臺灣高等法院刑事判決

113年度重上更三字第11號

上　訴　人
即　被　告　王成明

選任辯護人　陳新傑律師
　　余鑑昌律師
　　朱敏賢律師
上　訴　人
即　被　告　陳進慶

選任辯護人　周建才律師
上　訴　人
即　參與人　唐杰廣告企業有限公司

代　表　人　林杰
代　理　人　林秀卿律師
　　張博琳律師

上列上訴人因違反貪污治罪條例等案件，不服臺灣宜蘭地方法院105年度訴字第229號，中華民國106年9月25日第一審判決（起訴案號：臺灣宜蘭地方檢察署103年度偵續字第58號），提起上訴，經最高法院第三次發回更審，本院判決如下：

主　文

原判決撤銷。

王成明、陳進慶均無罪。

參與人唐杰廣告企業有限公司之財產不予沒收。

理　由

壹、公訴意旨略以：被告王成明(以下逕稱姓名)於民國90年1月16日至96年7月16日（於96年7月17日至97年7月16日調任退輔會第九處處長）及97年7月17日至102年1月16日間，擔任行

政院退除役官兵輔導委員會（下稱退輔會）榮民森林保育事業管理處（下稱森保處）處長，負責綜理森保處處務，係依法令服務於國家所屬機關而具有法定職務權限之公務人員。被告陳進慶(以下逕稱姓名)於86年4月28日起迄今，受僱為森保處聘用人員，並擔任森保處林業工作隊（下稱林業隊）隊員，王成明於97年7月17日回任森保處處長後，指示陳進慶辦理森保處經管之宜蘭縣宜蘭市校舍路以北、林森路以東之宜蘭市○村段00○00地號國有土地出租業務（詳下述）。陳進慶於辦理上揭土地出租業務範圍內，有簽擬相關事項呈王成明審核等職權，為森保處依國有財產法、政府採購法授權，從事森保處出租經管國有土地案之公共事務，具有法定職務權限之公務員，屬刑法第10條第2項第1款後段之授權公務員。王成明、陳進慶二人均屬為森保處處理上揭事務之人，於執行該職務範圍內，應忠實執行事務並為森保處謀取最大利益，不得圖第三人不法利益，而為違背其任務之行為。王成明、陳進慶均明知王成明於90年10月9日擔任森保處處長所訂函頒之「本處附（所）屬事業單位與民營企業合作經營作業要點（下簡稱合作經營要點）」經送退輔會核備，因退輔會指示修訂而於同年11月19日再函報退輔會核備，經退輔會函示該要點有諸多疑義，而於翌（91）年1月9日函知森保處各單位上開要點作廢，並載明與民間企業合作經營之案件法源依據為國有財產法等相關法令，而未再另訂合作經營要點陳報退輔會核定。另森保處經管之宜蘭市火車站附近之宜蘭處區面積21.5公頃土地，業經行政院於93年間函示宜蘭縣政府、退輔會等相關單位，責令退輔會將上揭土地中之校舍路以北土地（約12.2公頃）規劃設置宜蘭榮民總醫院及其他相關設施，校舍路以南土地（約9.3公頃）優先提供陽明大學作為籌建醫學、生技有關系所之校區，並結合榮民總醫院及相關產業界發展生物科技、醫療研發及創新育成中心，並請宜蘭縣政府儘速辦理都市計畫變更及退輔會會同陽明大學、宜蘭縣政府迅即進行細部規劃事宜，森保處即

於96年12月間向退輔會陳報「校舍路以北土地計劃變更暨招商作業技術服務開發計畫暨都市計畫變更案」申請經費補助。再退輔會為使附屬機構經管之國有不動產充分發揮效益，俾於辦理提供使用有所依循，特依據國有財產法第28條但書及國有公用不動產無償提供使用之原則，業於97年2月19日以輔肆字第0970000745號函訂「國軍退除役官兵輔導委員會經管國有不動產提供使用處理原則」（下稱經管國有不動產提供使用處理原則），並檢送「經管不動產有償提供使用契約書（參考範例）」予退輔會各處室會及附屬機構，俾以規範所屬機構辦理國有公用不動產出租業務之用，依前揭契約書（參考範例）第8條第5點規定，乙方（即承租人或使用人）不得將本契約標的之不動產轉租、轉借或以其他方式交付予其他機關、團體或任何第3人使用，嗣森保處即依上揭經管國有不動產提供使用處理原則與順風營造有限公司、隆久環保有限公司、京典環保股份有限公司、怡東企業股份有限公司等簽訂經管不動產有償提供使用契約書，並限制上述公司不得再為轉租或與他人合作經營或再提供給第3人使用等行為。又國有不動產固得依國有財產法規定標租，然應依政府採購法第28條規定，訂定合理招標期限。據上，王成明、陳進慶均明知出租森保處經管國有土地，應限制承租人不得轉租，詎王成明、陳進慶於97年7月30日前某日，由不詳管道得悉宜蘭縣政府原規劃設置宜蘭縣○○市○○○○○○○○道0號高速公路客運公司客貨運站）之車專用地因故無法取得，欲改租用森保處經管之宜蘭縣宜蘭市校舍路以北、林森路以東之宜蘭市○村段00○00地號土地（下簡稱校舍路以北土地）設置宜蘭縣宜蘭市臨時轉運站，而王成明之友人林杰即唐杰廣告企業有限公司（下簡稱唐杰公司）負責人，亦經不詳管道知悉宜蘭縣政府欲租用上開校舍路以北土地設置宜蘭臨時轉運站，林杰預估宜蘭縣政府於該土地設置宜蘭轉運站後，將有大量旅客使用轉運站而有龐大商機，乃欲租用該土地將部分土地轉租予宜蘭縣政府，並將轉運站周

遭土地及森保處老舊建物整修後轉租其他商家牟利，遂以前於92年間以唐杰公司與森保處訂立之合作經營展示契約（下簡稱92年合作經營契約）標的之宜蘭市○○路000號土地（下簡稱校舍路以南土地）因屬陽明醫學院教學醫院及醫學中心用地，要求以續約之方式更換租賃標的至上開校舍路以北土地，王成明、陳進慶均明知上揭92年合作經營契約租用之森保處校舍路以南土地與林杰欲租用之校舍路以北土地屬不同標的，且該92年合作契約第16條原即約定如政府實施國家政策或都市計畫，需撥用土地等，得適用情事變更原則終止契約，且依政府採購法規定，國有不動產之標租應經一定程序，再上揭合作經營要點業已作廢，自不得援引已作廢之合作經營要點為依據簽訂合作契約，況森保處與私人合作經營有別於單純出租經管之國有土地。蓋所謂合作經營乃雙方事先協商合作內容、營利分配，甚而森保處得審閱財務報表等，然出租土地則僅收取租金，而無從就合作經營內容有所置喙，是難謂合作經營等同或含括出租行為，又校舍路以北土地經宜蘭縣政府設置臨時轉運站後，因大量旅客使用轉運站致轉運站周遭土地得設商家供旅客消費而具龐大商機，王成明、陳進慶本得訂定合理標金、公告標租期限等，藉以為森保處謀取最大利益，卻捨此不為，明知林杰所謀，且林杰個人或唐杰公司，均無資力可單獨開發上揭校舍路以北土地，竟共同基於為唐杰公司不法利益，而為違背其任務之行為，致生損害於森保處利益之背信、公務員明知為不實事項而登載於職務上所掌公文書之犯意聯絡。由王成明指示未掌理森保處財產使用收益之林業隊隊員陳進慶負責上揭合作經營契約續約案，陳進慶即於97年7月30日簽會相關內部單位，原定於同年8月4日召開與唐杰公司續訂合作經營契約研討會，然因宜蘭縣政府業於同年7月22日召開宜蘭轉運站土地使用協調會議，宜蘭縣政府建設處交通科科長曾仁松於該次會議中表示，原轉運站車專用地如不可行，則以森保處經管之校舍路以北土地為替代方案，前立法委員林建榮於該次

會議亦表示校舍路以北土地具高可行性，宜蘭縣政府遂於該次會議後之同年7月30日通知森保處、相關客運公司於同年8月11日召開宜蘭轉運站土地使用協調會。王成明為免森保處收受上開宜蘭縣政府之開會通知單而無從推諉不知宜蘭縣政府已有將宜蘭轉運站設置於校舍路以北土地之規劃，除刻意忽略企畫組組長陳駿銘於該97年7月30日簽稿註記之「原租約標的物與本租約本案標的物非同一地點」、「本草案送呈研討前，請林業隊先與法定代理人討論，以維本處權益」企畫組意見，及行政室趙麗美於7月31日10時35分於該簽稿註記之「原租約標的與本租約草案標的不同一地點，契約屆滿應即終止，不得引用原契約條文辦理續約。」之行政室等意見外，並將上揭原於同年8月4日召開之續訂合作經營契約研討會提前於同年7月31日召開，且於7月31日開會後，於7月31日14時在該簽呈批示「已於07311030（即7月31日10時30分）研討完畢請依結果辦理」，指示陳進慶就上揭合作經營案辦理續約，且為規避因續約標的不同引人非議，陳進慶於同年8月4日簽奉於翌（5）日辦理等標期僅3日之網路公告標租，繼於同年8月8日開標並由單獨投標之唐杰公司以僅高於底價新臺幣（下同）800元之8萬2800元得標，並於同年月22日，由陳進慶製作性質上屬公文書之「宜蘭市○村段00○00地號部分土地合作經營宜蘭世貿會展中心契約書（下簡稱97年合作經營契約）」，與唐杰公司訂立該契約，雙方約定合作經營期間自98年2月1日起至104年1月31日止為期6年，而將實為出租國有土地之事實，不實登載為合作經營，且故意不陳報退輔會審核，致生損害於森保處合理可期之出租國有土地利益，及退輔會審核森保處出租經管國有土地之正確性。嗣宜蘭縣政府因認不宜向唐杰公司承租上揭校舍路以北土地，經前立法委員林建榮於97年12月19日召開說明會，林杰同意上開唐杰公司租得之校舍路以北土地就宜蘭縣政府使用部分分割由宜蘭縣政府向森保處承租，並與宜蘭縣政府協商後，另行與森保處辦理租賃契約變更。王成明、陳進慶至

遲於此時已確認宜蘭縣政府擇定校舍路以北土地設置宜蘭臨時轉運站，而林杰此時尚未投入相關費用，不致受有損失，森保處自得依上揭97年合作契約第13條約定之「政府實施國家政策或都市計畫，需要撥用土地時，得隨時終止契約」情事變更原則終止契約。惟王成明、陳進慶仍承前共同背信犯意聯絡，於唐杰公司98年1月16日發函以校舍路以北之部分土地切割予宜蘭縣政府作為興建臨時轉運站為由，函請森保處就原租賃範圍扣減分割予宜蘭縣政府興建臨時轉運站部分及展延租賃期間自99年2月1日起至105年1月31日。陳進慶隨即上簽以情事變更協議方式同意唐杰公司所請，經王成明核准後，於98年1月21日訂立如上內容之情事變更協議書。另唐杰公司於98年12月31日以森保處名義取得上述承租校舍路以北土地之林森路2號、6號、8號、10號、12號、16號、18號及20號之建物使用執照前，財政部為利管理機關依國有財產法第28條但書規定辦理國有不動產出租或利用，提昇運用效益，業於98年7月3日以台財產接字第09830006081號令頒「國有公用不動產收益原則」，依該收益原則第11點規定，國有公用不動產出租或利用，應於契約或申請書中明定承租人或使用人不得再轉租或委託經營或與他人合作經營或再提供第三人使用。王成明、陳進慶於財政部令頒上揭收益原則後，明知標租國有土地事務，應依國有財產法及政府採購法規定辦理，並應依上揭收益原則第11點規定，於契約書明訂承租人不得再轉租或委託經營或與他人合作經營，及應訂定合理招標期限，不得意圖為私人不法利益而出租國有土地。詎王成明、陳進慶竟共同承前圖私人不法利益並擴充為共同對主管之事務，間接圖私人不法利益之犯意聯絡，由森保處林健民技術員以唐杰公司向森保處租用土地案，因重新整建完成後，租賃範圍有所變更，經赴現場會勘為由，於99年1月6日簽會陳進慶等內部單位，並經王成明核准擴大租賃範圍予唐杰公司，將原租賃範圍2502.2平方公尺擴大為8113.49平方公尺，每月租金調為9萬9485元，未於99年1月8日修約

之際，依上揭財政部令頒之收益原則增加禁止轉租之限制條款，及依政府採購法第28條訂定合理標租公告期限，並於唐杰公司99年1月12日函請森保處同意唐杰公司依契約書規定，辦理招商作業後，由陳進慶於99年1月14日簽辦及王成明核准同意唐杰公司在符合契約書之合作經營項目範圍內，以其名義行使辦理招商作業。唐杰公司因王成明、陳進慶上揭圖利行為，陸續與尚蠡生猛海鮮（102年11月起改名為九御亭創意海鮮料理坊）、宜蘭龍圓餐廳（龍園會館）、台灣百大產業股份有限公司、昌益陞食品行、野宴炭火燒肉店、博士鴨畜產品實業有限公司、萊爾富國際股份有限公司（營業額超出100萬元再抽成10%）、普客二四停車場股份有限公司等簽訂合作經營契約及房屋租賃契約，並分別按月收取15萬元、21萬8400元（102年2月起按月收取26萬2080元）、4萬元、4萬元、8萬元、5萬元、10萬元、2萬元不等之租金及抽成，截至104年12月底止，唐杰公司轉租予前述商家，獲取租金及抽成共計4424萬8349元（依唐杰公司105年4月13日陳報之99年至104年之租金收支報表計算），共計間接圖唐杰公司2356萬516元之不法利益（扣除5%營業稅221萬417元及工程款之成本1847萬5416元）。因認被告王成明、陳進慶共同涉犯登載不實公文書、背信及貪污治罪條例第6條第1項第4款之依法令從事於公務之人員，對於主管之事務，明知違背法令，間接圖私人不法利益，因而獲得利益之間接圖利等罪嫌。

貳、公訴意旨認被告王成明、陳進慶涉犯上開罪嫌，無非係以被告王成明、陳進慶於法務部廉政署（下稱廉政署）詢問及偵查中之供述、具結證述，及證人林杰、李炎壽、陳駿銘、趙麗美、曾仁松、吳澤雄、葛得生等人於廉政署詢問、偵查中之證述，暨㈠森保處90年10月9日90森行字第321號函、11月19日森行字第3553號函、91年1月9日90森行字第4159號函（稿）影本、㈡行政院93年2月25日院臺教字第0930082372號函、森保處96年12月12日森產字第0960003305號函（稿）

暨附件、97年7月8日校舍路以北土地整體開發計畫暨都市計畫變更案會議紀錄、㈢退輔會97年2月19日輔肆字第0970000745號函暨退輔會經管國有不動產提供使用處理原則、契約參考範例影本6件、森保處與隆久環保有限公司、京典環保股份有限公司97年7月1日簽訂之有償提供使用契約、㈣97年7月22日宜蘭縣宜蘭轉運站土地使用協調會議紀錄、宜蘭縣政府97年7月31日府建交字第0970099950號開會通知單（事由：宜蘭縣宜蘭轉運站土地使用協調會議）、被告陳進慶97年7月30日簽呈、同年月31日續訂合作經營契約草案研討會會議簽到紀錄、森保處104年9月10日森企字第1040003220B號函、㈤宜蘭市○村段00○00地號部份土地合作經營宜蘭世貿會展中心契約書、公證書影本、97年12月19日林建榮立委國會辦公室召開之「宜蘭縣○○○○○○○○○○○○○○○○○○○○地○○村段00○00地號2筆地）說明會紀錄、情事變更協議書、宜蘭縣政府租用校舍路以北部份土地之租賃契約書、公證書影本、㈥被告陳進慶97年8月4日簽呈、森保處同年月5日中文財物出租公告資料、森保處同年月8日開標、決標紀錄、㈦財政部98年7月3日台財產接字第09830006081號令國有公用不動產收益原則、財政部國有財產局98年7月9日台財產局接字第0983000724號函、退輔會98年7月13日輔肆字第0980002364號函、㈧99年1月6日簽呈、唐杰公司向森保處承租土地（32.41地號）重新整建完成租賃範圍差異及其他事項協商會議、情事變更契約書、唐杰公司99年1月12日杰字第0990112號函、森保處99年1月14日森隊業字第0990000010號書函（稿）、㈨財政部財政資訊中心103年1月2日資理字第1030000011號函暨唐杰公司99年1月至102年10月之統一發票查核清單、名冊、營業人銷售額與稅額申報書及唐杰公司與野宴炭火燒肉店等營業人相互交易清單、名冊資料、本署105年4月13日收文之唐杰公司陳報之99年至104年間之租金收入報表、㈩森保處103年9月30日森企字第1030003304B號函暨森保處組織規程等，資為主要論據。

參、按不能證明被告犯罪或其行為不罰者應諭知無罪之判決；又犯罪後之法律已廢止其刑罰者，應諭知免訴之判決，刑事訴訟法第301條第1項、第302條第4款分別定有明文；又犯罪事實應依證據認定之，無證據不得認定犯罪事實。刑事訴訟法第156條第2項、第154條第2項分別定有明文。是以，犯罪事實之認定，應憑真實之證據，倘證據是否真實尚欠明確，自難以擬制推測之方法，為其判斷之基礎；而認定犯罪事實之證據，係指足以認定被告確有犯罪行為之積極證據而言，該項證據自須適合於被告犯罪事實之認定，始得採為斷罪資料（最高法院53年台上字第656號、29年上字第3105號判決參看）。如被告否認犯罪事實所持之辯解，縱屬不能成立，仍非有積極證據足以證明其犯罪，不能遽為有罪之認定。其以情況證據（即間接證據）斷罪時，尤須基於該證據在直接關係上所可證明之他項情況事實，本乎推理作用足以確證被告有罪，方為合法，不得徒憑主觀上之推想，將一般經驗上有利被告之其他合理情況逕予排除，此所稱刑事訴訟上證明之資料，無論其為直接或間接證據，均須達於通常一般之人均不致有所懷疑，而得確信其為真實之程度，始得據為有罪之認定，若其關於被告是否犯罪之證明未能達此程度，而有合理懷疑之存在，致使無從形成有罪之確信，根據「罪證有疑、利於被告」之證據法則，即不得遽為不利被告之認定（最高法院76年度台上字第4986號判決意旨參照）。

肆、經查

一、訊據被告2人所為之辯解及其等選任辯護人之辯護要旨各如下：

㈠被告王成明堅決否認有何公訴意旨所載犯行，辯稱：當時處理這塊地是非常破爛的廢棄工廠，土地要收權利金要繳地價稅約200萬，如果沒有這個合作契約就一直在支出，每月跟唐杰公司收取得租金，6年到期就會調高權利金，因為唐杰公司要將廠房拆掉整個重建花費很大，還有修繕問題，我們只收錢不花錢，權利金是承辦人林健民按照國有財產的計算

方式去計算，本案與單純出租土地給別人放東西性質不一樣等語。**辯護人為其辯護稱**：⑴行政院國軍退除役官兵輔導委員會(下稱**退輔會**)所制訂「經管國有不動產提供使用處理原則」之制訂及修正，均未曾依行政程序法第160條第2項規定刊載於政府公報，堪認其非同法第159條第2項第2款之行政規則。上開處理原則不論其屬行政程序法第159條第2項第1、2款之行政規則，均難認為屬貪污治罪條例第6條第1項4款所指「對多數不特定人民就一般事項所作對外發生法律效果之規定」。⑵97年間退輔會森林保育處林業工作隊宜蘭市○村段00○00地號部份土地合作經營宜蘭世貿會展中心契約書雖以「合作經營」名之，然按契約定性應依契約內容實質判斷，從而決定法律之適用，尚無從僅憑契約名稱決定契約性質，自不應僅因契約名稱逕認有何登載不實情事；進以，依97年合作經營契約，唐杰公司不僅負有給付權利金之義務，更應就供用土地上之廠房為重建或進行相當程度之整修、施設，並須申請使用證照及限期開始營業等情，均與一般租賃關係單純之給付租金義務有別，故公訴意旨指摘97年合作經營契約書之命名為登載不實公文書云云，即屬無據。⑶「經管國有不動產提供使用處理原則」並非貪污治罪條例第6條第1項第4款「對多數不特定人民就一般事項所作對外發生法律效果之規定」，業如前述，上開處理原則雖附有契約參考範例，然該處理原則之內容，並未明定如：「依本原則辦理訂約，應依所附契約範例辦理」或類此文字，亦未將契約範例列為附件，是該等契約範例並不構成「經管不動產供用處理原則之內容，是其僅係供承辦人員參考之用，並無任何法律上拘束力，甚且不該當「行政規則」。且本件97年合作經營契約雖無列入禁止轉租條款，亦與該處理原則第3點第2項規定之「實際需求」無違。又被告王成明就97年合作經營契約，係延續「總技師李炎壽代理處長」所核可延長與唐杰公司之契約期間為10年之事項而為辦理，且經參採內部單位意見，同意以「公開招標方式」辦理，更可證明無圖

利唐杰公司之不法意圖。是森保處與唐杰公司簽訂97年合作契約及情事變更協議書時，雖未將不得轉租、轉借之約定記載於契約書內，然此尚無從論斷被告王成明有何違背法令而該當貪污治罪條例第6條第1項第4款圖利罪、刑法公務員登載不實罪、背信罪等罪嫌。⑷森保處91年1月9日（九十）森行字第4159號函所廢止對象，並非森保處「90年11月19日九十森行字『第3553號』函，縱認森保處91年1月9日4159號函係為廢止90年11月19日3553號函，惟其廢止之內容，並非合作經營要點本身，而係3553號函對該合作經營要點之修訂部分，僅係將該函暨所附之合作經營作業要點「修訂版」予以作廢，而修正前之原合作經營要點則仍為有效。被告王成明於簽准辦理97年合作經營契約之相關投標事宜時，絕非出於對「90年11月9日3553號函或合作經營要點本身經廢止之明知或故意，而為簽准。⑸被告王成明乃為國家及機關之利益，認本案尚可活化森保處經管土地，及可避免因閒置遭收回，及充實單位經費等目的，係有利森保處在兼顧收入之情形下，使經管土地及其上建物得以在森保處未支出分毫費用，而可獲得整建，並提升其經濟利用價值，方依法核可97年合作經營契約書辦理，主觀上並無圖利唐杰公司之意圖，客觀上亦無背信之行為，此由被告王成明依內部單位意見，同意以公開招標方式辦理乙節，及辦理97年合作經營契約期間並無經管不動產應禁止轉租之法令。準此，被告王成明既無圖利唐杰公司之不法意圖，亦無為自己取得不法利益或損害森保處抑或國家利益之意圖，更無客觀上背信行為，反之，乃係為增益森保處財物，關於97年合作經營契約部分，被告王成明並無公訴意旨所指摘之背信犯行。⑹被告王成明考量與唐杰公司已明確簽約在前，為避免徒增森保處訟擾及契約標的物之不動產因森保處無力開發遭收回之困境，僅依下屬簽呈准予辦理契約變更，並無背信犯行或犯意可言，後續98年1月21日「情事變更協議書」、99年1月8日「情事變更契約書」等辦理，亦不生貪污或背信犯行之問題。

㈡被告陳進慶堅決否認有何公訴意旨所載犯行，則辯稱：當時承辦契約的想法就是合作經營的混合契約，因為要活化土地，且要招商做整體規劃及設計，所以沒有規定不得轉租，如果限制轉租勢必在招商及計畫上廠商意願不高，整個契約我簽約完上網公告因為沒有出租及合作經營的混合契約項目，所以就用出租來招標公告，我的簽呈都是寫合作經營，我們要簽到業管單位，是由林健民計算要收取多少權利金，也要報給退輔會，退輔會也開會實際勘查出了同意書才可以動用，這個案子到97年第一次合約完成之後，後續宜蘭轉運站等情事變更我都沒有參與等語。**辯護人為其辯護稱：**⑴97年合作經營契約內未將禁止轉租條款列入，並未違反退輔會訂定經管國有不動產提供使用處理原則及其契約範例之情，應不該當於貪污治罪條例第6條第1項第4款所定之要件。⑵ 97年合作經營契約內容確實有實際需求而合作經營，並非單純出租國有土地，故97年合作契約及情事變更契約書內關於利用國有不動產土地而未將禁止轉租條款列入，應無違反公務員登載不實罪。⑶陳進慶於辦理系爭合作經營契約書時就合作經營要點已經廢止情事，確實一時疏誤而未及發現而誤為援引。又系爭4159號函廢止的對象是為了修正上開要點所發出的函文（即森行字第3553號函），故合作經營要點全文未經廢止且屬存在，故本事件依據合作經營要點辦理業務，於法並無不妥。⑷陳進慶僅有實際承辦97年合作經營契約，後續之情事變更協議書等業務均是林健民所承辦，陳進慶僅以代理人身分辦理公證程序等語。

二、不爭執事實部分

㈠**王成明**於民國90年1 月31日（起訴書誤載為90年1月16日）至96年7 月16日（於96年7 月17日至97年7 月16日調任退輔會第九處處長）及97年7 月17日至102 年1 月16日間，擔任退輔會榮民森林保育事業管理處（下稱「森保處」）處長（嗣於102 年1 月16日退休），負責綜理森保處處務，係依法令服務於國家所屬機關而具有法定職務權限之公務人員。

陳進慶於86年4 月28日起受僱為森保處之聘用人員（嗣於102 年1 月5 日離職），在森保處林業工作隊（下稱「林業隊」）擔任隊員，負責總務工作並兼辦人事、政風業務。林業隊在組織編制上隸屬森保處，由王成明於擔任處長期間綜理督導；陳進慶並承辦森保處經管之宜蘭縣宜蘭市校舍路以北、林森路以東之宜蘭市○村段00○00地號之國有土地（下稱校舍路以北土地）相關業務。陳進慶於辦理上揭土地相關業務範圍內，有簽擬相關事項呈王成明審核等職權，為森保處依國有財產法、政府採購法授權，從事森保處經管國有土地案之公共事務，具有法定職務權限之授權公務員。

㈡本案締約過程如下：

1.唐杰公司原於92年間與森保處林業隊訂立92年採購契約(出租財物)作業名稱**展示場合作經營契約**之標的即宜蘭縣○○市○○路000 號土地（下稱校舍路以南土地）因屬陽明醫學院教學醫院及醫學中心用地，唐杰公司遂於95年11月8 日函請森保處林業隊同意將原經營之展示場遷移至校舍路以北土地上之「木工廠二分廠」，並將原契約期限改為10年，唐杰公司原租用之校舍路以南土地與其欲租用之校舍路以北土地係屬不同標的，經陳進慶簽請王成明核可後，森保處林業隊於96年8 月9 日函覆同意唐杰公司所請，但有關簽約事宜，俟宜蘭縣政府核發「臨時使用」等文件後，再行續訂。

2.嗣於97年7 月18日，唐杰公司再次函請森保處以續約之方式，欲將契約標的改為校舍路以北土地。陳進慶在業管範圍內處理上揭合作經營契約續約案，陳進慶於97年7 月30日簽會森保處相關內部單位，並訂於同年8 月4 日召開與唐杰公司續訂合作經營契約研討會，王成明將原於同年8 月4 日召開之研討會提前於同年7 月31日召開，因森保處企畫組組長陳駿銘已於同年月30日在該簽稿註記表示「原租約標的物與本租約草案本案標的物非同一地點」，以及森保處行政室科員趙麗美於同月31日於該簽稿註記表示「原租約標的與本租約草案標的不同一地點，契約屆滿應即終止，不得引用原契

約條文辦理續約」等意見，王成明於同年月31日開會後，依97年7月31日會議結論，陳進慶就上揭合作經營案辦理公開招標。

3.退輔會已依據國有財產法第28條但書及國有公用不動產無償提供使用之原則，於97年2 月19日以輔肆字第0970000745號函訂「行政院國軍退除役官兵輔導委員會經管國有不動產提供使用處理原則」（下稱國有不動產提供使用處理原則）及契約參考範例6 件給退輔會各處室會及附屬機構參照辦理，其中經管不動產有償提供使用契約書（參考範例）第8條第5點約定承租人不得將契約標的之不動產轉租、轉借或其他方式交給其他機關、團體或任何人使用。

4.陳進慶於97年8 月4 日依據「本處附（所）屬事業單位與民營企業合作經營作業要點（下稱合作經營要點），製作「行政院國軍退除役官兵輔導委員會森林保育處林業工作隊合作經營宜蘭世貿會展中心契約書」，由森保處林業工作隊提供宜蘭市○○路000 號木工廠二分廠廠房（面積5,241平方公尺）、周邊空地面積（2,935平方公尺），作為成立宜蘭世貿會展中心、宜蘭創意產業中心、台灣觀光特產中心等使用合作經營期限自98年2 月1 日起至104 年1 月31日止為期6年，得標人每月固定給付森保處林業工作隊權利金（營業稅百分之五外加），未將上開不得轉租、轉借之約定記載在上開契約書內，然後將該契約書作為簽呈之附件，使該契約書成為公文書之一部分，簽請將該合作經營案辦理上網公告招標，經王成明核可後，並於同日在「中文財物出租公告資料」上傳標案名稱為「宜蘭市○村段00○00地號部分土地合作經營宜蘭世貿會展中心」，截標日期為「97年8 月8 日14時」、「底標金額新臺幣（下同）82,000元」之公告資料，並於投標須知載明係依據上開合作經營要點規定，邀請符合資格之廠商參加競標，開標日當日因僅有唐杰公司1 家廠商到場投標，故由唐杰公司以高於底價800元之8萬2800元得標。

5.陳進慶遂將上開契約名稱修正為「宜蘭市○村段00○00地號部分土地合作經營宜蘭世貿會展中心契約書」，權利金部分則記載為唐杰公司每月給付森保處林業工作隊權利金82,800元（營業稅百分之五外加），其餘契約內容則不變，於97年8 月22日與唐杰公司訂立該契約。

6.嗣因宜蘭縣政府規劃在校舍路以北土地上興建宜蘭臨時轉運站，認為不宜向唐杰公司承租上揭校舍路以北土地，經與唐杰公司協調後，唐杰公司同意其向森保處承租之校舍路以北土地分割成兩部分，就宜蘭縣政府使用土地部分由宜蘭縣政府向森保處承租，唐杰公司再與森保處辦理合作經營契約內容變更，故唐杰公司於98年1月16日函請森保處將校舍路以北之部分土地切割予宜蘭縣政府作為興建宜蘭臨時轉運站使用，就原使用範圍予以縮減及展延契約期間自99年2月1日起至105年1月31日，每月應繳權利金減縮為43,372元，森保處有以情事變更協議方式變更97年合作經營契約，經王成明核准後，於98年1月21日訂立如上述內容之情事變更協議書後，又於99年1月8日簽訂情事變更契約書，將原使用空地面積2935平方公尺擴大為8113.49平方公尺，每月租金調整為99,485元，契約期間自99年1月10日起至105年1月31日，唐杰公司於99年1月12日函請森保處同意唐杰公司依契約規定，辦理招商作業後，由林健民於99年1月14日簽請王成明核准，同意唐杰公司辦理招商作業。

7.以上事實(不爭執事項中關於本案契約名稱、金額等均以卷存契約文件客觀內容之文字記載為準，關於契約定性為本件爭點)為被告二人所不爭執(本院卷二第96-99、265頁)，且據證人李炎壽、陳駿銘、趙麗美於廉政署詢問時、偵查中及原審審理時證述在卷（廉查肅卷二第320至323頁，偵續卷一第131至133頁，卷二第87至88、145至146頁，訴卷一第293至298、298至300、300至301頁），並有退輔會森保處組織規程、上開森保處函文、唐杰公司函文、簽呈、92年、97年合作經營契約、出租公告、97年7月31日會議簽到紀錄、宜

蘭縣政府開會通知、函及宜蘭縣宜蘭轉運站土地使用協調會議紀錄等(廉查肅卷一第18-24、26-27、19-33、92-95頁、廉查肅卷二第26、55-59、101-121、133-143、155-156、345-363頁、偵續卷一第18-21、177-192頁、偵續卷二第131頁)在卷可憑，上開事實首堪認定。

三、貪污治罪條例第6條第1項第4款之對主管或監督事務圖利罪，以公務員明知違背法令而圖得自己或其他私人不法利益為其犯罪構成要件。此所謂「法令」，包括與公務員主管或監督事務直接相關或具有密切關聯性之法律（含刑罰法律），及具有對外效力之行政命令（含法規命令、職權命令、自治條例、自治規則、委辦規則及其他間接對外發生實質效力之行政規則）。上級機關對下級機關，或長官對屬官，依其權限或職權，為規範機關內部秩序及運作，所為非直接對外發生法規範效力之一般、抽象之行政規則中，屬於有關機關內部之組織、事務分配、業務處理方式、人事管理等之一般性規定者，既僅單純發生對內之法律效果，與一般人民之權利義務無涉，固非屬上開規定所指之「法令」。然上級機關為協助下級機關或屬官統一解釋法令、認定事實、行使裁量權，甚而彌補法律之闕漏不足或具體化抽象法律規範內容以利實行等，所訂頒之解釋性、補充性、具體性規定與裁量基準，雖以下級機關、屬官為規範對象，但因行政機關執行、適用結果，亦影響人民之權利，而實質上發生對外之法律效果，其違反者，對於法律所保護之社會或個人法益，不無侵害，而具有違法性，自應認為亦屬對主管事務圖利罪構成要件所指違反法令之行為（115年度台上字第3號判決意旨參照）。

㈠本件退輔會制定「經管國有不動產提供使用處理原則」(廉查肅卷二第324-335頁)，依退輔會第四處97年2月15日擬定簽呈說明所示為貫徹主任委員「資源共享」之政策，使本會經管之國有不動產充分發揮效益，並利各會屬機構於辦理提供他人使用時有所依循，經將所研訂「「經管國有不動產提

供使用處理原則草案」，送請財政部國有財產局提供意見，並經依該局意見修正，再會請法規會審查後，擬定上開處理原則草案，…㈠㈡㈢㈣內容略，**㈤並就民眾較易提出申請之項目，研擬契約之參考範例**等旨（偵續卷一第81-82頁）於97年2月19日函送上開處理原則及契約參考範例6件給森保處各處室會及各附屬機構參照辦理。

㈡該處理原則第一條就制定處理原則之目的係退輔會為使本會及附屬機構經管之國有不動產發揮效益，並於辦理提供使用有所依循，特依據國有財產法第28條但書及國有公用不動產無償使用之原則，訂定本原則，細繹規範內容既為其本身及協助各附屬機構辦理經管之國有不動產提供使用時，符合國有財產法第28條但書關於「不違背其事業目的或原定用途」之規定，已針對不動產提供使用如何「不違背其事業目的或原定用途」，規定其判斷基準，自屬就退輔會及附屬機構經管之國有不動產有償或無償提供使用與第三人締結契約事項所訂定之裁量基準。其適用之結果必須依照第三條規定內容包括「本會各附屬機構經管之國有不動產提供使用，應以不影響機構整體運用及安全維護為前提，並區分狀況（有償、無償、使用目的等），與使用人簽訂契約書後據以辦理；申請袋地通行及管線安設者，應簽立切結書。有償及無償提供使用契約書之內容應包括提供使用之土地標的、範圍、用途、使用期間、使用費、擔保金、點交、終止契約、回復原狀、違約金、違約責任等項目，各附屬機構得依本原則之規定，就實際需求增列及修正部分內容。提供使用期間，應視個案情形訂定契約期限，期限屆滿得再行續約。」，亦足認退輔會及附屬機構（含森保處）就經管之國有不動產提供使用，本得在不影響機構整體運用及安全維護之前提下，區分有償、無償、使用目的等狀況，與使用人簽訂契約，並得就實際需求增列及修正部分內容，提供使用期間部分，亦得視個案情形訂定契約期限，期限屆滿，並得再行續約，涉及契約約定內容，使用目的或收取使用費計算標準等雙方權責分

擔等事項，而影響該等使用人或廠商之權利，實質上已發生對外之法律效果，並非屬行政機關內部關於單純作業方式、流程等業務處理方式之程序規定（組織性行政規則），應屬行政程序法第159條第2項第2款所定適用法律之行政規則，亦即該條款所定為協助下級機關或屬官認定事實，所訂頒之補充性、具體性規定與裁量基準之行政規則，屬貪污治罪條例第6條第1項第4款圖利罪構成要件所謂「對多數不特定人民就一般事項所作對外發生法律效果之規定」，**自應認經管國有不動產提供使用處理原則屬於修正前、後圖利罪構成要件所謂「對多數不特定人民就一般事項所作對外發生法律效果之規定」**，並經最高法院112年台上字第3052號(第三次)發回意旨指明。至辯護人以該處理原則未依行政程序法第160條第2項刊登政府公報為由，主張其非同法第159條第2項第2款之行政規則云云。惟行政規則之效力，係以其是否實質發生對外法律效果為斷，非以有無刊登政府公報為唯一判準；且本件退輔會既以函送各附屬機構據以辦理，各機構並確依該原則辦理國有不動產提供使用業務，其對外效力已然發生，辯護人此部份所辯，尚非可採。

四、貪污治罪條例第6條第1項第4款所定之圖利罪，既然明定以「明知違背法令」為要件，而且必須有「圖利故意」，因此若僅係怠忽職守，未善盡職責，或者未完全依照法令之程序辦理業務，縱有行政上應課責之處，若無證據證明公務員有何直接故意違背法令，並圖得私人不法利益，自不得逕論以圖利罪。

㈠92年合作經營契約第一條所示合作經營地點：甲方（林業隊）提供宜蘭市○○路000號木材加工廠內部分建物，供雙方合作經營地點，詳如下：一、展示場…二、木材加工廠…三、氣乾棚二棟…。第二條：合作經營項目：一、辦理檜木奇木藝品、園藝花卉、家具、珠寶、農漁產品、電腦資訊、機械、汽車、美食、玩具、文具圖書、藝文等各項展覽，以促銷商品。二、供慶典喜宴之場所。第三條：合作經營條件

與營業位置：一、由甲方提供…第一條所訂定之建物，供雙方合作經營使用。第三條：合作經營條件與營業位置：一、由甲方提供…第一條所訂定之建物，供雙方合作經營使用。二、甲方保留展示場內面積…長期展售檜木藝品。三、展示場室內面積…，第一分廠廠房面積…，氣乾棚兩棟面積…共計…，歸乙方經營…第二條所規定之合作經營項目。四、其餘週邊空地作為雙方停車使用。第四條：合作經營權責：雙方就前條所定營業項目與位置，分別經營。其費用各自負擔，各自管理，各自負盈虧責任。第五條：為使展示場室內面積擴大利於營運，乙方得將展示場及第一分廠廠房，各開一個門貫通，並加蓋屋頂遮雨，兩邊並得加蓋公共廁所、辦公室等，所需費用均由乙方負擔。……**第八條：合作經營期限：自92年2月16日起至98年1月31日止為期6年。契約屆滿乙方得在屆滿前3個月提出續約要求，雙方應在契約屆滿前1個月完成續約手續。續約時需依政府採購法第22條第1項第7款規定，另行辦理議價，並據以檢討修訂契約內容**一節，有森保處森企字第1040002928B函及該處與唐杰公司於92年間簽訂「展示場合作經營契約書」暨臺灣宜蘭地方法院（下稱宜蘭地院）92年度宜院公字第1000074號公證書影本在卷可稽（偵續卷一第177至185頁）。

㈡嗣唐杰公司於95年11月8日函（偵續卷一第186頁）以本公司承租貴處宜蘭市○○路000號鐵路旁之基地（下稱舊基地）作為展覽、倉儲及辦公處所等使用，該基地地勢低窪，逢雨必淹，每逢本公司舉辦大型展演活動，常造成困擾及引發客怨，且房舍老舊，不宜再投入大量資金整修，加上國立陽明醫學院已獲核准在該基地上籌建教學醫院及醫學中心選定在本舊基地校舍路171號，恐造成承租條件變動及權益，乃建請森保處林業隊同意將原經營之展示場舊基地移轉至宜蘭市○○路000號，貴處前木工廠閒置廠房之基地，並除重新規劃重建符合法規之大型商務展演中心以提高基地再利用效能，新基地目前為乙種工業區用地…需向縣政府申洽之作

業…等語，經森保處於95年12月4日函復同意，且說明本隊原則同意，惟**需經縣政府同意發給「臨時使用」、「建築使用執照」及其他行政程序准後，始可遷移及拆建等事宜，暨經縣政府同意後，再行研討原租用合約相關細節。**

㈢迨唐杰公司於96年7月13日函林業隊表示本案本公司初期預計投資5000萬元，為免投資後租期太短無法回收，造成本公司損失為由，函請林業隊同意租賃期限訂為10年一事，經林業隊於96年8月8日由被告陳進慶擬具書函稿，經該處總技師**代理處長李炎壽核可**（按當時被告王成明已調任退輔會第九處處長）後函復同意本隊與唐杰公司合作經營場地遷移木工廠二分廠乙案，**並敘明有關簽約事宜，俟宜蘭縣政府核發「臨時使用」等文件後，再行續訂**等情，**為證人李炎壽於原審審理時證述**在卷(訴卷一第293頁)，亦有唐杰公司95年11月8日、96年7月13日函、森保處林業隊95年11月13日簽文、95年12月4日森隊字第0950002962號、96年8月9日森隊字第0960000265號函影本等附卷可考（偵續卷一第186至190頁）。唐杰公司於96年12月24日出席森保處關於國立陽明大學興建附設醫院用地案現勘及研商會議紀錄，達成會議結論略以：退輔會森保處支持行政院既定政策，同意陽明大學進行附設醫院之相關作業及森保處將辦理校舍路以北都市計畫變更作業，屆時由縣府主辦相關行政程序…(斯時處長為曹三元並非被告王成明，森保處出席代表為李炎壽及林健明)，**足認被告陳進慶上簽經被告王成明核可同意唐杰公司將原經營之校舍路以南土地之展示場移轉至校舍路以北土地上木工廠二分廠廠房，主要應係考量因行政院已函令各機關、宜蘭縣政府、國立陽明大學、退輔會等辦理宜蘭縣政府變更宜蘭市都市計畫**（配合宜蘭生物醫學科技園區開發）案，陽明大學就獲核准在校舍路以南之基地上籌建教學醫院及醫學中心之情事變更所致，始同意上揭展示場之移轉，此有行政院94年1月25日函、退輔會94年9月19日、94年10月27日函可佐（偵續卷三第93-99頁），且因移轉展示

場，事涉縣政府是否同意發給「臨時使用」、「建築使用執照」，乃以經縣政府及其他行政程序核准或同意後，始可遷移、拆除，並研討原租用合約細節等事宜。

㈣嗣唐杰公司於97年7月18日函請森保處林業隊先行辦理簽約，以利辦理招商及整體規劃事宜，陳進慶乃於同日以「擬一、同意公司所請辦理簽約事宜。二、本案先由本隊研擬合約草案後，再另行召開會議研討合約條款。請核示。」簽請王成明於97年7月21日核可；被告陳進慶嗣於97年7月30日簽呈檢陳森保處與唐杰公司續訂之合作經營契約草案乙份為附件，並敘明該經營契約草案係參考輔導會頒發之「經營不動產有償提供使用契約書」辦理修正，簽請擬訂於97年8月4日上午9時召開研討會研討「討論：一、因原合作經營地點為國立陽明大學附設醫院設立宜蘭生物科學園區用地，另為配合宜蘭縣政府都市計畫開發及促進地方繁榮等因素，本處同意合作經營案遷移至木工廠二分廠辦理續約相關事宜。二、有關合作經營契約，依原有契約內容辦理修正，若合作經營範圍無其他使用時，則依契約精神辦理續約事宜。三、有關週邊空地超出原契約範圍，若因展覽或其他活動須作為臨時停車使用時，超出部分另行計算租金。四、每月租金於月底繳交改為每月5日前匯入本處指定帳戶內。五、因合作經營後所增加之任何稅金，由乙方依使用範圍比例負責分擔差額。」，簽呈經會辦企劃組鄭紹春、陳駿銘時，陳駿銘於97年7月31日上午8時55分許在其上註記「原租約標的物與本租約本案標的物非同一地點」，「本草案在送呈研討之前，請林業隊先與法定代理人討論，以維本處權益」等意見，及行政室趙麗美亦於同日上午註記：「原租約標的與本租約草案標的不同一地點，契約屆滿應即終止，不得引用原契約辦理續約」之意見後，即將前開研討會提前翌(31)日上午10時30分召開進行研討，並作成決議；其間並由被告王成明核可依研討結果辦理等情，亦據證人陳駿銘、趙麗美及參與研討之森保處總技師李炎壽證述在卷(廉查肅卷二第321頁、偵續卷一第132-133

頁、偵續卷二第145-147頁)，堪認與會之李炎壽、陳駿銘、趙麗美等人均於會前會後提出不贊成以換約方式辦理議價之意見，**並經王成明作成決定核可及李炎壽、經企劃組陳駿銘、政風室等單位表示依定規辦理公開招標**後(訴卷一第296、300頁)，王成明即批核「尊重相關人員意見辦理」等語，有唐杰公司97年8月7日函及林業隊97年8月7日簽文等影本在卷可憑（偵續卷一第193至194頁）。查：

1.**證人耿延堂**於原審審理時亦證稱：我有在陳進慶97年7月30日的「工程督導小組」用印，內容為針對契約草案研討，研討結果是大家沒有異議的話，就按照契約草案招標，契約中沒有規定不得轉租，但國有財產法有規範不得轉租情形，惟有但書，如果這個案件符合公共利益是可以轉租。處長王成明決定採上網公告招標方式辦理，因為當時找不到合作經營的公告，所以就用出租的方式公告辦理等語(訴卷一第302-303頁)。續由被告陳進慶依各單位意見參考退輔會頒發之經營不動產有償使用契約書辦理修正合作經營契約草案內容，檢附出租公告資料，簽請移由採購室辦理後續上網公開招標作業，嗣由唐杰公司得標，與森保處簽訂97年合作經營契約(內容均與92年合作經營契約內容均有不同)，上情業據**證人耿延堂於**偵查中證稱：因為唐杰公司反應校舍路以南淹水要求換地續約，當初在研討契約草案想用延續契約，會辦單位簽註意見表示不合規定，後來因為大家有意見才沒有續約，所以改採公告招標上網辦理，有二家來領標，但是只有唐杰公司投標等語(偵續卷二第89-90頁)；**證人趙麗美**於原審時則證稱：我於97年7月30日簽稿上面加註「原租約標的與本租約草案標的不同地點，契約屆滿應即終止，不得引用原契約條文辦理續約」，所加註是提示性質，沒有任何規定之依據，是我看到簽呈後辦理上網公告，「中文財物出租公告資料」是公告上網後將文件列印下來，出租公告不適用政府採購法，因為我們認為上網公告比較公正一點，本件公告新增日期為97年8月4日，97年8月4日上網公告網路上就可以

看得到公開上網招標如果是有問題，或是等標期不夠，就無法上網公告本案有無政府採購法之適用，我不清楚等語。**足以證明王成明係依照內部單位意見，同意以公開招標方式辦理，尚難僅憑等標期僅3天而推認被告2人有徇私為唐杰公司辦理續約案之情事**。

2.參以林杰旋於97年8月7日對於森保處辦理招標一案表示反對，認森保處已違反誠信原則請貴處停止辦理等旨，王成明即批核「尊重相關人員意見辦理」，已如前述，是檢察官上訴意旨認故意延續以合作經營名義，以8萬餘元底價、壓縮公告日期3天等方式圖利他人云云，**縱認森保處各組室在辦理本案招標過程有行政上採購程序違失，尚難據此認定被告2人係圖唐杰公司利益辦理續約而有故意違背其等任務之犯行。**

㈤97年合作經營契約性質：

查宜蘭縣○○市○村段00-0、00-0、00-0、00-0、00-0地號土地為國有、由森保處所管理。本件森保處辦理「宜蘭市○村段00、00地號部分土地合作經營宜蘭世貿會展中心」招標，嗣由唐杰公司得標；林業隊遂與唐杰公司簽立97年合作經營契約，綜觀該契約之內容及特徵，係約定由林業隊提供坐落於（98年逕為分割前）宜蘭市○村段00、00地號土地上，門牌號碼宜蘭市○○路000號之木工廠二分廠建築物，及契約附圖所示週邊空地共計8,176平方公尺，由唐杰公司負責管理契約第2條所定營業項目，並自負盈虧，另由陳琦殷擔任連帶保證人，合作經營期間自98年2月1日起至104年1月31日，唐杰公司應按月給付林業工作隊合作權利金每月82,800元（營業稅5%外加）。森保處與唐杰公司所簽訂之契約雖名為「合作經營宜蘭世貿會展中心契約書」，惟觀諸其第4條又約定「為利宜蘭世貿會展中心利於營運，乙方(即唐杰公司)應將木工廠二分廠廠房重新整建，並加蓋屋頂遮雨，兩邊並得加建公共廁所、辦公室等，所需申請合法使用證明及費用，亦由乙方負擔，並應於98年2月1日前完成改善

開始營業，否則終止契約並沒收履約保證金」，其課予使用土地人唐杰公司重建國有土地上廠房、加蓋附屬設備、申請使用證照及限期開始營業等義務，顯然有別於一般租賃契約課予承租人之負擔；實際係由唐杰公司投入資金整建屋舍及經營管理，並自負盈虧，森保處僅按月收取每月8萬2,800元之金額，**顯見森保處與唐杰公司簽訂之97年合作經營契約，本質上非單純土地建物出租，性質上為承攬及租賃之混合契約**，是唐杰公司依其與森保處於97年間簽訂之合作經營契約，按月給付「權利金」予森保處，係支付其使用該處提供國有土地之代價，此僅足證明森保處係有償提供土地予唐杰公司使用，尚難憑以認定該契約性質上僅屬租賃關係。換言之，本案雖以「中文財物出租公告資料」辦理公開招標，但被告2人主觀上亦認定本案非單純辦理出租，是陳進慶固將97年合作經營契約書作為簽呈之附件簽請將該合作經營案辦理上網公告招標，並無證據證明被告2人確實明知是出租，「合作經營」不實而故意登載。

五、被告2人是否明知**97年8月4日簽呈依據**90年11月19日之九十森行字第3553號修訂「本處附（所）屬事業單位與民營企業合作經營作業要點（下稱合作經營要點），是否經森保處91年1月9日（九十）森行字第4159號函(下稱**第4159號函**)廢止仍引用？

㈠查上開合作經營要點，係王成明擔任森保處處長時，於90年10月9日以九十森行字第3211號函頒(下稱第3211號函)，因退輔會於90年10月31日以（九十）輔肆字第1614號函請森保處修正該合作經營要點之部分內容，森保處於90年11月19日以九十森行字第3553號函修訂合作經營要點及第3211號函作廢，嗣森保處行政室承辦人員於91年1月7日簽請將該合作經營要點作廢並依各法原辦理，經王成明於當日簽可後，於同年月9日以第4159號函知森保處各單位予民營企業合作經營法源依據如說明：「一、本處90年11月19日（九十）森行字**第3533號**【經查為誤植，實係指同年月森行字第3553號，見

本院卷一第427頁退輔會武陵農場函】作廢。二、依據法源如后：㈠國有財產法。㈡臺灣省森林遊樂區設施提供民間合作經營要點。㈢會屬農林機構開發觀光休閒遊憩事業實施要點。㈣本處工程、財務、勞務採購作業程序。㈤本會生產事業機構對外簽訂合約處理原則。㈥政府採購法。三、與民營企業合作經營之案件，由業管單位審核後呈首長核定或函轉輔導會核定（備）。」（廉查肅卷一第19頁），上揭合作經營要點固經森保處於91年1月9日第4159號函作廢，**惟非指森保處於該合作經營要點作廢後，森保處暨所屬事業即不得與民營企業合作經營，而係應依前述國有財產法、政府採購法等法源依據辦理**，有上開函文、簽呈影本及退輔會武陵農場114年8月12日武宜字第1140003364號函等（見廉查肅卷一第18頁至第25頁，本院卷一第427頁）在卷可證。

㈡森保處於97年7月31日召開林業隊與唐杰公司續訂之「合作經營契約草案」研討會，森保處本身所修訂之合作經營要點固早於91年1月9日第4159號函知其內部各單位作廢不再適用；惟陳進慶以承辦單位於97年8月4日簽呈說明所示**一、依據第3553號函修訂之「本處附（所）屬事業單位與民營企業合作經營作業要點」辦理**。二、本合作經營草約已依各單位意見辦理修正在案。三、本案因校舍路以南無償撥用作為「國立陽明大學附設醫學中心」，本處為配合宜蘭縣政府都市計畫開發及促進地方繁榮等因素，擬准同意將木工廠二分廠辦理合作經營，以利土地有效利用及美化觀瞻。**四、**檢附出租公告資料乙份，擬移請採購室辦理上網公告事宜(廉查肅卷一第26頁)，該份簽呈流程，業經會辦各單位(包含**工程督導小組耿延堂**、企劃組組長陳駿銘、秘書蔡茂長、**總技師李炎壽**)及敬會會計室、政風室、生產組林健民等蓋用職章，且均未簽註不同意見，最後由被告王成明決行批示同意，而移請採購室依政府採購法上網公告辦理公開招租之公開招標完畢等節觀之(廉查肅卷一第27頁、廉查肅卷二第346頁)，稽之**證人耿延堂**於原審審理時證稱：辦理本件唐杰廣告企

業有限公司的案子時，是採用合作經營要點辦理，於97年7月31日會議時，**不知道該合作經營要點已經廢止**，會議現場也沒有人提到合作經營要點已經廢止，但公告時是出租辦理，因為當時找不到合作經營的公告，所以就用出租的方式公告辦理，因為當時該土地上的房屋破舊，有要求得標廠商要整建，所以就沒有列入轉租約定，而且契約為延續之前的契約，之前的契約也沒有約定不得轉租等語在卷(訴卷一第302-304頁、廉查訴卷二第345頁)，**證人李炎壽**於原審審理時證稱：當時是以合作經營的精神，但是要符合行政程序的規定，所以用公開招標的方式辦理，97年7月31日會議決議從文字上看起來是要以合作經營的方式跟唐杰廣告企業有限公司續約，**我記得合作經營要點沒有提到禁止轉租，97年決議當時還沒有廢止**等語(訴卷一第295、297-298頁)，足見上開合作經營要點是否廢止或何時廢止一節，證人亦有不知或誤解，**則陳進慶非無可能係誤引已作廢之合作經營要點，王成明縱有怠忽查明而有行政上疏失**，其嗣指示森保處係依政府採購法公開招標，且唐杰公司係經投標程序得標，該次誤引是否足以證明其等具有圖利或登載不實文書之故意，仍有合理懷疑。

㈢檢察官上訴意旨固以：上開合作經營要點係經王成明於91年1月7日親自核可作廢，陳進慶亦自86年起在林業隊兼辦人事、政風業務，難認其等對該要點業已廢止一節毫無所悉云云。惟查：

1.刑法第213條之公務員登載不實罪及貪污治罪條例第6條第1項第4款之圖利罪，均以行為人「明知」為構成要件，係指直接故意而言，行為人須對客觀構成事實有確定之認識，其懷有間接故意或過失者，均不足當之。是本件所應審究者，非王成明客觀上曾否核可作廢，而係其於97年8月4日核可該簽呈之際，對「該要點業經廢止」一節，主觀上是否仍保有確定之認識。

2.王成明固於91年1月7日核可行政室之作廢簽文，惟自該日起

至97年8月4日核可系爭簽呈時止，已相隔6年6月餘；且其於96年7月17日至97年7月16日間調任退輔會第九處處長，離開森保處職務達1年，遲至97年7月17日始回任。以人之記憶常情而論，就一件6年餘前所核可、且非其親自承辦之一般性行政作業，於離職再回任後仍能確切記憶其細節，實非事理之常。

3.第4159號函之記載方式，客觀上並不足以使閱者形成「該要點已全部廢止」之明確印象：

⑴該函主旨欄載為「本處暨所屬事業單位與民營企業合作經營法源依據，如說明」，其規範重心在於揭示「合作經營應依何法源辦理」，而非宣告要點之存廢。

⑵說明欄第一項僅簡略記載「本處90年11月19日（九十）森行字第3533號作廢」，其所稱之廢止客體為「函」而非「要點」，就要點本身之效力是否一併消滅並未明白提示。

⑶說明欄第二項復列舉國有財產法、臺灣省森林遊樂區設施提供民間合作經營要點、會屬農林機構開發觀光休閒遊憩事業實施要點、本處工程財務勞務採購作業程序、本會生產事業機構對外簽訂合約處理原則、政府採購法等6項法源，第三項並載明「與民營企業合作經營之案件，由業管單位審核後呈首長核定或函轉輔導會核定（備）」。綜觀全函文義，係在指示「合作經營仍得為之，惟應依上開法源辦理」，而非禁絕合作經營或明白宣示要點失效。是該函之記載既非明確，則核可者事後對其效力範圍發生誤認或遺忘，亦非不可想像。

4.尤參陳進慶97年8月4日之簽呈(廉查訴卷一第26頁)，係循內部會辦程序，歷經工程督導小組耿延堂、企劃組組長陳駿銘、會計室佐理員劉開元、會計室主任薛桂、政風室主任何樹柔、生產組技術助理員林健民、秘書蔡茂長、總技師李炎壽等單位（人）會核，該8名會辦人員竟無一人察覺該要點業已廢止而簽註意見。其中：

⑴證人林健民證稱其自93、94年間起即負責森保處財產管理業

務至101年3月退休，應係處內最瞭解財產管理相關法令之承辦人，惟其對該要點是否廢止一節，於簽呈會辦時「沒有想到那麼多，所以沒有表示意見」。

⑵證人耿延堂證稱其擔任工程督導小組小組長，負責審核工作法令及相關文稿，並負責土地出租及合作經營之監督，惟其係遲至監察院及審計部函詢唐杰公司承租案時，始知該要點已廢止。

⑶證人李炎壽甚至於原審證稱「97年決議當時還沒有廢止」。足見該要點之存廢，在森保處內部並非顯而易知、人所共知之事項。既連專責財產管理、法令審核之承辦與幕僚人員均無人知悉，自難僅因王成明曾為6年餘前核可作廢之最終決行者，即遽行推認其於97年8月間對此仍保有確定之認識。

5.至陳進慶部分，91年1月9日簽請作廢者為森保處行政室（廉查肅卷一第19頁），而非陳進慶所屬之林業隊；卷內查無證據顯示陳進慶曾參與該作廢簽辦流程或收受該函。且其係將援引該要點之意旨明載於簽呈之上，公開送請上開8個單位會辦，倘其果真明知該要點業已廢止而仍故意援引，衡情反易遭同僚指摘而自陷風險，殊與常情有違。

6.末應敘明者，縱認被告2人有疏未查明之過失，該項誤引對本案結果亦未生任何影響。蓋該97年8月4日簽呈之最終處理結果，係經王成明批示尊重相關人員意見，移請採購室依公開招標程序辦理上網公告招標，而非依該要點所定之程序逕行議價或給予唐杰公司任何優惠；唐杰公司係循公開招標程序參與投標並以高於底價之金額得標。是該要點縱經誤引，於招標程序之進行、得標人之產生及契約內容之形成，均未生任何作用，自無從據以推認被告2人係藉援引該已廢止之要點而圖利唐杰公司，或有何登載不實之犯意。

7.綜上，本件既乏確切證據足資證明被告2人於97年8月間對該合作經營要點業已廢止一節有確定之認識，依「罪證有疑、利於被告」之證據法則，即難遽論其等有明知違背法令而圖利、或明知為不實事項而登載於職務上所掌公文書之直接故

意。

六、陳進慶102年11月7日廉政署詢問筆錄不足為不利被告2人之認定

㈠檢察官上訴意旨另以：被告陳進慶於102年11月7日廉政署詢問時已供稱「因為我們森保處於97年7月31日開合作經營草約的研討會議作契約條款審議的時候，就知道唐杰公司是一個空殼公司，如果限制承租人轉租，承租人就不能去招商，也就不會有營收，沒有營收他就不會來投標」、「我們97年7月31日在開合作經營草約的研討會議作契約條款審議的時候就認為如果這種營業項目還限制轉租的話，這個案子就不會成了，所以討論過程中就把限制轉租的條款拿掉，會議結論就是不要限制轉租，會議主席是王成明處長」等語（廉查肅卷一第153至154頁），足證被告2人係基於使唐杰公司得以轉租牟利之目的而刻意刪除禁止轉租條款云云。

㈡惟上開詢問筆錄之記載，與詢問當時之實際問答內容不符。經本院前審當庭勘驗該日下午14時42分於臺灣宜蘭地方檢察署詢問之錄影檔案（勘驗時段2：28：20至2：53：25、3：20：20至3：52：10），製有勘驗筆錄在卷可考（本院前審上訴卷一第392至404頁）。依該勘驗結果，上開「就知道唐杰公司是一個空殼公司」等語，實係出於詢問之調查員以下列誘導性問句所為之提問：「問：你們在招租，97年7月31號在開會議討論的時候，就已經確知他是一個空殼，他沒有招商他就沒有營收嘛，不然他也不可能跟你租這塊土地嘛，所以如果你給他限制不能轉介、招商，他就沒有營收，所以你們就把這一條捨棄嘛，就不訂在契約裡面？」，被告陳進慶則僅答以「對。」一語。

㈢是核其問答脈絡，上開內容係調查員將其個人推論以肯定語氣一次陳述完畢，再要求被告表示同意，並非被告陳進慶主動就其所知所為之陳述。依刑事訴訟法第100條之1第2項規定，筆錄內所載之被告陳述與錄音或錄影之內容不符者，除有同條第3項但書情形外，其不符之部分，不得作為證據。

上開筆錄所載既與錄影內容不符，該不符部分自不得採為認定被告2人犯罪之證據。

㈣退步言，縱認上開陳述得作為證據，其係在調查員誘導下所為之附和，就「97年7月31日研討會當時即已確知唐杰公司為空殼公司」一節，亦顯不具憑信性。況該次研討會召開之時，本件尚未上網公告招標，投標廠商為何猶未確定，被告陳進慶並於同次詢問中明確答稱：「（你們開合作經營草約的研討會議的時候，就知道唐杰公司會來投標嗎？）沒有，唐杰公司有沒有來投標只要公開上網後，投標的條件都一樣」等語，是被告陳進慶並未供稱其於研討會當時即已預知唐杰公司將投標並得標。檢察官執上開筆錄記載為不利被告2人之論據，尚非可採。

七、森保處與唐杰公司簽訂97年合作經營契約及歷次情事變更協議（契約）時，未將契約參考範例「經管不動產有償提供使用契約書」第8條第5款所定不得轉租、轉借或以其他方式交付予他人之約款列入契約，有無違背「經管國有不動產提供使用處理原則」？所收取之權利金有無違反該原則第5點所定之計算標準？

㈠依國有不動產提供使用處理原則之規定，國有不動產有償提供使用，均應依該原則第5點規定之標準收取使用費，並不限於出租之情形，且退輔會函頒上開處理原則予其所屬機構時，雖併檢附契約（參考範例）6份僅供參考，此有退輔會97年2月15日簽呈所示擬訂處理原則之內容摘要(偵續卷一第81頁)，**另就民眾較易提出申請之項目研擬契約參考範例6份以供各附屬機構參考運用，顯見並未將契約書參考範例也一併納入上開具有拘束力之處理原則規範**。

㈡起訴意旨認被告2人明知出租森保處經管之國有土地應限制承租人不得轉租、轉借或以其他方式交予其他機關、團體或任何人使用，竟未將契約參考範例「經管不動產有償提供使用契約書」第8條第5款之約款列入97年合作經營契約及歷次情事變更協議（契約），而有違背法令之圖利犯行云云。惟

本院認此項指訴，於客觀構成要件即有未合，茲分述如次：

1.禁止轉租之限制並非「經管國有不動產提供使用處理原則」所明定

經細繹該處理原則全文，其第1點揭示訂定目的及法源、第2點規定排除適用之情形、第3點規定應簽訂契約書及契約應包括之事項、第5點規定使用費收取標準、第9點規定原已提供使用者之處理方式，**均無**承租人或使用人不得轉租、轉借或交付第三人使用之明文。該項限制僅見於併同函送之「經管不動產有償提供使用契約書（參考範例）」第8條第5款。

2.該契約參考範例不具拘束力

依退輔會97年2月15日擬訂該處理原則之簽呈說明所載，其研擬契約參考範例6份之目的，係「就民眾較易提出申請之項目，研擬契約之參考範例」，以供各附屬機構參考運用（偵續卷一第81至82頁），該處理原則本文既未將契約範例列為附件，亦未明定「依本原則辦理訂約應依所附契約範例辦理」或類此文字，足見退輔會並無使該等範例發生拘束力之意。是各附屬機構於辦理經管不動產提供使用時，是否逐條援用該範例條款，本屬其裁量範圍。

3.處理原則第3點第2項明許就實際需求增列及修正契約內容

該項後段規定「各附屬機構得依本原則之規定，就實際需求增列及修正部分內容」。所謂「實際需求」，參酌該處理原則第1點所揭示係依國有財產法第28條但書及國有公用不動產無償提供使用之原則而訂定，而國有財產法第28條規定「主管機關或管理機關對於公用財產不得為任何處分或擅為收益。但其收益不違背其事業目的或原定用途者，不在此限」，可知其判斷之核心，在於個案所採之契約條件是否「不違背其事業目的或原定用途」。故所謂「實際需求」，自應就提供使用標的之現況、契約目的、履約方式及對管理機關之效益，綜合具體個案判斷之，非謂一律須照抄契約參考範例之條款。

4.本件是否具備上開「實際需求」，詳如後述㈤所載。至權利

金之收取有無違背處理原則第5點所定之計算標準，則詳如後述㈢所載。

㈢本件權利金自97年首次簽約起，迭因契約標的範圍變更而調整，其計算均係由森保處生產組技術員林健民依「經管國有不動產提供使用處理原則」第5點所定標準核算。茲就各期契約之標的範圍、計算基礎及權利金數額，臚列並審認如下：

1.本件歷次契約（協議）所約定之標的範圍及權利金如下表所示：

嗣系爭契約於105年1月31日契約期限屆至，森保處於104年10月29日、104年11月30日先後以書面函知唐杰公司屆期不再續約，以上為被告2人所不爭執，並有97年8月22日合作經營契約書、98年1月21日情事變更協議書、99年1月8日情事變更契約書、101年2月21日情事變更協議書、103年6月26日情事變更協議書及森保處105年3月24日森企字第1050001166號函所附相關文件、宜蘭縣政府95-97年辦理宜蘭轉運站相關紀錄影本在卷可憑(偵續卷三第134-168、171-210頁)。

契約／協議	簽訂日期	標的範圍	每月權利金	期間
97年合作經營契約	97.8.22	木工廠二分廠廠房5,241㎡＋週邊空地2,935㎡，合計8,176㎡	82,800元	98.2.1～104.1.31
情事變更協議	98.1.21	廠房縮減為2,5	43,372元	同上

書		02.2 ㎡（縣政府興建轉運站部分除外）		
情事變更契約書	99.1.8	廠房2,502.2 ㎡＋周邊空地擴大為8,113.49 ㎡，合計為10,615.69 ㎡	99,485元	99.1.10～105.1.31
情事變更協議書	101.2.21	同上	102,117元	自102.1.1起
情事變更協議書	103.6.26	僅變更契約名稱	不變	—

2.「經管國有不動產提供使用處理原則」第5點規定：「使用費收取標準如下：……(二)土地每年使用費為申報地價（元/㎡）乘以百分之五，再乘以使用面積（㎡）。(三)房屋每年使用費為房屋課稅現值(元)乘以百分之十，再乘以使用面積(㎡)，再除以課稅面積(㎡)……使用房屋者，除收取房屋使用費外，並應收取土地使用費。」（廉查肅卷一第92至95頁）。

3.證人即時任森保處技術員林健民於偵查及原審審理時證稱：本案權利金之計算標準是由伊計算後提供林業隊參考，簽請

首長核准後再由採購室辦理招標；土地部分係以出租土地面積乘以地價，再乘以百分之五後除以12，計算每月出租土地租金；房屋部分則以房屋當年度課稅現值乘以百分之十、乘以面積後再除以12，計算每月房屋租金，二者合計即為應收取之金額，伊係依國有財產局國有基地出租租金率調整方案計算等語（廉查肅卷二第153頁、偵續卷二第146頁、訴卷一第304至305頁）。核其所述之計算架構，與上開處理原則第5點第2款、第3款所定「面積x地價(或課稅現值)x一定比率÷12」之公式並無二致。堪認森保處於合訂本件權利金時，確係依該處理原則所定標準辦理，而非恣意訂定。

4.卷內雖未存有承辦人林健民當時據以核算本件招標底價82,000元之計算表或相關資料，至無從就各期權利金逐項核對其計算過程

⑴刑事訴訟採無罪推定原則，檢察官就被告犯罪事實負實質舉證責任。本件起訴意旨既指被告2人以偏低之權利金圖利唐杰公司，自應由檢察官就「本件權利金低於處理原則地5點所定標準」一節負舉證之責。檢察官就偵查及本院歷次審理中，均未曾提出任何依該標準核算之數額以資對照，亦未申請函詢森保處或相關機關重新核算，即逕以「面積高達8,113.49平方公尺、每月僅收8萬2,800元」為由指謫權利金偏低，其論據尚嫌薄弱。

⑵觀諸上開各期權利金之變動情形，97年合作經營契約標的8,176平方公尺，權利金為每月82,800元；98年1月21日因分割部分土地予宜蘭縣政府興建轉運站，標的縮減，權利金雖之調降為43,372元(偵續卷三第145頁)；99年1月8日因周邊空地擴大，標的合計稱為10,615.69平方公尺權利金調高為每月99,485元（偵續卷三第135頁）；101年2月21日復因地價調整而調高為102,117元。足見本件權利金確係隨標的範圍及地價之增減而逐次重行核算，並非固定不變或長期未予檢討，益徵其核定過程確有所本。

⑶至證人林健民證述時所稱之「土地公告現值」，與處理原則

第5點第2款及行政院國有出租基地租金率調整方案所定之「申報地價」，用語固有不同，惟此係承辦人於案發多年後受訊時就專業名詞之口語表達，其所稱之數額究係申報地價或公告地價，然此屬承辦人計算基準有無誤用之行政課責問題，與被告2人有無「明知違背法令」之圖利故意，尚屬二事。

5.檢察官上訴意旨質以：森保處提供使用範圍面積高達8,113.49平方公尺，每月竟僅收取權利金8萬2,800元，顯不相當云云。惟此係將不同時期契約之標的範圍與權利金相互對應，容有誤會。蓋8,113.49平方公尺係99年1月8日情事變更契約書所約定之週邊空地面積，該其標的尚包括廠房2,502.2平方公尺，其所對應之權利金為每月9萬9,485元，並自102年1月1日起再調整為10萬2,117元；而8萬2,800元則係97年8月22日合作經營契約所約定之權利金，其對應之標的範圍為木工廠二分廠廠房5,241平方公尺及週邊空地2,935平方公尺，合計8,176平方公尺。**二者之標的範圍與計價時點均不相同**，自不得逕以後者之面積對應前者之金額，據以推論權利金顯有偏低(起訴書第7頁載「將原租賃範圍2502.2平方公尺擴大為8,113.49平方公尺」，係將廠房面積與空地面積混為一談，併予敘明)。

6.又證人林健民於原審已明確證稱，被告王成明就本件契約之權利金計算從未為明示或暗示之指示等語，足見權利金數額之形成，係承辦人依上開處理原則所定標準核算之結果，被告王成明僅係尊重同仁之專業判斷，卷內並無證據足資證明被告2人有何壓低權利金以圖利唐杰公司之犯行或犯意。

㈣觀諸**退輔會於98年7月22日出具土地使用權同意書(偵續卷三第144頁)同意**宜蘭市○村段00號土地建築地上2層鋼骨鋼筋混凝土建築物為申請建造執照，**並於98年7月30日函森保處以「貴處為興建會展中心及修繕地上物等工程，需辦理建照執照設計申請，檢還宜蘭市○村段00地號土地使用權同意書乙式4份已用印，請續依程序辦理**」，並說明本案出

具土地使用權同意書，宜請告知並協調唐杰公司先行承諾以下事項㈠本案興建或修繕地上建物應不得妨礙「工商暨生醫產業特定專用區都市計畫辦更案之進行」。㈡不得以出資興建地上建物為由申請登記地上權。㈢本案興建或修繕建物，與前開都市計畫變更案有所牴觸，而必須拆遷時，不得請求本會與貴處賠償所受損失等節，經森保處相關單位查收遵照辦理，有退輔會98年7月30日輔肆字第0980002489號函及唐杰公司98年8月13日出具承諾書在卷可憑（偵續卷第147-148頁），事後森保處與唐杰公司協調租賃範圍變更，並辦理情事變更契約書，並調整租賃金額等節已如前述，**已難認退輔會對於唐杰公司使用森保處管之國有財產租賃及整建修繕建物有何反對或表明森保處與唐杰公司間合約有何不符規定之情事**。是證人即時任退輔會第四處第一科承辦**葛得生**於偵查中固證稱：宜蘭世貿中心會展中心案，森保處未曾報退輔會核定，唐杰公司所轉租的商家，其營業項目也不符合森保處的事業目的，所以我認為森保處違反前述法令等語（廉查訴卷一第175-177頁），**然查本件後續辦理過程，退輔會對於唐杰公司租用校舍路以北部分土地合作經營宜蘭世貿會展中心辦理招商作業於98年7月30日函指示請續依程序辦理等情，退輔會並無指示森保處與唐杰公司應辦理終止契約等旨**，是起訴意旨認有故意不陳報退輔會審核致生損害合理可期之國有土地利益，森保處得依97年合作經營契約第13條規定之「政府實施國家政策或都市計畫，需要撥用土地時，得隨時終止契約」情事變更原則終止租約云云，尚非可採。況92年合作經營契約第19條、97年合作經營契約第16條約定『本合約經行政院國軍退除役官兵輔導委員會榮民森林保育事業管理處核准後生效』，足見本件契約本即以森保處核准為生效要件，而無需另報退輔會核定，被告2人縱未將契約報請退輔會審核，亦難認有何違背任務或圖利之犯意。

㈤本件是否具備前述㈡3.所稱之「實際需求」，經查有下列具

體情事足資認定，並非恣意排除契約參考範例之條款：

1.標的物閒置多年且地上物老舊破敗

系爭木工廠二分廠廠房及週邊空地，原已閒置多年，地上物殘破不堪，此據證人耿延堂、李炎壽、林健民證述在卷，並有木工廠二分廠整建前後照片附卷可稽（訴卷一第171至201頁）。

2.契約課予使用人重建整修之義務，顯非一般租賃性質

97年合作經營契約第4條約定：「為使宜蘭世貿會展中心利於營運，乙方應將木工廠二分廠廠房重新整建，並加蓋屋頂遮雨，兩邊並得加蓋公共廁所、辦公室等，所需申請合法使用證明及費用，均由乙方負擔，並應於98年2月1日前完成改善開始營業，否則終止契約並沒入履約保證金。」其課予唐杰公司重建廠房、加蓋附屬設備、自費申請合法使用證明並限期開始營業等義務，顯然有別於一般租賃契約課予承租人之負擔。而唐杰公司嗣99年間已支出整建工程款3千4百餘萬元，有宜蘭世貿展覽中心99-104年支出明細表可參，並於98年12月31日取得建物使用執照。倘於契約中限制其不得轉租、轉借或交付第三人使用，則其投入之鉅額資本將無回收之途，衡諸常情，殆無廠商願意投標，本件公開招標勢必因無人投標而流標，契約目的自始無從達成。

3.契約所定營業項目，本質上須引入第三人始能實現

依97年合作經營契約第2條約定，合作經營項目為：①成立宜蘭世貿會展中心，辦理檜木奇木藝品、園藝花卉、家具、珠寶、農漁產品、電腦資訊、機械、汽車、美食、玩具、文具圖書、藝文等各項展覽以促銷商品；②供慶典喜宴會議之場所；③成立宜蘭創意產業中心（宜蘭觀光工廠、臺灣地方小吃城）；④成立臺灣觀光特產中心（遊客諮詢服務站、大小客轉運站）。上開項目，性質上均須引入各類展商、餐飲業者、零售業者乃至客運業者進駐使用，始能實現，非使用人一己之力所能經營。易言之，禁止轉租條款與本件契約之營業項目，在履約上互不相容。證人耿延堂於原審即證稱：

因為當時該土地上的房屋破舊，有要求得標廠商要整建，所以就沒有列入轉租約定等語（訴卷一第303頁）明確。

4.92年原契約亦未限制轉租，本件係其延續

本件係92年合作經營契約因校舍路以南土地撥供國立陽明大學籌建教學醫院及醫學中心，而將標的遷移至校舍路以北土地之延續（詳如前述四、㈡至㈣），而92年合作經營契約亦未約定禁止轉租，此經證人耿延堂證述明確（訴卷一第303頁），並有92年合作經營契約書可稽（偵續卷一第177至185頁）。是本件未列入該項限制，與原契約之條件一貫，亦難認有何刻意為特定廠商創設利益之情。

5.契約條件對森保處有利，未違背其事業目的或原定用途

依上開契約，森保處無庸支出分文，即可使閒置多年之土地及地上物獲得整建、提升利用價值，並按月獲取依處理原則第5點標準核算之權利金收入，且無庸負擔整建費用或分擔經營虧損。又森保處林業工作隊之營利事業登記經營項目本即包括廠區租賃及展覽，有北區國稅局宜蘭縣分局營利事業統一發證變更登記申請書可稽。核與國有財產法第28條但書所定「其收益不違背其事業目的或原定用途」之要件，並無不合。

6.據上，「經管國有不動產提供使用處理原則」本文既無禁止轉租之明文，該項限制僅見於不具拘束力之契約參考範例，而同原則第3點第2項復明許各附屬機構就實際需求增列及修正契約內容，本件又確有上開1.至5.所示之實際需求，則森保處未將契約參考範例第8條第5款列入97年合作經營契約及歷次情事變更協議（契約），客觀上並未違背該處理原則，自不生違背貪污治罪條例第6條第1項第4款所稱「法令」之問題。

7.縱認上開未列入禁止轉租條款之作為，於客觀上有違該處理原則，惟該原則本文既無明文，而契約參考範例又非法令，被告2人是否具備「明知違背法令」之直接故意，仍應另行審究。查本件97年8月4日之簽呈，係循內部會辦程序送請工

程督導小組、企劃組、會計室、政風室、生產組、秘書、總技師等單位（人）會核，其中證人林健民且係專責財產管理業務之承辦人，惟均無一人簽註意見指摘契約未列禁止轉租條款有違規定；**證人林健民**並證稱：伊沒有向處長王成明或其他人提及違反經管不動產有償提供使用契約書第8條第5款之規定，因為契約名稱為合作經營案，所以伊當時不認為這個合作經營案要適用國有公用土地出租的規定等語（廉查肅卷二第153至154頁）。足見該項限制是否應適用於本件合作經營契約，在森保處內部本有認知上之歧異。是卷內尚乏證據足資證明被告2人係明知該項限制為處理原則所強制而故意不予列入，自難以圖利罪相繩。

㈥財政部98年7月3日台財產接字第09830006081號令頒「國有公用不動產收益原則」之後，依照該收益原則第11條規定國有公用不動產出租或利用之期限，應於契約或申請書明定，承租人或使用人不得再轉租或委託經營或與他人合作經營或再提供第三人使用等旨。然查森保處與唐杰公司簽訂上開簽立情事變更契約書（其上所載日期為99年1月8日），並未將上開條款列入，然經「國有公用不動產收益原則」內容係訂頒在後，並無規定溯及既往效力，自不約束98年7月3日前已經出租或提供他人使用之不動產，需依上揭收益原則重新辦理訂約手續。且契約之成立，須以雙方當事人之合意為要件，故契約成立後，一方欲變更原約內容之一部，仍應經雙方合意，**查本件森保處與唐杰公司於97年8月22日簽訂之租賃與承攬混同契約，既無限制唐杰公司不得轉租或與他人合作經營或再提供第三人使用，自不得僅因財政部於98年7月3日頒布之「國有公用不動產收益原則」之規定，即認被告2人有於情事變更契約未增定禁止轉租規定即有違反法令圖利唐杰公司之故意**。

㈦至於99年1月6日、1月7日簽請辦理情事變更之**承辦單位為林健民**（起訴書第5頁記載是陳進慶上簽以情事變更方式辦理，容有誤會），其簽辦之緣由係唐杰公司向森保處租用土

地案因重新整建完成後租賃範圍有所變更，據以調整租賃金額，後續移由林業隊辦理契約變更；而該次情事變更所處理者，為宜蘭轉運站擇定校舍路以北部分用地後，唐杰公司同意將縣政府使用部分分割免予租用及重新整建後租賃範圍變更等事項，有97年8月11日宜蘭縣宜蘭轉運站土地使用協調會議、宜蘭縣政府97年11月6日、97年12月4日、98年1月12日函、森保處與宜蘭縣政府98年5月5日簽定土地租賃契約書、唐杰公司97年11月7日函、森保處97年12月10日函、立法委員林建榮97年12月12日及同年月22日函及說明會紀錄、宜蘭縣都市計畫委員會97年12月30日會議紀錄(偵續卷一第30-70頁)。**是上開情事變更協議既未就禁止轉租約款有所討論，租金數額之計算亦係林健民所負責並非被告2人指示或要求，自難憑認被告2人未於情事變更契約增列「國有公用不動產收益原則」禁止轉租約款，即有圖利唐杰公司轉租獲利之犯意聯絡或行為分擔**。

㈧公訴意旨認卷內森保處與順風營造有限公司、隆久環保有限公司、京典環保股份有限公司、怡東企業股份有限公司所簽訂經管不動產有償提供使用契約書（廉查肅字卷一第42至44、46至49、50至52、54至56頁）其等契約，均約定上述公司不得將契約標的之不動產轉租、轉借或以其他方式交付予其他機關、團體或任何第三人使用云云，然上開公司均係以租用土地或建物作為物品儲放場與本案合作經營內容及項目顯然不同，尚難比附援引據此認被告2人有刻意違反禁止轉租規範而意在圖利唐杰公司。

八、公訴人關於圖利動機之間接事實認定並無足採

㈠檢察官起訴及上訴意旨另以：被告王成明係由不詳管道事前得悉宜蘭縣政府欲改租校舍路以北土地設置臨時轉運站，其友人林杰即唐杰公司負責人亦預見該地將因大量旅客而具龐大商機，被告2人乃刻意將原訂97年8月4日之研討會提前於同年7月31日召開，並壓縮等標期為3日，以配合唐杰公司取得該土地云云。並以證人曾仁松、吳澤雄之證述為據。

㈡經查，證人即時任宜蘭縣政府建設處交通科科長曾仁松、時任建設處處長吳澤雄，固分別於偵查中證稱：被告王成明於96、97年間常為都市計畫土地變更之事拜會吳澤雄；於97年7月22日召開宜蘭轉運站土地使用協調會前，曾仁松、吳澤雄曾前往森保處拜會王成明，並提及向森保處借用土地設置臨時轉運站等語（偵續卷二第2至5、162至167頁，卷三第3至6、113至115頁）。惟：

1.遷移標的之決定，早於轉運站規劃且與之無關

唐杰公司係於95年11月8日即函請森保處同意將展示場自校舍路以南土地遷移至校舍路以北土地上之木工廠二分廠，森保處並於**95年12月4日**即函復同意；96年8月9日復同意租期延長為10年。其原因係校舍路以南之原基地地勢低窪、逢雨必淹、房舍老舊，且國立陽明大學已獲核准在該基地籌建教學醫院及醫學中心，此有唐杰公司95年11月8日、96年7月13日函及森保處95年12月4日、96年8月9日函可稽（偵續卷一第186至190頁），並有行政院94年1月25日函、退輔會94年9月19日、94年10月27日函足佐（偵續卷三第93至99頁）。而宜蘭縣政府就轉運站土地使用之協調會議，係遲至**97年7月22日**始召開。是遷移標的之決定作成時，宜蘭縣政府尚無使用校舍路以北土地設置轉運站之規劃，二者顯無關聯。且95年12月4日、96年8月9日之同意函，其中後者係由總技師代理處長李炎壽核可，斯時被告王成明已調任退輔會第九處處長，並非其所批核。

2.拜會建設處係職務所在

被告王成明綜理森保處處務，而森保處經管之宜蘭處區土地依行政院93年函示須辦理都市計畫變更，森保處並於96年12月間向退輔會陳報「校舍路以北土地計劃變更暨招商作業技術服務開發計畫暨都市計畫變更案」申請經費補助，是其為都市計畫變更事宜拜會宜蘭縣政府建設處，核屬其職務範圍內之正當行政作為。

3.洽借土地係縣府主動，縱王成明事前知悉，亦不足推認有

圖利犯意

依證人曾仁松、吳澤雄所證，係其等主動前往森保處表達希望由森保處提供校舍路以北土地設置轉運站，並非被告王成明主動探詢或促成。又森保處所經管土地之使用相關事宜，本屬被告王成明職務權責所在，其知悉宜蘭縣政府之用地需求，乃職務上當然之事。且本件終係循公開招標程序辦理，投標條件對所有符合資格之廠商一律相同，領標者有2家，唐杰公司並以高於底價之金額得標；被告2人並無使唐杰公司必然得標之作為。至提前召開研討會及等標期3日部分，業經本院認定：研討會之召開結果，係與會之李炎壽、陳駿銘、趙麗美均表示不贊成以換約方式辦理議價，被告王成明並依該等意見批示改採公開招標，其結果反不利於唐杰公司；而等標期3日係由辦理公告招標之承辦人趙麗美基於「出租不適用政府採購法」之認知所決定，卷內並無證據顯示被告2人曾指示應僅公告3日（詳如前述）。此外，並無證據足資證明被告2人有何金錢往來、餽贈或其他不正當利益之授受，亦無證據顯示被告王成明因本件契約之簽訂而獲有任何利益。

㈢綜上，檢察官所指之上開各項間接事實，或與本件標的遷移之決定無關，或屬被告王成明職務範圍內之正當作為，縱屬存在，依其等在直接關係上所可證明之情況事實，尚不足以推理確證被告2人有為唐杰公司圖取不法利益之犯意，自不得徒憑主觀推想，逕予不利被告之認定。

九、被告二人有無違背任務之行為造成森保處財產上損害：

㈠公訴意旨無非認為被告二人在本案引用已廢止要點；將出租不實登載合作經營；未納入刪除禁止轉租條款；招標程序未符合規定等標期僅3日等節，經本院認定尚難認被告2人有違反法令圖利唐杰公司之故意，已如前述。**而本件既未限制唐杰公司轉租，權利金復係由林健民依「經管國有不動產提供使用處理原則」第5點第2款、第3款所定標準核算，並以合作經營方式訂約，則縱使唐杰公司招商轉租獲利，該**

利益是否依法或依契約應歸屬森保處，已非無疑。

㈡背信罪之消極損害，並非以第三人獲得利益即可成立，而須證明本人原已具有相當確定且可具體計算之財產利益，因行為人違背任務而喪失。若所謂利益僅屬未來可能發生之商業機會、投資收益或市場預期，而尚須受經營能力、市場需求及投資成本影響者，即難認屬背信罪所稱之可得利益損害。又第三人事後獲利，除非能證明該利益原應歸屬本人取得，否則不得逕以第三人獲利反推本人受有消極損害。

1.**證人林杰**於偵查中證稱：97年合作經營契約是98年至104年，後來因為宜蘭臨時轉運站的問題，在98年1月8日與21日簽訂2次情事變更協議書，並且依照契約規定，須於98年2月1日前完成整建及營運，原契約展延一年，所以現在該地號的租約期間是自99年2月1日起至105年1月31日止，我跟森保處所簽的是場地使用租賃契約，所以我每個月給森保處的費用是以場地使用權利金名義支付。在縣政府開協調會，決議是希望我來配合負責硬體及地方發展的事務，這個協調會是從96年左右開始協調，所以我97年承租上述土地後，才有將轉運站退租轉由政府承租開發，因為風險關係，森保處只用公告地價租售給我，由我單獨承擔所有開發風險等語（廉查肅卷一第79-80頁），又於原審審理中證稱：因為當時我所承租之土地要作為陽明大學附設醫院的預定用地，當時我就以公文向森保處要求以換約的方式換到宜蘭市○村段00、00地號土地，仍需要修繕土地上建物才能使用，當時我想說如果投資六或七年能夠開始有獲利，就很幸運了，如果不能轉租或招商簽這個合約沒有用等語，提出98年9月起至99年9月間陸續支出整建工程款共計34,797,178元，99至105年間繳交森保處場地權利金予森保處8,192,825元，另要負擔場地房屋之房屋稅、水電費、保險費、薪資、新光保全及場地租金營業稅5%（2,107,064元），唐杰公司因此獲有場地租金收入42,141,287元，與99-105年支出明細表金額合計55,57萬9,695元與收入兩相抵後共計虧損1,343萬8,408元(參證1

8、18-1、訴卷一第291頁、訴卷二第225-276頁、本院卷二第273-275頁)，況且前因本案未續約與森保處民事訴訟在案(本院107年度重上字第83號民事判決)尚需給付森保處686萬545元之嚴重虧損狀態等情在卷，則本案倘定有禁止轉租條款，則森保處是否必然可取得或分得上開(權利金)租金利益，實非無疑，自難認定有何使森保處因此喪失可得利益。

2.原宜蘭市○村段00○00地號部分土地閒置多年，業據上開證人證述在卷且有木工廠二分廠前後照片在卷可佐(訴卷一第171-201頁)，唐杰公司確實依約支付權利金(租金)予森保處，亦有投資興建或修繕地上建物（宜蘭世貿展覽中心），並支出3千4百餘萬之整建工程款及校舍路以北租賃土地使用現況照片（偵續卷三第140-143頁）可參，97年合作經營契約(非單純不動產租賃性質，已如前述)及情事變更協議，雖未將上開不得轉租之約定記載於契約書內，森保處僅提供上開土地及木工廠二分廠，唐杰公司負責整建規劃宜蘭世貿會展中心並負責管理自負盈虧，森保處僅提供地點按月收取權利金，是認對於後續唐杰公司因招商作業成效並無法合理預見或具體計算可得利益，亦未約定森保處需負擔義務、支出整建費用或分擔虧損等風險，難認有何影響森保處經管不動產之用途或造成經濟上損害。是認被告王成明所稱決定辦理本案是為了增加林業隊生存需要有營收，及因應國有財產局要收回閒置土地的問題等(廉查肅卷一第8頁)實際需求等語，並非無據。

十、綜上所述，檢察官就所指被告2人涉犯上開罪嫌所憑之證據資料，經本院調查證據結果，並不能證明被告有檢察官所指之犯罪，檢察官亦未能指出證明之方法，以說服法院形成被告有罪之心證，基於「事證有疑、利於被告」之證據原則，揆諸首揭說明，自應認被告2人之犯罪尚屬不能證明。

伍、撤銷原判決之說明

原審疏未詳查上情，遽認被告2人共同犯貪污治罪條例第6條第1項第4款之對主管事務圖利罪、刑法第342條背信罪及刑

法第216條、第213條之行使公務員登載不實文書罪，逕予論罪科刑，即有違誤。被告2人提起上訴，否認犯罪指摘原判決不當，為有理由，應由本院將原判決撤銷，並為被告2人無罪諭知。

陸、參與人不予沒收之說明

第455條之26第1項規定：「參與人財產經認定應沒收者，應對參與人諭知沒收該財產之判決；認不應沒收者，應諭知不予沒收之判決。」亦即法院就沒收參與人財產與否之決定，均應於所附隨之刑事本案判決主文對參與人諭知，以杜上開爭議，且同條第2項亦明文規定於判決理由內應併記載其認定應否沒收之理由。從而，財產可能被沒收之第三人依刑事訴訟法「沒收特別程序」編之相關規定，參與刑事訴訟程序後，法院無論對於本案為有罪或無罪之諭知，均應於判決主文就參與人財產沒收與否為諭知，並於判決理由內記載其應否沒收之理由，始為適法。卷查，本件參與人唐杰公司以其為財產可能被沒收之第三人，向第一審聲請參與沒收程序，業經第一審於105年8月18日以105年度聲參字第1號裁定准予其參與本案沒收程序（105年度聲參字第1號卷），其參與訴訟程序後，第一審判決除對被告2 人論處共同對主管事務圖利各罪刑外，並諭知未扣案之參與人財產即4,335萬887元沒收，於全部或一部不能沒收或不宜沒收時，追徵其價額。查本案經本院審理結果，認被告2人就本案尚不構成登載不實公文書、背信及貪污治罪條例第6條第1項第4款之依法令從事於公務之人員，對於主管之事務，明知違背法令，間接圖私人不法利益，因而獲得利益之間接圖利等罪嫌，業如前述，則參與人唐杰公司因本案合作經營契約後所取得之利潤，即非屬因他人違法行為而取得之犯罪所得，與刑法第38條之1第2項之規定未合，即不應予以沒收，爰依上開規定諭知不予沒收之旨。參與人代理人聲請傳喚證人林佳瑩並未敘明與唐杰公司之關係(本院卷二第276、303頁)，即無調查之必要。

據上論斷，應依刑事訴訟法第369條第1項前段、第364條、第301條第1項，判決如主文。

本案經檢察官簡方毅提起公訴，檢察官馬中人到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　9　　月　　17　　日

刑事第八庭　審判長法　官　廖建瑜

法　官　林孟皇

法　官　黃怡菁

以上正本證明與原本無異。

不得上訴(依刑事妥速審判法第8條規定)。

書記官　俞妙樺

中　　華　　民　　國　　115　　年　　9　　月　　17　　日

附錄：

刑事妥速審判法第8條：案件自第一審繫屬日起已逾六年且經最高法院第三次以上發回後，第二審法院更審維持第一審所為無罪判決，或其所為無罪之更審判決，如於更審前曾經同審級法院為二次以上無罪判決者，不得上訴於最高法院。