後能勇於自新而設，如認尚需代繳共同正犯之犯罪所得，不免嚇阻欲自新者，當非立法本意，與系爭規定之立法旨趣截然不同，殊無從比附援引。自不得以本院

六、就共同正犯犯罪所得之沒收，已不採共犯連帶，或同條例第8條「繳交全部所得財物」係採只需繳交個人實際所得即有適用，逕謂系爭規定亦應為相同解釋。又上開<sup>2</sup>規定固均屬刑罰減輕事由，然規範意旨相異，為不同之處理，非恣意為無正當理由之差別待遇，難認與憲法第7條平等原則有違。另個人所分得財物或所圖得財物或不正利益如符合貪污治罪條例第8條自首或自白並自動繳交個人實際犯罪所得，或有刑法第59條<sup>5</sup>所示情輕法重之情形，仍得適用各該規定減免其刑，

註4：此指現行法，即民國105年6月22日修正之貪污治罪條例第8條：「（第1項）犯第四條至第六條之罪，於犯罪後自首，如有所得並自動繳交全部所得財物者，減輕或免除其刑；因而查獲其他正犯或共犯者，免除其刑。（第2項）犯第四條至第六條之罪，在偵查中自白，如有所得並自動繳交全部所得財物者，減輕其刑；因而查獲其他正犯或共犯者，減輕或免除其刑」

註5：刑法第59條：「犯罪之情狀顯可憫恕，認科以最低度刑仍嫌過重者，得酌量減輕其刑。」

自屬當然。

## 陸、筆者對於本案大法庭裁定見解之簡評

- 一、本案大法庭上開見解，其主要理論依據無非係基於共同正犯之「責任共同原則」法理，認為於解釋系爭規定時，如有共同正犯之情形時，系爭規定中有關「5萬元以下」須將共同正犯所得或所圖合併計算之，始符合立法目的；並為強化其論理，除援引前述立法歷程而為解釋外，亦將貪污治罪條例中類似之第8條自白或自首並繳回不法所得之規定予以比較後，作成該規定與系爭規定不同不能比附援引之論理。然筆者對於本案大法庭見解則持不同意之意見，認系爭規定有關「5萬元以下」之要件於共同正犯之情形時，應以各該共同正犯各自所分得或所圖之財物或利益計算之，而不應將共同正犯合併予以計算，試析如下。
- 二、按「（第1項）犯第四條至第六條之罪，情節輕微，而其所得或所圖得財物或不正利益在新臺幣五萬元以下者，減輕其刑。（第2項）犯前條第一項至第四項之罪，情節輕微，而其行求、期約或交付之財物或不正利益在新臺幣五萬元以下者，亦同。」貪污

治罪條例第12條定有明文。

- 三、自文義解釋角度論，本案大法庭見解首先忽略系爭規定實有「情節輕微」之要件，惟筆者認為依照系爭規定之立法歷程觀之，於解釋系爭規定時實不能忽略此一要件（詳下述）。其次，自文義以觀，系爭規定既係使用「所得」或「所圖得」之用語進行規定，自當以個別被告自身所得或所圖得者為限，而不應將其他共同正犯部分概與納入，否則顯然有違常理，更逾越了文義解釋之射程範圍。蓋衡諸常情，複數犯罪行為人作為共同正犯固然係基於犯意聯絡、行為分攤而共同遂行犯罪，惟各該共犯個人參與犯罪之動機仍係基於其「個人所得/所圖得」之不法所得始參與其中，至於其他共犯究竟可以分得多寡，顯非共犯個人參與犯罪時所會考慮。
- 四、自系爭規定之立法歷程觀之，亦難以得出前引本案大法庭裁定理由所認為「據其修法歷程，系爭規定與行為人之實際所得無必然關連」此一結論：
  - （一）查現行貪污治罪條例之系爭規定，最早應係源自於52年7月5日制定之《戡亂時期貪污治罪條例》第9條規定：「犯本條例之罪，情節輕微，而其所得財物在三千元以下者，適用有較輕處罰規定之刑法或其他法律。」<sup>6</sup>然

註6：民國52年7月5日制定之《戡亂時期貪污治罪條例》，立法院法律系統，網址：

<https://lis.ly.gov.tw/lglawc/lawsingle?006A38526BB90000000000000000000A000000002FFFFFFD^04551052070500^0001E001001>（最後瀏覽日：民國114年3月12日）。

而，於提案立法之初之草案實際上並無相類規定<sup>7</sup>，而係經過一讀程序中於審查報告時新增此條文<sup>8</sup>，其新增理由即明定：「……(2)處刑標準，本條例處刑標準，以犯罪行為（第三條第四條、第五條）為處刑標準，兼採犯罪所得財物在三千元以下而情節輕微者仍適用刑法陸海空軍刑法或其他法律之規定處斷之，（第八條）。故本條例處刑標準，在犯罪行為重大者，應予以嚴懲，為免除輕罪重罰之弊，故有第八條之設。……」等語。由此觀之，應得見於當初時空背景下貪污治罪條例所欲規範之標的本即係最嚴重之貪污犯罪，且亦為法定刑最嚴重之處罰，新增系爭規定之目的乃在於將輕微犯罪移由其他刑罰較輕之法律（如刑法等）處斷，避免輕重失衡，可徵其適用與否之重點乃在「情節輕微」。

(二) 嗣於62年8月7日《戡亂時期貪污治罪條例》修正時將條號挪至第12條，並修正為：「（第1項）犯第四條至第六條各款之罪，情節輕微，而其所得或所圖得財物在三千元以下者，適用有

較輕處罰規定之刑法或其他法律。（第2項）犯前條第一項、第二項之罪、情節輕微，而其行求期約或交付財物在三千元以下者，亦同。（第3項）依前項規定適用有較輕處罰規定之刑法或其他法律時，其自首或在偵查、審判中自白者，仍適用前條第三項之規定。」<sup>9</sup>

(三) 至81年6月30日變更法律名稱為《貪污治罪條例》並修正條文、挪動條號時，當時之貪污治罪條例第11條：「（第1項）犯第四條至第六條之罪，情節輕微，而其所得或所圖得財物或不正利益在新臺幣五萬元以下者，減輕其刑。（第1項）犯前條第一項、第二項之罪，情節輕微，而其行求期約或交付之財物在新臺幣五萬元以下者亦同。」則與現行系爭規定已幾無二致。其提案修正理由明揭：「現行條文第一項及第二項規定不甚周全，致實務上認犯現行條文第四條至第六條各款及第十一條第一項、第二項之罪，情節輕微，其所得或所圖財物或行為，期約或交付財物在銀元三千元以下，而刑法或其他法律並無處罰規

註7：第1屆立法院議案關係文書院總第124號委員提案第177號，立法院法律系統，網址：

<https://lis.ly.gov.tw/lgcgi/lgmeetimage?cfcecdc8cfcccf5cec9d2cdcb>（最後瀏覽日：民國114年3月12日）。

註8：第1屆立法院議案關係文書院總第124號委員提案第177號之1，立法院法律系統，網址：

<https://lis.ly.gov.tw/lgcgi/lgmeetimage?cfcecccfcecf5c8cfcad2c8cdf>（最後瀏覽日：民國114年3月12日）。

註9：民國62年8月7日修正之《戡亂時期貪污治罪條例》，立法院法律系統，網址：

<https://lis.ly.gov.tw/lglawc/lawsingle?006A38526BB9000000000000000000000A00000002FFFFFA00^04551062080700^0001E001001>（最後瀏覽日：民國114年3月12日）。

定時，仍應適用本條例處罰，造成輕重失衡之不公平現象（最高法院六十七年第六次暨第七次刑事庭庭推總會決議（四）參照）。爰將第一項及第二項修正為均一本條例所定法定刑，減輕其刑，以得其平。……」<sup>10</sup>係在說明因貪污犯罪未必得以適用其他較輕之法律，為免輕重失衡，刪除造成適用困難之「適用有較輕處罰規定之刑法或其他法律」法律效果一律回歸貪污治罪條例本身規定處斷外，改以「減輕其刑」作為情節輕微犯罪之處罰酌量手段，亦可見其適用與否之重點乃在「情節輕微」。

（四）由上開立法歷程觀之，系爭規定自立法之處及歷次修法，其重點均在於「情節輕微」，尤其於刪除得適用其他處罰較輕法律之法律效果後，因貪污行為已經一律回歸貪污治罪條例之重罪論處，自應仔細審酌被告個人犯罪情節予以妥適量刑，避免輕重失衡；至於所得或所圖財物之標準雖有與時俱進予以修正自銀元三千元修正為新臺幣五萬元，然仍不脫依當時社會情境下一般人均得認同屬於「情節輕微」之標準，亦甚為明確。進一步言之，於複數犯罪行為人之情況，仍應端視個別行為人實際所得不法利益是否確實符合系爭規定之標準及所涉是否「情節輕微」，始能予以判斷，

顯見此當屬應個別認定各該行為人自身情境之規範，而與其他共犯無涉。

五、況且，本案大法庭所採上開其他理由，亦多有可議：

（一）如本案大法庭裁定理由雖認為共同正犯因參與人數較多其所生危險及惡性較重云云，然而正如同本案大法庭裁定理由所引，倘若因複數犯罪行為人確實有所生危險及惡性較重情形時，自有其實體法上加重事由得以處理，然事實上貪污治罪條例並無類似刑法三人以上共犯某罪而應加重之立法設計，已可見立法者並不採本案大法庭裁定理由之推論。事實上，亦殊難想像倘若真是本案大法庭所想像之嚴重貪污犯罪，如何能夠符合「情節輕微」及「所得或所圖得財物或不正利益在新臺幣五萬元以下」之要件？何況反面言之，倘若採用本案大法庭裁定理由見解，無疑將使個別所得金額甚低、犯罪情節輕微之共犯，因懼於主動坦認犯行後無系爭規定寬典之適用將獲重判，變相強化共同正犯間之共犯結構與緊密性，更難期待出現吹哨者，進而影響犯罪浮出檯面的可能性以及偵辦之難度，此一結果又豈能認為合於貪污治罪條例立法旨趣？反適足妨害貪污治罪條例嚴懲貪污、澄清吏治等立法目的之達成。

（二）本案大法庭裁定理由雖又認為「就共

註10：立法院議案關係文書院總第124號政府提案第3851號，立法院法律系統，網址：<https://lis.ly.gov.tw/lgcgi/lgmeetimage?cfcec7c9cfcfcfc5cecf9d2cecec8>（最後瀏覽日：民國114年3月12日）。

同正犯而言，需就所有犯罪行為人之行為及其結果予以整體評價，此與個人減輕或免除刑罰事由僅取決於個人情狀之性質迥異，自無從排除責任共同原則之適用」等語。然則系爭規定無論文義或立法歷程解釋上，均僅與各該共犯「個人」之所得或所圖得之不法所得有關，而與其他共犯無涉，業如前述，其解釋上本即屬「個人減輕或免除刑罰」事由<sup>11</sup>，與個別共犯個人是否得適用貪污治罪條例第8條之自白減刑？刑法第59條之情輕法重減刑？均僅判斷共犯個人而不會將其他共同正犯之情境一併納入判斷，實無二致，本案大法庭裁定理由之論理實不無先射箭再畫靶之嫌。

(三)又本案大法庭裁定理由雖認為系爭規定與沒收或貪污治罪條例第8條所稱繳回所得規定旨趣不同，不能比附援引云云。然於沒收共同正犯之所得時，法院尚須一一調查計算各該共犯個人究竟自遂行犯罪取得多少不法所得，個別共犯亦僅須針對各自所取得之不法所得範圍面對沒收之責任<sup>12</sup>，而在判斷有無貪污治罪條例第8條所稱「繳回」不法所得與否時，亦採相同之解釋以個別共犯個人所分得範圍為限，卻在解釋系爭規定所稱「所得」或「所圖得」之財物或不法利益時要與其他共犯合併計算，其體系解釋顯不一致外，亦有過苛之嫌。

六、綜據上開文義解釋、立法歷程解釋及

註11：類似見解，可參最高法院105年度台上字第1314號判決要旨略以：「……罪責原則乃無責任即無處罰之憲法原則，人民僅因自己之刑事違法且有責行為而受刑事處罰，法律不得規定人民為他人之刑事違法行為承擔刑事責任。至於共同正犯之連帶性，係指不法連帶而責任個別，即任何共同正犯行為符合構成要件該當性及違法性之行為，皆視為各共同正犯之行為，而使各共同正犯（不管參與全部、一部行為或共謀共同正犯）均成立該犯罪。惟共同正犯各人之責任則應分別而論。不僅分別審酌刑法第五十七條所定之犯罪情狀，得為不同之量刑；即各共同正犯有各自之刑罰減免事由，亦不相涉。……『犯第四條至第六條之罪，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。』，貪污治罪條例第十二條第一項定有明文，此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（如證券交易法第一百七十一條規定），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八條『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，對於上開第十二條第一項規定之『所得或圖得財物』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。……」，司法院法學資料檢索系統，網址：  
<https://judgment.judicial.gov.tw/FJUD/data.aspx?ty=JD&id=TPSM,105%2c%e5%8f%b0%e4%b8%8a%2c1314%2c20160526>（最後瀏覽日：民國114年3月12日）。

註12：參與本案大法庭之吳審判長燦所提不同意見書中，其論理亦有援引立法歷程，以及實務有關共犯不法所得是否連帶沒收或負責之見解，而表明對於本案大法庭裁定理由不同意之意見，司法院法令判解系統，網址：  
<https://legal.judicial.gov.tw/GetFile.ashx?pfid=0000320453&ot=in>（最後瀏覽日：民國114年3月12日）。

體系解釋，則可進一步判斷系爭規定於複數行為人共同犯罪之情境時，解釋上當可認：個別行為人涉犯貪污重罪雖有不當，惟依通常觀念因個別行為人分別圖謀或取得屬於自己之不法利益僅僅在五萬元以下，情節尚稱輕微而不應一律課以重典，而應予以減輕其刑，以免輕重失衡之憾。

七、就現實面而言，尤於與本案大法庭案件事實雷同之基層公務員貪污案例中，採共同正犯之所得應分別計算決定是否適用系爭規定之解釋較為公允。蓋基層公務員人數眾多，且實務上共同正犯認定寬鬆，縱然個別行為人可能係基於各自圖謀或取得之不法利益甚低而參與其中，然因共同正犯人數眾多而導致最終計算之全部不法所得金額高於系爭規定之標準時，即有可能造成量刑輕重失衡之結果。

八、舉例而言，如某案係與本案大法庭案件事實雷同，係複數公務員同時涉犯貪污治罪條例之不違背職務收賄罪，各該公務員不法所得或僅數千元之譜，然因參與其中之公務員人數較多致累算後全部不法所得高於五萬元時，縱各該公務員符合刑法第74條第1項各款之緩刑消極條件<sup>13</sup>，且均自白犯行、繳回僅數千元之實際不法所得而得適用貪污治罪條例第8條減輕其

刑，惟因貪污治罪條例第5條第1項第3款乃法定刑七年以上有期徒刑之罪，如採本案大法庭見解時因無從適用系爭規定，導致該等公務員獲判刑度宣告是否得以符合緩刑論知之二年以下有期徒刑標準將完全繫諸於有無刑法第59條之適用，又於實務上刑法第59條適用與否標準模糊，顯將造成刑度輕重失衡的風險，亦顯然提高了量刑標準之不確定性，就更遑論如所涉者係貪污治罪條例第4條法定刑高達無期徒刑或十年以上有期徒刑之罪了。

九、是綜合以上論述，筆者認為本案大法庭裁定意旨基於嚴懲貪污犯罪、澄清吏治之出發點，認為複數行為人共同犯罪時所生危害較大，不宜予以輕縱，亦不能因參與人數眾多朋分不法利益後，因各自取得利益低於五萬元而獲系爭規定寬典，立意雖屬良善，然就現實面而言貪污犯罪情節輕重難以一概而論，雖確不無高階公務員涉及重大犯罪或有複雜共犯結構與犯罪手法案件之存在，卻也不能排除有參與人數雖多然個案情節輕微恐失之過苛之案件存在，筆者仍認為刑法體系內減刑規定本就不多，於解釋系爭規定時應採較為寬鬆之解釋，以保留個案中彈性裁量並妥適量刑之空間，較能達成罪刑相當之結果。

註13：刑法第74條第1項：「受二年以下有期徒刑、拘役或罰金之宣告，而有下列情形之一，認為暫不執行為適當者，得宣告二年以上五年以下之緩刑，其期間自裁判確定之日起算：一、未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告者。二、前因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告，執行完畢或赦免後，五年以內未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告者。」