

最高法院刑事提案裁定

110年度台上大字第3997號

上訴人 李德仁
選任辯護人 陳亮佑律師
黃鈺淳律師

下列法律問題，本庭（徵詢時為刑事第九庭）經評議後，因擬採為裁判基礎之法律見解，本院先前裁判已有歧異，爰提案予刑事大法庭裁判：

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？

理由

壹、本案基礎事實

上訴人李德仁與同案被告吳○貴（經判處罪刑確定）均係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，接續於民國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，上訴人實際分得半數即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。

貳、本院先前裁判所持之見解

一、合併計算說

共犯對於共同貪污犯罪所得，應共同負責。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。（本院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

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。（本院105年度台上字第1314號判決）

叁、本庭擬採之法律見解

本庭擬採合併計算說，理由補充如下：

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，故刑法中不乏對共犯加重處罰之規定（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，形成嚴密組織，不但侵害瀆職罪保護之法益（要求公務員公正執行法定職務及保護國民對公務員職務行使公正性之信賴）更鉅，並使犯罪易於遂行且難以查獲，與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，並徒增行為人為邀輕典而栽贓誣陷他人共犯之道德風險。

三、有認貪污治罪條例第12條規定，與以犯罪所得作為犯罪構成（加重）要件之規定性質不同，不得為相同解釋。但以「一定金額之犯罪所得（或因犯罪獲取之財物或財產上利益）」作為加重犯罪構成要件之立法形式（如銀行法第125條第1項、證券交易法第171條第2項等規定），乃鑒於該類犯罪所得愈高之犯行，對金融秩序危害及法益破壞愈重大，相較於一般之金融犯罪有加重刑責之必要，故而在計算「犯罪所得」時，應依共同正犯責任共同之原則，合併計算之，方足彰顯共同正犯之不法內涵，以貫徹上開立法目的。貪污治罪條例第12條減刑規定與前揭「分則加重」性質雖異，但貪污者愈眾、所得愈多，侵害國家法益愈重大之本質並無二致，本於相同精神，計算所得或所圖得財物或不正利益時，自應同適用責任共同原則。

四、或謂貪污治罪條例第12條規定屬個人減輕刑罰或量刑事由，無責任共同原則之適用。然所謂個人減免刑罰事由，包括個人排除（或減輕）刑罰事由及個人解除（或減輕）刑罰事由，均屬存在特定行為人之個別事由。前者係行為人於行為當時即已存在之排除（或減輕）刑罰事由（例如刑法第167條－特定親屬間犯藏匿人犯或湮滅證據罪減免其刑、第288條第3項－因疾病或防止生命危險墮胎罪免除其刑等）；後者則係基於行為之後始發生之個人情狀，而回溯解除（或減輕）刑罰事由（例如刑法第27條－中止犯減免其刑，毒品危害防制條例第17條第2項－偵審自白減輕其刑，貪污治罪條例第

8 條 - 自首或自白減免其刑等)。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。

五、分別計算說另以本院就犯罪所得沒收及貪污治罪條例第 8 條均以實際所得為憑,認前開規定應採相同解釋。但:

(一)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。然苟無犯罪所得,自不生利得剝奪之問題,故二人以上共同犯罪,關於犯罪所得之沒收,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。故共同犯罪,其所得之沒收,應就各人實際分得之數為之,固為本院近來所持之見解。然所謂責任共同原則,係指行為人對於犯罪共同加工所發生之結果,相互歸責,彼此承擔,旨在處理共同犯罪參與關係中責任之認定,此與犯罪成立後應如何沒收,側重利得剝奪以遏止犯罪係屬二事,不容混為一談。

(二)62 年 8 月 17 日修正前貪污治罪條例(原名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。」嗣改為第 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。」其立法理由載稱:「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。」（見立法院公報第62卷第59期第30、31頁「戡亂時期貪污治罪條例聯席審查修正草案、行政院修正草案及現行法條文對照表」）據此修法歷程，貪污治罪條例第12條第1項之適用，與行為人之實際所得無必然關聯。

(三) 刑法（包括其特別法）既係以保護法益為目的，而與犯罪不法內涵攸關之構成要件或其加重、減輕刑罰事由，自應取決於行為對法益侵害大小，而非行為人實際獲利多寡，始符合刑罰理論。至於貪污治罪條例第8條（犯第4條至第6條之罪）自首或自白繳交全部犯罪所得減免其刑之規定，係鼓勵公務員犯貪污罪之後能勇於自新而設，如認需代繳共犯之犯罪所得，不免嚇阻欲自新者，當非立法本意，與同條例第12條第1項之性質及規範目的截然不同，殊無從比附援引。自不得以本院就共同正犯犯罪所得之沒收，已不採共犯連帶，或以與此相關之同條例第8條「繳交全部所得」係採只需繳交個人實際所得即有適用，逕謂首開規定亦應採相同解釋。

六、對於公務員關於違背職務之行為或不違背職務之行為，行求、期約或交付賄賂，如其情節輕微，且行求、期約或交付之財物或不正利益在5萬元以下，依貪污治罪條例第12條第2項，同有減輕其刑之適用。則試例，倘A同時對公務員B、C行賄共10萬元，如採分別計算說，因B、C朋分贓款稀釋犯罪所得後，符合該條文第1項「5萬元以下」之要件，而均有減輕其刑之機會，然侵害法益情節較輕微之A，因行賄金額逾5萬元，反無同條第2項之適用，顯輕重失衡，有違公平。

七、綜上所述，貪污治罪條例第12條第1項所稱「所得或所圖得財物或不正利益在5萬元以下」，於共同正犯情形，應合併計算。

肆、徵詢其他各庭之結果

01 經徵詢其他各庭，同意本庭（即採合併計算說）及不同意本
02 庭（即採分別計算說），各 4 庭。就上開法律爭議，本院先
03 前裁判既有積極歧異，又未能經由徵詢程序達成一致之見解
04 ，自有提案之必要，爰依法院組織法第 51 條之 2 第 1 項第 2 款
05 規定，提案予刑事大法庭。

06 伍、本庭指定庭員宋松璟法官為刑事大法庭之庭員。

07 中 華 民 國 111 年 4 月 28 日

08 刑事第八庭審判長法官 段 景 榕

09 法官 鄧 振 球

10 法官 楊 力 進

11 法官 汪 梅 芬

12 法官 宋 松 璟

13 本件正本證明與原本無異

14 書記官

15 中 華 民 國 111 年 4 月 28 日