

不同意見書

吳燦

本院刑事大法庭 110 年度台上大字第 3997 號裁定，針對貪污治罪條例第 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」之刑罰減輕事由，多數意見採「於共同正犯應合併計算金額或價額」，無異仍沿襲因法律修正已決議不再援用之判例見解。本席難以贊同，爰提出不同意見書：

一、現行貪污治罪條例第 12 條輕微案件處罰之立法沿革

1963 年 7 月 15 日總統制定公布戡亂時期貪污治罪條例，全文 20 條，其第 9 條原規定：「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」，1973 年 8 月 17 日修正改為第 12 條第 1 項規定：「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」。本次修正除將原「犯本條例之罪」修正為「犯第四條至第六條各款之罪」，增訂第 2、3 項規定¹，其第 1 項另增列「或所圖得」等文字，只要在於犯本條例第 4 條第 6 款及第 5 條第 3 款之要求或期約賄賂罪，或第 4 條至第 6 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，亦可賅括其內²。

1992 年 7 月 17 日總統令修正公布「貪污治罪條例」(原名稱為「戡亂時期貪污治罪條例」)³及全文 18 條，將原第 12 條之上開規定，移列為第 11 條，並於第 1 項增列「不正利益」4 字，以期周全，修正第 1 項規定為「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，

¹ 增訂之本條第 2 項規定：「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 項規定：「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。」

² 請參第 1 屆立法院第 51 會期第 7 次會議議案關係文書 院總第 124 號 政府提案第 1306 號。

³ 本條例雖原為應動員戡亂時期之需要而制定，但目前貪污仍未根絕，政治風氣尚未達弊絕風清之境，社會各界仍殷切期望嚴懲貪污，以澄清吏治，故在相當時間內本條例仍有繼續實施之必要。爰將本條例名稱修正為「貪污治罪條例」。請參立法院公報第 80 卷第 30 期委員會紀錄，269-270 頁。

減輕其刑」⁴(為與戡亂時期貪污治罪條例之規定相對照及行文簡潔起見，以下所稱「所得或所圖得財物」，就貪污治罪條例部分均包括不正利益)。1996 年 10 月 23 日再次修正公布全文 20 條，原第 11 條則移列為第 12 條。2011 年 6 月 29 日為配合第 11 條增訂第 2 項規定⁵後之項次調整；且對公務員行求、期約或交付之不正利益在新臺幣五萬元以下者，亦宜減輕其刑，爰修正第 2 項規定⁶，第 1 項則未修正。現行貪污治罪條例第 12 條之規定，稱之為「輕微案件之處罰」。

二、1992 年 7 月 17 日之修法理由

不論是戡亂時期貪污治罪條例或現行貪污治罪條例，對於犯第四條至第六條各款之罪，均設有《情節輕微，而其所得或所圖得財物在一定金額以下》之輕微案件處罰規定，以調節所犯本條例各該條之罪或可能衍生罪刑失衡之情形，此並以 1992 年 7 月 17 日之修法作為分界點。

此類輕微案件之處罰，在修法前，係適用有較輕處罰規定之刑法或其他法律(所得或所圖得之金額或價額在銀元 3000 元以下)；修法後，則明定仍適用本條例各該條之罪，但應減輕其刑(所得或所圖得之金額或價額在新臺幣 50000 元以下)。考之所以為此修正，立法說明在於戡亂時期貪污治罪條例之原規定不甚周全，致實務上認為犯第 4 條至第 6 條各款及第 11 條之罪，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，仍應適用本條例之規定處罰，造成輕重失衡之不公平現象(最高法院 67 年度第 6 次暨第 7 次刑事庭庭推總會決議(四)⁷參照)。爰將上開規定修正為均依本條例所定法定刑減輕之，期得其平⁸。

⁴ 本條第 2 項同時修正為「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」。

⁵ 即第 11 條第 2 項增訂不違背職務行為之行賄罪：「對於第二條人員，關於不違背職務之行為，行求、期約或交付賄賂或其他不正利益者，處三年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣五十萬元以下罰金」。

⁶ 即本條第 2 項修正為「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」。

⁷ 某甲(非刑法上之公務員)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 3000 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。(同甲說)。

⁸ 請參註 3.委員會紀錄，270 頁。

三、最高法院有關戡亂時期貪污治罪條例「輕微案件」共同正犯所得或所圖得財物計算之判例

戡亂時期貪污治罪條例第 12 條於 1992 年 7 月 17 日修正前，最高法院關於共同正犯第四條至第六條各款之罪，得以適用有較輕處罰規定之刑法或其他法律，除情節輕微此一要件外，其所得或所圖得財物是否在銀元 3000 元以下，其選編之判例係採合併計算說，並應連帶沒收追繳。

(一) 53 年台上字第 2211 號刑事判例

上訴人共同侵占之財物，既為新台幣一萬五千餘元，依法定三與一之比率計算，已在銀元五千以上，核與戡亂時期貪污治罪條例第九條（舊）之規定不符，且共犯對於共同侵占之贓物總額，自應共同負責，不能以其於侵占犯罪完成後，處分贓款各人分受在折合銀元三千元以下，即認為應適用較輕之刑法處斷。

(二) 63 年台上字第 1410 號刑事判例

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。

(三) 66 年台上字第 1771 號刑事判例

二人以上共同收受賄賂，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之適用，其共同收受之賄賂，沒收追繳，亦應連帶負責。

四、上開 3 則判例因 1992 年之修法，業經最高法院決議不再援用

最高法院於審判案件時，關於法律上之見解，經選編之判例嗣因法律修正，原所持之見解是否因而不援用或仍有保留必要，均經刑事庭會議討論後作成決議，並對外公告。其經決議不再援用者，該判例意旨等同具法規廢止之效力。

以最高法院在 2005 年修正刑法通過後，其中原以牽連犯所作成之判例經刑事庭會議決議為例，其對外公告之情形有二：一為「本則判例，依據最高法院 2006

年 00 月 00 日 95 年度第 0 次刑事庭會議決議，判例加註：『本則判例保留，『應注意刑法已修正，刪除牽連犯之規定』』。另一為「本則判例，業經最高法院 2006 年 00 月 00 日 95 年度第 0 次刑事庭會議決議，自 2006 年 7 月 1 日起不再援用。理由：法律已修正，本則判例不合時宜」。

最高法院上開關於牽連犯規定刪除後，對於選編之判例所為決議之不同，其隱藏之涵義是指：如判例保留並加註：應注意刑法已修正，刪除牽連犯之規定，乃係考量將來實務上，在新法施行之後可能以想像競合犯論處⁹；倘係判例不再援用者，則原以牽連犯處理之案例，則一律改以數罪併罰處斷¹⁰。其理由在於牽連犯刪除後，對於目前實務上以牽連犯予以處理之案例，立法說明謂「在適用上，則得視其具體情形，分別論以想像競合犯或數罪併罰，予以處斷」。

最高法院於 1996 年 9 月 10 日召開 85 年度第 16 次刑事庭會議，複審「最高法院刑事判例因法令變更不宜適用者之研討初審決議」（編號 59 至 92 共 34 則），其中上開 3 則（編號 66、68、69）判例之研討意見均為「戡亂時期貪污治罪條例已於 1992 年 7 月 17 日修正為貪污治罪條例，舊法第 9 條改列為第 11 條，其第 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。』與舊條例第 9 條所定『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』不同，上開判例已因法律變更不再適用」。嗣經決議：不再援用¹¹，並均改列於現行條例（即 1992 年貪污治罪條例）第 11 條之後，並註明理由。

觀諸 85 年度第 16 次刑事庭會議，針對肅清煙毒條例第 12 條選編之 71 年台覆字第 2 號刑事判例（編號 74），則決議：本則判例，前段不再援用；後段「刑法沒收之物，雖指……¹²，即非不得沒收。」仍予保留。對於刑事訴訟法第 367

⁹ 例如，最高法院 69 年台上字第 696 號刑事判例，認行使偽造私文書與詐欺取財有方法結果之牽連關係，本則判例經決議保留，嗣實務改認依想像競合犯從一重處斷。請參最高法院 102 年度台上字第 2666 號刑事判決。

¹⁰ 例如，最高法院 18 年上字第 356 號刑事判例，認殺人與遺棄屍體為牽連犯，本則判例經決議不再援用，嗣實務改認數罪併罰。請參最高法院 107 年度台上字第 2091 號刑事判決。

¹¹ 該次決議不再援用之判例，與戡亂時期貪污治罪條例第 12 條有關者，尚有 40 年台特非字第 6 號、56 年台非字第 45 號等 2 則刑事判例。

¹² 刑法沒收之物，雖指原物，但金錢為代替物，重在兌換價值，而不在原物，自難拘泥於沒收原物之理論，認沒收販賣毒品所得之金錢，以當場搜獲扣押者為限。

條選編之 25 年上字第 3231 號刑事判例(編號 92)，係決議：本判例於司法院大法官會議釋字第 271 號解釋範圍內，不再適用¹³；其餘部分，參照最高法院 1991 年 11 月 5 日 80 年度第 5 次刑事庭會議決議意旨，仍可適用。由此可知，即使法律修正，但原判例之法理與新法不生牴觸者，即決議保留或部分保留，並加註意見；但如與新法扞格者，則決議不再援用。

關於共同正犯犯罪所得(賄賂)之計算及沒收，我國實務向採合併計算及連帶沒收(追徵)說。例如最高法院 64 年台上字第 2613 號刑事判例即謂「共同正犯，應對犯罪之全部事實負責，原判決既認上訴人等為共同正犯，則就所得財物應合併計算，全部追繳沒收，方為適法（參照司法院院字第二〇二四號解釋），乃竟分別就各人所得加以追繳沒收，自非合法」。另 70 年台上字第 1186 號刑事判例(二)更認為「共同收受之賄賂，沒收追繳均採共犯連帶說，司法院著有院字第二〇二四號解釋可循。上訴人等多人違背職務共同向人索取賄款三千六百元，如應論以因共同受賄而違背職務之罪，縱上訴人僅分得二百元，亦應就賄款全部負連帶責任，殊無僅沒收追徵分得二百元之餘地」。

此 2 則判例¹⁴與 85 年度第 16 次刑事庭會議決議不再援用之 3 則判例，雖然系出同源(均為共同正犯)，但前 2 則判例為實務援用至 2015 年 8 月 11 日始先經最高法院 104 年度第 13 次刑事庭會議決議，不再援用，再於 2015 年 9 月 1 日 104 年度第 14 次刑事庭會議決議(一)，改採「沒收或追徵應就各人所分得之賄賂為之」¹⁵，此見解之變更，較之 2015 年 12 月 30 日沒收新法修正為早。後 3 則判例則於 85 年度第 16 次刑事庭會議即決議不再援用，其中尤以前述三、(三)之 66 年台上字第 1771 號刑事判例，係在闡述即使是輕微案件，其共同收受之賄賂，沒收追繳，亦應連帶負責，此一判例與上開 64 年及 70 年 2 則判例意旨一致，但

¹³ 不再援用理由：刑事訴訟程序中不利益於被告之合法上訴，上訴法院誤為不合法，而從程序上為駁回上訴之判決確定者，其判決固屬重大違背法令，惟既具有判決之形式，仍應先依非常上訴程序將該確定判決撤銷後，始得回復原訴訟程序，就合法上訴部分進行審判。否則即與憲法第八條第一項規定人民非依法定程序不得審問處罰之意旨不符。

¹⁴ 此 2 則判例所謂共同收受之賄賂，沒收追徵均採共犯連帶說，係依最高法院 1973 年 10 月 9 日 62 年度第 2 次刑庭庭推總會決議（五）之見解作成之裁判。

¹⁵ 本次刑事庭會議討論事項即在檢討最高法院 1973 年 10 月 9 日 62 年度第 2 次刑庭庭推總會決議（五）決議文：共同收受之賄賂，沒收追徵均採共犯連帶說。

亦決議不再援用，主要理由在於 1992 年戡亂時期貪污治罪條例修正為貪污治罪條例，有關輕微案件處罰之法律適用，修法前係適用有較輕處罰規定之刑法或其他法律；修法後則明定仍適用本條例各該條之罪，但應減輕其刑，其原有規定已因修法而產生質變，致依舊法選編判例之法理，已不適用於新法，因而決議不再援用，並非單純僅因刪除「戡亂時期」名稱之修正。

五、「情節輕微」¹⁶與「所得或所圖得財物一定金額限制」之定性

刑法分則第 4 章瀆職罪之犯罪類型中，與特別刑法之貪污治罪條例有相同規範者，主要有刑法第 121 條與該條例第 5 條第 1 項第 3 款¹⁷(即不違背職務賄賂罪)、刑法第 122 條與該條例第 4 條第 1 項第 5 款¹⁸(即違背職務賄賂罪)、刑法第 129 條與該條例第 5 條第 1 項第 1 款¹⁹(違法徵收與扣留剋扣罪)及刑法第 131 條與該條例第 6 條第 1 項第 4 款²⁰(公務員圖利罪)等規定。

由於戡亂時期貪污治罪條例及貪污治罪條例是我國專門針對貪污所制定之專法，相對於刑法而言係基於特別法之地位，依中央法規標準法第 16 條規定：「法規對其他法規所規定之同一事項而為特別之規定者，應優先適用之。其他法規修正後，仍應優先適用。」基於特別法應優先適用普通法之原則，則刑法分則所規定之上開各罪，既已為戡亂時期貪污治罪條例及貪污治罪條例之特別法所取代，幾無適用之餘地。

(一)以「一定金額」作為適用特別刑法或普通刑法準據之要件規定與定性

戡亂時期貪污治罪條例第 12 條第 1 項規定：「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。」由於此一過橋條款之規定，得以排除適用特別法之戡亂時期貪污治罪條例，轉據適用刑法分則之相關規定。除前述刑法分則與戡亂時期貪污治罪條例均有相同要件規定之不違背職務賄賂罪、違背職務賄賂罪、違法徵收與扣留

¹⁶ 情節輕微係一不確定法律概念，徵詢書已確定符合此一要件，故不予討論。

¹⁷ 戡亂時期貪污治罪條例第 5 條第 3 款。

¹⁸ 戡亂時期貪污治罪條例第 4 條第 6 款。

¹⁹ 戡亂時期貪污治罪條例第 5 條第 1 款。

²⁰ 戡亂時期貪污治罪條例第 6 條第 3 款。

剋扣罪及公務員圖利罪等類型外，尚包括例如同條例第 5 條第 2 款²¹之利用職務上之機會詐取財物罪，倘亦符合輕微案件處罰之要件，即應適用刑法第 134 條、第 339 條第 1 項規定論處罪刑²²。

以《一定金額》作為劃分適用特別刑法或刑法分則之立法例，現行法中如證券交易法第 171 條第 1 項第 3 款規定：「已依本法發行有價證券公司之董事、監察人或經理人，意圖為自己或第三人之利益，而為違背其職務之行為或侵占公司資產，致公司遭受損害達新臺幣五百萬元者」，「處三年以上十年以下有期徒刑，得併科新臺幣一千萬元以上二億元以下罰金。」²³其第 3 項規定：「有第一項第三款之行為，致公司遭受損害未達新臺幣五百萬元者，依刑法第三百三十六條及第三百四十二條規定處罰。」亦屬適例。

此等《依一定金額》為要件，作為適用特別刑法或刑法分則之立法，係以犯罪行為所發生之客觀結果，即以犯罪行為人「犯罪所得或所圖得」或被害人「所生之損害」，是否已達法律擬制之一定金額為區隔法律之適用。因此，構成戡亂時期貪污治罪條例第 12 條輕微案件處罰之「情節輕微」與「所得或所圖得財物在銀元 3000 元以下」二要件，以及證券交易法第 171 條第 3 項之「未達新臺幣五百萬元」，應被定性為犯罪構成要件之一²⁴，屬於「犯罪論」範疇。也因此，前述以「一定金額」作為構成要件之一，在共同正犯之情形，即無論其為參與行為之「並進」，抑為總行為之「分擔」，其所得或所圖得金額均應合併計算。

(二)以「一定金額」作為刑罰減輕事由之規定與定性

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。」此一「情節輕微」與「所得或所圖得財物在新臺幣五萬元以下」二要件，乃此類輕

²¹ 貪污治罪條例第 5 條第 1 項第 2 款。

²² 最高法院 64 年度第 3 次刑庭庭推總會議決議（七）：「戡亂時期貪污治罪條例第五條第二款之『利用職務上之機會詐取財物罪』，雖屬圖利之一種，但既有該條款之特別規定，自無適用概括規定之同條例第六條第三、四款圖利罪之餘地。被告犯該條例第五條第二款之罪，情節輕微，而其所得財物在銀元三千元以下者，依同條例第十二條第一項規定，應適用較輕處罰之刑法第一百三十四條、第三百三十九條第一項，論罪科刑。」

²³ 第 2 項規定：「犯前項之罪，其因犯罪獲取之財物或財產上利益金額達新臺幣一億元以上者，處七年以上有期徒刑，得併科新臺幣二千五百萬元以上五億元以下罰金」。

²⁴ 類似於借罪借刑之簡便立法。請參最高法院 99 年度台上字第 6306 號、101 年度台上字第 4969 號刑事判決。

微案件處罰之刑罰減輕事由，為「刑罰論」問題。

刑罰適用的階段，首為刑法分則各本條或特別刑法所規定之「法定刑」；次為經刑法總則或分則上加減、免除之修正法定刑後之「處斷刑」；再次為裁判上實際量定之「宣告刑」²⁵。法定刑屬於立法裁量，乃立法者在制定刑罰法律時，所斟酌不同犯罪構成要件要素而定之法定刑幅度。處斷刑則為刑法分則或特別刑法各本條之法定刑，因刑事政策上之要求，基於「犯罪情狀」或「犯罪行為人情狀」之差異，而須加以加重或減輕者，依法律所定之事由，修正法定刑而得具體處斷之刑罰。此種法定之事由，除刑法總則及分則之規定外，特別刑法亦不乏其例。

茲以刑法規定而言，其屬於影響「犯罪情狀」之減輕事由者，例如防衛過當²⁶、避難過當²⁷、未遂²⁸、中止²⁹、幫助³⁰、自首³¹、自白³²、送回被誘人³³等是。其屬於影響「犯罪行為人情狀」之減輕事由者，例如年齡³⁴、精神狀態³⁵、瘡啞³⁶、累犯³⁷、身分關係³⁸等是。即使刑法第 27 條有關中止犯之規定，於 2005 年 2 月 2 日增訂第 2 項規定，倘僅共同正犯之一人或數人或教唆犯、從犯自己任意中止犯罪，尚未足生中止之利益，仍必須經其中止行為，與其他從犯以實行之障礙或有效防止其犯罪行為結果之發生或勸導正犯全體中止，始生中止之效力。則上開減輕事由，不論是出於「犯罪情狀」或「犯罪行為人情狀」，均屬個人之刑罰減輕事由。

以特別刑法之貪污治罪條例為例，其屬法律上刑罰之減輕事由，除第 12 條

²⁵ 如為數罪併罰，最後定其應執行之刑，則屬「執行刑」。

²⁶ 刑法第 23 條但書。

²⁷ 刑法第 24 條第 1 項但書。

²⁸ 刑法第 25 條。

²⁹ 刑法第 27 條第 1 項。

³⁰ 刑法第 30 條。

³¹ 刑法第 62 條、第 102 條。

³² 刑法第 172 條。

³³ 刑法第 244 條。

³⁴ 刑法第 18 條、第 63 條。

³⁵ 刑法第 19 條第 2 項。

³⁶ 刑法第 20 條。

³⁷ 刑法第 47 條。

³⁸ 刑法第 134、167、170、250、264、270、280、295、303 條。

之規定外，尚有第 8 條之自首、自白並自動繳交全部所得財物之規定。此二條規定，均係以「犯罪所得」定其刑罰減輕事由之一。關於貪污治罪條例第 8 條第 2 項前段規定：「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」，條文所稱「犯罪所得財物自動繳交」之時期，只需被告於「偵查中自白」，並於「最後事實審言詞辯論終結前」自動繳交全部所得財物者，即有其適用³⁹。而所謂「繳交全部所得財物」，則係以繳交各該行為人自己實際所得財物之全部為已足，應不包括其他共同正犯之所得在內⁴⁰。實務對於此項規定，亦係從個人之刑罰減輕角度採取寬厚之解釋。

在刑罰適用階段之「宣告刑」部分，最高法院 47 年台上字第 1249 號刑事判例已揭示：「刑法上之共同正犯，雖應就全部犯罪結果負其責任，但科刑時仍應審酌刑法第五十七條各款情狀，為各被告量刑輕重之標準，並非必須科以同一之刑。」則在「處斷刑」階段，關於共同被告刑罰減輕事由之處理，自仍應審酌各個被告有無法律規定之事由，無關乎共同正犯成立要件之「責任共同原則」之適用。

所謂體系解釋，係以法律條文在法律體系上之地位，即依其編章節條項款之前後關連位置，或相關法條之法意，闡明規範意旨之解釋方法。此項解釋方法能維護整個法律體系之一貫及概念用語之一致；利用體系解釋，使法條與法條之間，法條前後段間，以及法條內各項、款間，相互補充其意義，組成一完整之規定，使之完整順暢，以維持法體系的一致性與融貫性，乃體系解釋之功能⁴¹。

1963 年制定之戡亂時期貪污治罪條例，及 1992 年修正之貪污治罪條例，雖均係為嚴懲貪污，澄清吏治而設，但對於所犯第四條至第六條各款之罪，並未考量不同類型的貪污，其犯罪情節輕重亦有異，一律予以重罰，導致可能對情節輕微之犯行而處以過度嚴苛之刑罰，違反罪刑相當性與比例原則。為緩和犯第四條至第六條各款之罪所定之嚴刑峻罰，貪污治罪條例第 8 條第 2 項與第 12 條第 1 項分別規定刑罰減輕之事由。前者旨在鼓勵被告於犯罪後勇於自新，並防止證據

³⁹ 最高法院 99 年度第 2 次刑事庭會議決議。

⁴⁰ 最高法院 100 年度台上字第 22 號刑事判決。

⁴¹ 楊仁壽，法學方法論(第三版)，196 頁。

滅失以兼顧證據保全，便於犯罪偵查；後者則在避免處罰過於嚴苛，期能以較輕之刑罰相繩，達到感化而防再犯之目的，以免輕罪重罰之弊。兩者均屬「處斷刑」之刑罰減輕事由，且均以「犯罪所得」作為減輕事由之一，性質雷同，其於共同正犯犯罪所得之計算，多數見解認為第 12 條第 1 項採合併計算說，而有異於最高法院對於第 8 條第 2 項採取寬厚之以各該行為人自己實際所得財物，如此解釋不惟忽視法之實質目的及法意，反而造成所謂「不完全性」或「體系違反」。此等差別性待遇，並未見有何正當理由之說明，更遑論第 12 條第 1 項採合併計算說，不啻是 85 年度第 16 次刑事庭會議決議已不再援用判例之復辟，豈非「倒退嚕」乎？