

(本文章之寫作與發表由財團法人中華法學研究院贊助)

共犯輕微貪污案件減刑之適用

(最高法院刑事大法庭 110 年度台上大字第 3997 號裁定評釋)

花 滿 堂*

【目 次】

壹、前言	參、本條規定判例之見解及理論之探討
貳、立法及實務之演進	肆、另一角度觀察-不法連帶、責任個別
	伍、結論

壹、前言

現行貪污治罪條例（下稱本條例）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。」是為犯本條例之罪情節輕微之減刑規定，其中以新臺幣 5 萬元以下為要件之一，則在共同正犯犯罪時，此 5 萬元之計算，究以共犯間各人之所得為計算標準，抑或以共犯全部之所得為計算標準？影響共犯間是否適用減輕其刑規定甚鉅。最高法院刑事大法庭 110 年度台上大字第 3997 號裁定認：「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。」採共犯合併計算所得見解，是各共犯各人之所得縱在 5 萬元以下，仍無本條減輕其刑之適用，為不利於共犯之解釋。與該院在本條修正前規定：「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。」所制成之 53 年台上字第 2211 號、63 年台上字第 1410 號、66 年台上字第 1771 號等判例所採見解相同。究新、舊條例第 12 條第 1 項之規定，本質上有無不同？本條項減輕其刑之規定與同條例第 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。」該院 100 年度台上字第 22 號判決認所謂繳交全部犯罪所得，係以繳交各該共犯自己實際所得財物之全部為已

* 中華法學研究院刑事法研究中心主任、前最高法院庭長

足，不包括其他共同正犯之所得在內之見解歧異，是否有差別待遇？均值研究。

貳、立法及實務之演進

為了嚴懲貪污、澄清吏治，制定了戡亂時期貪污治罪條例，歷經多次修正，至現行本條例其中第 4、5、6 條對貪污犯罪處罰之重，獨步全球¹，與德國刑法第 332 條第 1 項之 6 月以上 5 年以下有期徒刑、第 331 條第 1 項之 3 年以下有期徒刑，及日本刑法第 197 之 3 條之 1 年以上有期徒刑、第 197 條第 1 項前段之 5 年以下有期徒刑，相去甚遠。為了彌補刑罰過苛，符合罪刑相當原則，乃有舊條例第 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（銀元）三千元以下者，適用有較輕處罰規定之刑法或其他法律。」此與德國刑法第 221 條第 4 項規定，犯遺棄罪而其情節輕微者，處較原罪較低之刑度；第 226 條第 3 項犯重傷害罪、第 234 條第 2 項犯殺人罪，第 249 條第 2 項犯強盜罪，而其情節輕微者，均各處較原罪為輕之刑度之規定相同，均為獨立之犯罪法條規定，而非單純之減輕其刑規定。與證券交易法第 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，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」。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。」均同適例。

孰料因舊條例第 2 條後段規定其受公務機關委託承辦公務之人犯本條例之罪者，亦同（有本條例之適用），為修正前刑法公務員之規定所無（現行法第 10 條第 2 項公務員定義已包含此委託公務員在內，無此問題），致產生受公務機關委託承辦公務之人員受賄，或有人向其行賄，而金額在舊條例規定（銀元）3 千元以下者，有無同條例第 12 條規定，依較輕規定之刑法論處，產生疑義。最高法院 67 年 6 月 13 日、20 日第 6 次、第 7 次刑事庭庭推總會決議四、決議：「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，而其交付財物又在三千元以下，但因刑法或其他法律並無處罰明文，即

¹ 舊條例第 4 條之法定刑有死刑之設，且第 18 條規定：犯本條例之罪者，不適用刑法假釋之規定。

無戡亂時期貪污治罪條例第十二條第二項之適用，某甲之行為，應依同條例第十一條第二項、第一項之規定處罰（同甲說）。」認仍應依同條例規定處罰，造成對一般公務員行賄有較輕處罰之刑法規定適用，而對受公務機關委託承辦公務之人員行賄，反應依同條例第 11 條第 2 項、第 1 項較重之規定處罰之不公平現象（如依現行刑法有關公務員定義之規定，則無此問題）。

其實本提案之另一乙說，係認為：「某甲對某乙行賄，情節輕微，而所交付之財物又在三千元以下，如某乙為刑法上之公務員，即可適用較輕處罰規定之刑法或其他法律。茲因某乙非為刑法上之公務員，反應適用戡亂時期貪污治罪條例第十一條第二項、第一項之規定處罰，兩相比較，顯失平衡，當非立法本意。再就刑法言之，某乙既非刑法上公務員，某甲對之交付財物，因刑法無處罰明文，自不為罪。就戡亂時期貪污治罪條例言之，其所交付之財物在三千元以下，適用同條例第十二條第二項規定之結果，亦因刑法或其他法律根本無處罰明文，而不構成犯罪。」因受公務機關委託處理公務之人員，同有本條例受賄或行賄行為之處罰，其情節輕微，所得或所圖在（銀元）3 千元以下，卻為無罪之諭知，亦難圓其說。本文認為，此屬法律漏洞，應可填補，雖相關較輕處罰規定之刑法規範，不及於受公務機關委託處理公務之人員，惟依舉重以明輕之法理，似可類推準用舊條例第 12 條對於一般公務員之規定，亦適用較輕處罰之刑法或其他法律。蓋法規範對一般公務員執行職務公正性及廉潔性之要求，當較高於受公務機關委託處理公務之人員，則前者既可適用輕刑，後者當亦及之，而此係有利於行為人之解釋，並不違反禁止類推解釋不利於行為人之罪刑法定主義²。

為了彌補此缺憾，81 年 7 月 17 日修正公布之本條例第 11 條（現行條例則移列第 12 條）第 1 項修正為「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，減輕其刑。」第 2 項為「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。」其中 3 千元提高為新臺幣 5 萬元，係因應時代變遷配合物價指數之調整，而法律效果由適用較輕處罰規定之刑法或其他法律，改為減輕其刑，依立法理由說明，則係以舊條例規定不甚周全，致實務上認為，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（引用最高法院 67 年度第 6 次暨第 7 次刑事庭推總會決議四）。爰將上開規定修正為均依本條例

² 參林東茂著刑法綜覽七版，1—233 頁；陳子平著刑法總則 2017 年 4 版，第 452、453 頁。

所定法定刑減輕之，期得其平³等語，是本條修正純為彌補前開決議所發生之失衡現象，有類前揭德國刑法第 221 條第 4 項等規定，採減輕其刑模式，實則與舊條例之規定相同，仍屬獨立之構成要件，而與一般單純刑之減輕規定，如刑法第 62 條、第 172 條、本條例第 8 條第 2 項等有別。

本條修正理由並言：依現行第 12 條適用較輕處罰規定之刑或其他法律之結果，刑罰減輕甚多⁴，經以上之修正後，不僅得以適度提高刑罰，以達嚴懲貪污、澄清吏治之目標。顯然立法者認舊條例規定處罰太輕，有適度提高刑度，使貪污所得在 5 萬元以上、以下，不致相去太遠，與德國之立法例同，是解釋本條修正規定，不宜由宥刑角度為之。

參、本條規定判例之見解及理論之探討

修正前本條例第 12 條所定，適用較輕處罰規定之刑法或其他法律，既係各自獨立之犯罪構成要件，則有關共同正犯間如何計算其所定之（銀元）3 千元以下，個別計算抑共同計算，最高法院 53 年台上字第 2211 號判例謂：「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。即認為應適用較輕之刑法處斷。」63 年台上字第 1410 號判例認：「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。」66 年台上字第 1771 號判例亦以：「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⁵。」均認應採共同計算說。

蓋共同正犯係將各共犯之所為，均視為全體行為之部分，為一整體而觀察，最顯著者厥為採共同意思主體說者，將各共犯之意思，視為一共同之意思，而為

³ 參立法院公報第 80 卷第 30 期委員會紀錄第 269、270 頁。

⁴ 如本條例第 4 條第 1 項第 5 款、第 5 條第 1 項第 3 款之收賄罪，刑度為無期徒刑或 10 年以上有期徒刑、7 年以上有期徒刑，而刑法第 122 條第 1 項、第 121 條第 1 項則分別為 3 年以上 10 年以下有期徒刑、7 年以下有期徒刑。

⁵ 關於連帶沒收追繳部分，已經最高法院 104 年 8 月 11 日第 13 次刑事庭會議決議不再援用。詳參拙著「共同正犯犯罪所得連帶沒收」之理論商榷一文，載司法周刊第 1763 期第 2、3 版。

犯罪行為之發動，即採支配論者，亦不否認各共犯之行為對犯罪形成支配為已足，而非問其實際支配比例，亦係將部分視為全體。既係全體行為合一觀察，則關於舊條例適用較輕處罰法條之金額標準，自應合併計算，而無法各別計算，割裂適用，其理甚明。另就犯本條例第 4 條至第 6 條各罪，在民事上，不乏共同侵權行為者，如第 4 條第 1 項第 1 款之竊取、侵占公有財物、第 2 款之藉勢藉端勒索、第 5 條第 1 項第 2 款之利用職務機會詐取財物、第 6 條第 1 項第 1 款之竊取、侵占非公用財物等，依民法第 185 條規定，須負連帶賠償責任，均係基於共同計算之同一法理。此即本裁定理由一所指「一人著手全部著手」、「一人既遂全部既遂」、「一部行為全部責任」之謂。另共同正犯之犯罪，較諸一人行為之單獨犯，分工合作，相互利用，其主觀之惡性及客觀之危險性均較重，此觀刑法中不乏加重類型之犯罪，有以數人共犯為加重要件者，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 款等規定自明。共同正犯所犯本條例各罪，類皆為集體貪污模式，自不能在計算所得金額時採個別計算，反而有利於行為人，違背共同正犯理論，且有變相鼓勵犯罪之弊。

故適用舊條例第 12 條規定，適用較輕處罰規定，所制成各該判例，並無反對見解者。而本條例第 12 條現行規定，雖改採減輕其刑規定，惟如上貳立法演進所述，純為彌補前開 67 年最高法院決議所指輕重失衡現象而立，並非實質上之變更，其仍為獨立之犯罪構成要件，而非單純之刑罰減輕事由，亦如上貳所述。則遇本條例第 12 條規定之情形，前開各判例自同有適用，即本裁定所採合併計算說。甚者，本條此次修正另一理由為適度提高刑罰，以達嚴懲貪污、澄清吏治之目標，則更不能反其道而行，改採個別計算說，違背立法本意。

肆、另一角度觀察—不法連帶、責任個別

現行刑法對教唆犯及幫助犯，採共犯從屬性，使依附於正犯之行為而成立犯罪，如此方符合自己責任原則及過錯原則之罪責原則⁶，體現實質正當法律程序要求⁷。在共同正犯亦應為相同原則之適用，即無論共同正犯係參與全部犯罪行為之實行、部分犯罪行為之實行或祇參與犯罪之共謀而實際未實行犯罪行為，均係將

⁶ 同註 5 文貳、由刑事實體法上立論。

⁷ 司法院釋字第 384 號解釋理由，認實質正當法律程序，包括實體法及程序法，而在實體法上罪刑法定主義、罪責原則為其基石，晚近之解釋更強調罪責原則為憲法原則。

各共同正犯協力完成之犯罪行為，視為各共同正犯之行為，充實整個犯罪構成要件，而就整個犯罪構成要件負責，如此方亦符合罪責原則。因此在共同正犯，前述共犯從屬性說變成「共同正犯連帶性」，學說判例上所指「一切行為全部負責」即此之謂⁸。矧刑法第 29 條、第 30 條立法說明中一再強調改變舊法教唆犯採共犯獨立性說立場，改採德國刑法第 29 條及日本刑法多數見解之「限制從屬形式說」，即共犯從屬於正犯之構成要件該當性及違法性，但正犯有無責任，非共犯所從屬，則共犯與正犯各依其責任負責；無責任之從屬性。同理，此限制從屬形式說亦適用在共同正犯上，該「共同正犯連帶性」（相對於共犯從屬性）變成不法連帶而責任個別，則各共同正犯間符合構成要件該當性及違法性之行為，皆應視為各共同正犯之行為，惟各共同正犯之責任評價上則各自獨立，互不相涉，此於各有關法條規範意旨亦然，法條規定屬於構成要件及違法性者，在各共同正犯一體適用，屬於個別責任判斷者，則互不相涉，此共同正犯「不法是連帶的，責任是個別的」，基本命題，於解析法條規定之判斷上，至為攸關。

具體分析刑法各條加重減輕規定，適用於共同正犯時，自因各該規定，屬不法要件（構成要件該當性及違法性）者，適用於各共犯；屬於責任規定者，則各共犯獨自適用，彼此不相涉。如刑法第 25 條第 2 項、第 27 條第 2 項未遂減輕，屬犯罪構成要件之既未遂，則共同正犯間有一既遂，各共同正犯即無未遂適用，此在中止未遂時尤為明確，第 27 條第 2 項已明定，共同正犯中一人中止行為，必須其他共同正犯實行之障礙或有效防止結果之發生，始生中止之效力，此不法連帶之顯例。另第 18 條第 2、3 項、第 19 條第 2 項、第 20 條之責任減輕，第 47 條第 1 項之累犯加重，均係責任評價範圍，為共同正犯中符合規定者分別適用，當不及於其他共同正犯，而屬責任個別，第 31 條第 1 項但書之無身分共犯減輕其刑，亦屬之。尤其第 62 條、第 102 條、第 172 條、第 244 條之自首、自白、送回被誘人等減輕規定，均已在犯罪行為完成後所為，自與不法連帶無涉，而祇適用責任個別原則，僅符合各該要件之行為人始適用減輕其刑規定。另刑法第 347 條第 5 項之擄人勒贖罪，未經取贖而釋放被害人，取贖後釋放被害人減輕其刑規定，究係不法連帶或責任個別，則值研究。因無論取贖與否，其釋放被害人均在犯罪行為（擄人）繼續中所為，如解為單純的刑罰減輕事由，則似僅釋放被害人共同正犯有其適用，而屬責任個別。如認在犯罪行為繼續中，有釋放被害人行為，有

⁸ 參照 28 年上字第 3110 號判例、32 年上字第 1905 號判例。

類中止未遂，而既已產生釋放之效果，可解為另一獨立之犯罪類型，則屬於不法（構成要件該當性）要素，而連帶地各共同正犯均得邀減。本文認以後說為可採，以體現刑法之謙抑性及符合本罪保護被擄人安全為首要之國民法感。

茲值探究者，為刑法分則之各種加重減輕其刑規定，其已有獨立之要件及處罰規定者，如刑法第 272 條、第 273 條、第 274 條之於第 271 條；第 321 條、第 326 條、第 330 條之於第 320 條、第 325 條、第 328 條；第 336 條第 1 項、第 2 項之於第 335 條；第 339 條之 4 之於第 339 條；第 171 條之於第 169 條等。屬獨立的犯罪類型，觸犯各該法條者，均符合構成要件該當性，自屬不法連帶，共同正犯同應負責，固無疑義。其規定獨立之罪而僅加重基本犯罪之刑或減輕其刑者，如刑法第 134 條之公務員不真正瀆職罪，刑法第 170 條、第 250 條、第 280 條、第 295 條、第 303 條之對於直系血親尊親屬犯誣告、毀棄屍體墳墓、傷害、遺棄、妨害自由等罪，均祇規定加重各本罪之刑至二分之一，第 167 條之特定親屬間犯第 164 條、第 165 條之罪，減輕或免除其刑之規定，究共同正犯間係適用不法連帶抑責任個別，更值深究⁹。最高法院 66 年 9 月 20 日 66 年度第 7 次刑庭庭推總會決議（一）對刑法分則之加重認係就犯罪類型變更之個別犯罪行為予以加重處罰而成為另一獨立之罪。無論已規定獨立之刑如第 272 條，或就普通人犯罪類型規定加重其刑，如第 134 條，均屬各自獨立的犯罪構成要件，就共同正犯言，自適用不法連帶，各共同正犯之任一行為，均視同全體所為。此在第 167 條之特定親屬間犯藏匿人犯、湮滅證據等罪，減免其刑之規定亦同，共同正犯間應屬不法連帶。祇是上述各罪均屬身分犯，因此在責任評價時因刑法第 31 條第 2 項有特別規定，如有特定身分與無身分之普通人共犯時，則無身分者科以通常之刑，而屬責任個別。故公務員與一般人共同犯公務員利用職務上機會傷害罪，二者均犯刑法第 134 條、第 277 條第 1 項之罪，而不法連帶，惟一般人僅處以第 277 條之刑。同理，特定親屬與一般人共同藏匿人犯，均成立第 167 條之罪，特定親屬得減免其刑，一般人則依第 164 條處刑。此與一般所認加重、減輕其刑規定，純為責任判別者，認上開二例，前者均成立傷害罪，公務員則依第 134 條規定加重其刑，後者均成立藏匿人犯罪，特定親屬則減免其刑，顯然有別。如純從身分犯理論或本文所持不法連帶、責任個別原則觀之，後述之一般所認，似值商榷。

⁹ 另刑法第 264 條、第 270 條之公務員包庇他人犯煙毒、賭博罪，包庇罪與煙毒、賭博，為不同類型之犯罪，應屬獨立之犯罪，參拙著「我國刑法公務員身分之類型」一文，載刑事法雜誌第 34 卷第 3 期第 47 頁。

由上觀之，本條例第 12 條減輕其刑之規定，應屬刑法分則之減輕，其為個別犯罪行為予以減輕其刑之犯罪類型變更而成立另一罪名，適用不法連帶，計算犯罪所得是否在 5 萬元以下而得否減輕其刑時，共同正犯之犯罪所得，不得以各人實際所得計算而應合併計算。此與同條例第 8 條第 2 項前段之犯本條例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，減輕其刑之規定，規定於犯罪後，偵查中為自白，並繳交所得，與刑法第 172 條等類似，純為評價罪責時刑法第 57 條之特別規定，屬責任個別範圍，實務上認共同正犯只須繳交其個人實際所得為已足者，自屬有別。

伍、結論

因本條例處罰貪污犯罪之刑度甚重，為避免輕情重罰之弊，乃有第 12 條之立法，舊條例規定適用較輕處罰之刑法或其他法律，本條例則規定減輕其刑，純因囿於最高法院 67 年 6 月 13 日、20 日第 6、7 次刑事庭庭推總會決議四之見解，產生輕重失衡及舊條例處罰過輕之缺憾而修正，並無法律本質之變更。而舊條例第 12 條對於判例係採共同計算說，共同正犯犯該第 12 條情節輕微之貪污罪，所設金額限制，並無疑義。同為獨立犯罪構成要件而非一般之刑罰減輕事由之本條例第 12 條規定，基於共同正犯之理論，無論採共同意思主體說或犯罪支配論，自均應採共同計算說，以符合「一部行為全部責任」之原則。次就限制從屬形式說適用於共同正犯時之「共同正犯連帶性」而言，不法連帶、責任個別為基本原則，有關構成要件該當性及違法性，各共同正犯間是連帶的，一同負責，惟屬責任評價之加減其刑，則各共同正犯不相隸屬，個別適用。本條例第 12 條之 5 萬元界限既為認定適用之構成要件要素，而同條例第 8 條第 2 項之自白並繳交犯罪所得，則純為責任評價事項，兩者迥然有別，前者適用不法連帶，後者適用責任個別，故第 12 條之 5 萬元採共同正犯合併計算，至第 8 條第 2 項之自白繳交所得則共同正犯各別計算（只繳交其個人實際所得），其理甚明。