

高法院91年台上字第2656號判決認：「…公務員基於公法上之規定，關於職務上之行為，如有意圖為自己或第三人不法之利益，或損害其服務機關之利益而為違背其職務之行為，致生損害於服務機關之財產或其他利益者，雖因不符合貪污治罪條例或其他瀆職特別規定之構成要件，而不成立瀆職罪名，仍非不可以背信罪相繩。（28年度上字第2464號判例）」，將本案發回更審⁶⁸。

二、圖利罪之競合比較

犯90年11月7日修正公布前貪污治罪例圖利罪，應先審認該犯行依修正前後新、舊法均成立犯罪，始有進一步適用刑法第2條第1項定，擇用法定刑較輕法律之問題。如依舊法不成罪，即應逕依刑法第1條罪刑法定原則諭知無罪；如依舊法成罪，但依新法不予處罰，則應依刑事訴訟法第2第4款規定諭知免訴，均無依刑法第2條第1項比較新、舊法適用之餘地。亦不得不顧被告行為依新舊法均成立犯罪之前提是否存在，即先就新舊法之犯罪構成要件互作比較，而以新法規定比較嚴謹之犯罪構成要件對被告有利為由，逕行適用新法。（最高法院96年度台上字第638號判決）

玖、圖利罪高無罪率根本解決之道—代結論

貪污治罪條例的圖利罪—號稱公務員刑罰之「閻王條款」，據媒體論者謂：「90年11月7日修正圖利罪後，從這一天開始，公務體系行政環境才從此煥然一新⁶⁹」。事實上，如前所述，我們從之前實務見解的分歧看來，法律修正前後其實差別有限。倒是94年修正刑法公務員定義的限縮，前後適用頗有差異。

至於圖利罪究有無續存之必要？學界持廢除者頗眾。然學者囿於學理、昧於現實，不瞭解我國貪瀆實況。通常惡性圖利他人必然事出有因，常伴隨著鉅額賄賂，

⁶⁸ 最高法院28年上字第2464號判例：「公務員關於職務上之行為，有時雖亦足以構成背信罪，然以不合於瀆職罪之構成要件為限，如其犯罪行為已足成立瀆職罪名，即不能以其違背職務而認為構成背信罪。」，參見中國時報，91年7月14日7版。

⁶⁹ 江元慶著，司法無邊—13名老人流浪法庭27年，水星文化事業出版社。

賄賂現又多藏匯國外⁷⁰。徵之我國目前國際處境，除極少數特殊案例，國外銀行或政府俱皆拒絕我國司法機關查詢，在賄款及人頭追查無門的情況下，圖利罪仍是制裁惡性貪汙案件的有效途徑，如因「法重情輕」欲修改圖利罪，降低刑罰或前文第4章圖利罪相關立法例所述德國立法例之公務員背信罪，應是可參考立法方向。

然而在我國不僅圖利罪，事實上在犯罪偵防上，不論立法、行政管理、偵查、審判、預防等各方面，確存有極大改進空間。各職司者為避免無辜者長期訟累，下列情形應是注意改革的重點⁷¹。

一、立法面：

據報載公立銀行官員有因圖利罪訴訟長達28年者⁷²，可見我訴訟制度確實存有頗大檢討空間。所謂「法與時轉則治，治與世宜則有功」、「君子有諸己，而後求諸人。無諸己，而後非諸人。所藏乎身不恕，而能喻諸人者，未之有也」。圖利罪雖有存在之必要，然目前立法確有未臻明確之處，立法者應從速修改。同時對於司法人員無故稽延或發回案件者，監察院應予糾彈或懲處。立法院亦應立法對無端因案涉訟致身心、名譽受創之無罪被告予以適當賠償。

二、行政管理面：

行政管理上尤應重視重要業務承辦人員之品格，同時加強行政法之素養、建立公開透明的行政程序及作業準則、推動有效陽光法案、強化監督機制、注重風險管理等亦是不可或缺的重點。

三、偵查面：

辦理案件應力求客觀，所謂「惡惡太嚴，便是一惡」、「吾心如秤，不能為人作輕重」；「實施刑事訴訟程序之公務員，就該管案件，應於被告有利及不利之情形，一律注意」，應為偵查人員時時謹記之原則。目前辦理肅

⁷⁰ 自「掃除黑金行動方案」實施以來迄民國92年止，其中涉及洗錢者，僅有89年7件、90年5件、91年2件、92年7件，其案件數與貪汙犯罪案件數相較，所占比率極微，恐係貪汙者已逐漸掌握洗錢之道所致，頗值注意。

⁷¹ 拙著，黑暗之心，日新司法年刊第五期，警政署發行，185頁。

⁷² 參見中國時報、聯合報，96年8月24日。

貪工作之品質與效率常為人質疑，事實上重大貪瀆案往往牽涉到許多極其煩瑣、專業慣例、知識與法令，非僅知曉刑法知識即足勝任，因之辦理重大貪瀆案件之承辦人資格亦應仿目前辦理重大金融刑案制度，接受金融、行政法等專業分級訓練與認證，並具相當年資，始具偵辦資格⁷³。

四、審判面：

媒體有譏評打官司如賭俄羅斯輪盤 要憑運氣，審諸現今司法實務，確為是論⁷⁴。目前審判每一審級頗多長期稽延，最高法院一再發回，已久為人詬病。尤其迭有爭議影響攸關當事人權利、自由、名譽之重大法律論點，始終未見有司「統一解釋法律及命令」機關整合，任令公務員無所適從，被告徬徨無措流浪法庭，司法怠惰莫此為甚，亟待有司者拿出魄力解決⁷⁵。

五、預防面：

所謂「寬厚深沈，遠識兼照，造福於無形，消禍於未然，無智名、無勇功而天下陰受其賜。」。(明·呂坤)此應為負責預防犯罪政風機構之工作目標，發掘問題、加強稽核，落實法治教育應為有效之工作手段。最後寄語國人「國家之興衰，不取決於國庫之殷實、城堡之堅固，也不取決於公共設施之華麗；而繫於公民的文明素養，即在於人們所受教育、遠見和品格的高下。這才是真正的利害，真正的力量所在。」(馬丁路德)，「政治永遠需要批評，權力永遠需要制衡」(陶百川)，廉能政府的建立，與其期望包青天或司法英雄，毋寧冀望社會每一位優質國民熱誠而不世故的參與更有可能，否則法令滋彰，盜賊多有，日暮路遠，河清難俟！

76

⁷³ 97年7月11日臺灣高等法院檢察署〈貪瀆案件無罪原因分析及改進措施〉報告，將具有研究價值之28件貪瀆案例，彙整製成「貪瀆案件無罪定讞案例分析彙整」，發現有關行政規定之認知錯誤問題占無罪原因之首位，合計共出現16次之多；其次為「蒐證不足」，占15次；第三名則為「欠缺證據能力」，占6次。顯見檢察官於偵查貪瀆犯罪時，最常因對行政規定及行政作業程序之不熟悉或查證不完全，致誤認被告違法；檢察官對「違背法令」之認知，明顯與法院之認知有落差。而此項原因，通常亦伴隨「蒐證不足」之問題，亦即，檢察官未能充分查證、或給予被告充分說明、提證之機會，即行起訴，以致被告事後在審判中提出更多證據及行政規定，證明自己行為未違法，導致案件被判無罪。

⁷⁴ 媒體有將法院判決之不確定性，喻為有如俄羅斯輪盤賭博者，亦非無因，見98年3月5日聯合報第A2版。

⁷⁵ 江元慶著，流浪法庭三十年，報導文學，2008年8月，270頁。

⁷⁶ 胡適晚年為人題字時，喜歡題顧炎武〈五十初度〉詩：「遠路不須愁日暮，老年終自望河清」。