

第 19/2012 號案件

對行政司法裁判的上訴

上訴人：甲

被上訴人：行政長官

主題：違反《基本法》· 在司法上訴中對特區內部法違反《基本法》
問題的附帶審理· 平等原則· 禁止獨斷· 護士· 個人勞動合同· 報
酬· 追溯力

裁判日期：2012 年 5 月 9 日

法官：利馬(裁判書制作法官)、宋敏莉和岑浩輝

摘要：

一、在呈交予其審判的案件中，即使沒有任何一方提出合法性的問題，法院也不得適用違反《基本法》或規定其中的原則的、載於法律或行政法規內的規範，但《基本法》第 143 條之規定除外。

二、在對行政行為所提起的司法上訴中，法官可以根據法規位

階原則，基於其本身之主動，對一個行政法規的合法性或是特區內部法違反《基本法》的問題作出附帶性審理。

三、保護《基本法》中規定的平等原則的範疇方面，除其他外，還包括禁止獨斷，不允許沒有任何合理理由而給予不同的待遇。

四、立法者在實質——法律上受制於平等原則並不排除立法自由。只有當立法性自由裁量的外部限制被違反時，即當立法性措施沒有實質上的適當支持時，才存在對平等原則在禁止獨斷方面的違反。

五、不是由監控規範之合法性的機構本身對法律解決辦法作出正面的判斷：或者說這樣判斷，監控機構猶如立法者(及替代它)那樣，從分析評估狀況開始，然後以它自己的想法作為法律解決辦法的合理性標準去確定具體個案中的解決辦法為合理的、公正的或理想的。他們應做的僅僅是一種消極性判斷，即排除那些從各點上看都不能列為合乎情理的法律解決辦法。

六、禁止獨斷之理論不是確定平等原則內容之標準，而是要明確和界定司法監控的權限，因此面對此實質上消極的標準，要受到

譴責的只能是所有明顯的和不能容忍的不平等狀況，而此種情況僅在立法者規定的不同對待是沒有依據、不客觀和不合理的情況下才發生。

七、第 18/2009 號法律第 40 條將對編制內、編制外以及散位護士所進行的薪俸點調整追溯至 2007 年的 7 月 1 日，卻沒有將該追溯效力延伸適用至以個人勞動合同制度任職的外聘護士的做法並不違反平等原則。

裁判書制作法官

利馬

澳門特別行政區終審法院

合議庭裁判

一、概述

甲，衛生局護士，對行政長官 2010 年 2 月 22 日的批示提起撤銷性司法上訴，該批示否決了上訴人提出的、對其 2007 年 7 月 1 日至 2009 年 8 月 17 日期間的工資予以調整的申請。

透過 2011 年 12 月 1 日的合議庭裁判，中級法院裁定上訴敗訴。

甲不服裁決，向終審法院提起司法裁判的上訴，並在上訴陳述的結尾部份提出了以下有用結論：

— 在上訴狀的通篇及上訴陳述的結論部份，上訴人提出並逐一列出了——相信足夠清楚——被上訴的批示所存有的數個違法問題；

— 由此產生了其他一系列極待回答的問題，諸如對上訴人合理

期望的保障，以及違反有關報酬平等的合同條款和(在解釋和填補合同漏洞過程中的)善意原則、違反法律面前人人平等原則、違反公務員薪金平等原則、違反同工同酬的憲法—勞動法原則和違反禁止有關就業和職業方面的歧視原則；

— 以上所提到的每一項理由在法律層面都構成一個特定的瑕疵以及違反特定的法規，產生相互獨立的問題，因此，考慮到澳門《民事訴訟法典》第 571 條第 1 款的 d 項，對任何一項的漠視都因遺漏審理而導致裁判無效；

— 法院有責任在呈交予其審判的具體個案中，審理和解決訴訟程序中可能出現的《基本法》與其他現行的法規條文之間的衝突問題；

— 在對行政行為所提起的司法上訴中，法官不僅是可以，而且是必須根據法規位階原則，(基於其本身之主動及附帶性地)對一個法規或行政規章條文的違法問題作出審理，因為這是一項真正的司法責任；

— 原審法院將上訴人所提出的理據和多個問題混為一談，僅從抽象的角度對違反平等原則的問題進行了審理，而沒有考慮到行政

當局在個人勞動合同內具體給予上訴人的權利及福利，因此，對行政合法性原則進行了實效性且狹隘的解讀；

— 不能僅僅因為上訴人與行政當局構成聯繫的方式與其他人(如編制內、編制外或散位公務員)有所不同便為在工資上的區別對待提供合理解釋；

— 還需要在這種關係的背後確實存在著能夠為這一區別對待提供合理解釋才可；

— 本案中，從載於供調查之用的行政卷宗中的個人勞動合同可以看出，行政當局並未在合同中給予上訴人不同於他人甚至是更多的權利；

— 被上訴的合議庭裁判不但沒有對本案適用任何與平等原則有關的條文，沒有審理由上訴人提出的用以論證存在不平等情況的具體理由，還對平等原則進行了錯誤的解讀，從而違反了澳門《基本法》第 11 條、第 25 條及第 40 條，《澳門公共行政工作人員通則》第 174 及第 175 條(該等條文由 8 月 24 日第 60/92/M 號法令的第 1 條第 3 款及個人勞動合同的第 18 條所準用)，8 月 18 日第 7/2008 號法律第 57 條第 2 款，上訴人與衛生局所訂立的個人勞動合同的第 4 條，

《國際勞工組織第 111 號公約》第 2 條及第 3 條，以及《經濟、社會、文化權利國際公約》第 7 條的規定。

檢察院司法官發表意見，認為應裁定上訴敗訴。

二、事實

以下事實透過書證獲得認定：

a) 上訴人是前澳門衛生司根據《澳門組織章程》的第 69 條第 1 款的規定而外聘的在澳門衛生司內履行護士職責的護士，時間由 1983 年開始，起初以定期委任聘任，自 1987 年起轉以編制外合同聘任為二等護士，其後續以第一職階二等護士、第一職階三等護士和第一職階及其後第二職階四等護士長聘任。

b) 上項所提到的合同獲續期，而最後的一份合同在 1999 年 9 月 1 日至 2000 年 8 月 31 日生效，職務為第四職階護士長。

c) 根據《澳門公共行政工作人員通則》的規定以及 11 月 15 日第 81/99/M 號法令第 48 條第 3 款的規定，上訴人與衛生局簽訂了提

供護理服務以及協助本地人員培訓的個人勞動合同，為期一年，由 2000 年 9 月 1 日至 2001 年 8 月 31 日，薪俸為 480 點，相當於第三職階護士長所收取的薪俸，雙方還約定上訴人受法律所規定的相關權利義務制度規範，且之前所享有的所有權利維持不變。

d) 上項所提到的合同還在附文中給予了上訴人其他的一些權利和福利，如由澳門特別行政區出資的住宿、本人及其家人返回招聘地的旅程、本人及其家團成員的個人行李運輸、技術品行李運輸以及確定性終止職務時的補償等等。

e) 上訴人之後又按照《澳門公共行政工作人員通則》的規定以及 11 月 15 日第 81/99/M 號法令第 48 條第 3 款的規定與澳門衛生局陸續簽訂了新的提供護理服務以及協助本地人員培訓的個人勞動合同，期限分別由 2000 年 9 月 1 日至 2001 年 8 月 31 日，及由 2001 年 9 月 1 日至 2002 年 8 月 31 日，後者獲續期，效力由 2002 年 9 月 1 日至 2003 年 8 月 31 日；之後再兩次簽訂新合同，期限分別由 2003 年 9 月 1 日至 2004 年 8 月 31 日，及由 2004 年 9 月 1 日至 2005 年 8 月 31 日。

f) 上述 e 項所提到的最後一個個人勞動合同又相繼獲得續期，

在由 2009 年 9 月 1 日至 2010 年 8 月 31 日的合同中，雙方還約定由 2010 年 5 月 19 日起更改合同，上訴人的職務變更為 8 月 17 日第 18/2009 號法律附件一中所規定的第四職階護士長，薪俸為 630 點，此外還約定，有關上述薪俸點的效力追溯至 2009 年的 8 月 18 日。

g) 在上一項所提到的約定中，上訴人附上了一個聲明，稱雖然簽署合同，“但保留本人的薪金調整應獲追溯至 2007 年 7 月 1 日的權利”。

h) 2009 年 10 月 30 日，上訴人建議對其個人勞動合同中，涉及職級、職階及薪俸的條款的追溯效力進行修訂。

i) 2010 年 5 月 26 日，透過(澳門衛生局人事處)內部通告第 XXXX/XX/XX/XXXX 號，上訴人接獲澳門特區行政長官於 2010 年 2 月 22 日和 4 月 27 日分別在第 XXX/XX/XX/XXXX 號和第 XXX/XX/XX/XXXX 號建議書內作出的批示的通知。

j) 簡要地說，根據該兩份批示批准了：(i) 調整上訴人的薪俸點，並“參考第 18/2009 號法律第 36 條第 3 款規定，追溯至該法律生效之日，即 2009 年 8 月 18 日”(見 2010 年 2 月 22 日之批示)，及(ii) 在附註中加入有關輪值津貼、隨傳隨到制度、代任及培訓的條款，其

效力追溯至 2009 年 8 月 18 日(見 2010 年 4 月 27 日之批示)。

三、法律

1. 要分析的問題

上訴人是衛生局以個人勞動合同制度聘請的護士。

於 2009 年 8 月 18 日開始生效的、設立護士職程法律制度的 8 月 17 日第 18/2009 號法律將對編制內、編制外以及散位護士所進行的薪俸點調整追溯至 2007 年的 7 月 1 日(該法的第 40 條第 2 款)，卻沒有將該追溯效力延伸適用至以個人勞動合同制度所聘請的護士，後者的薪俸點調整僅從 2009 年 8 月 18 日開始。

問題是想要知道，這個制度是否違反了《基本法》第 25 條中所確立的平等原則。

2. 遺漏審理

在上訴陳述的結論四中所提到的所有問題已經由被上訴的合議庭裁判作出審理。所有這些問題都在一個或是另一個層面上歸結於對平等原則之違反(違反有關報酬平等的合同條款、違反公務員薪金平等原則、違反同工同酬的憲法—勞動法原則和違反禁止有關就業和職業方面的歧視原則)，而被上訴的合議庭裁判已對此作出審理。甚至連有關在對合同進行解釋及填補漏洞的過程中違反善意原則的問題，也由上訴人自己在司法上訴的上訴狀中歸結為平等原則的一個方面。

至於保障利害關係人的合理期望的問題，上訴人儘管對此有所提及(以政府對議員許下的承諾為理由，儘管明顯不值一提)，但卻沒有指出當中存在任何違法的情況，沒有將其視為行政行為瑕疵的特別理由，因此，被上訴的法院沒有義務對此發表意見。

因此，所提出的問題不成立。

3. 平等原則

要弄清楚的問題是，被上訴的行為——以及被上訴的合議庭裁判——是否在前文所述的幾個層面上違反了平等原則。

首先要消除有關法院不能審理一般法違反《基本法》的問題或者不能以違反上述原則為由撤銷行政行為的疑問。並非如此，正如本院曾經裁定的及在此再次確認的司法見解那樣。

我們於 2007 年 6 月 27 日在第 28/2006 號案所作的合議庭裁判中曾作過以下的闡述：

「現在我們分析第三部分 c)項的問題，是想知道，中級法院是否可以依職權審理行政法規違反《基本法》。

上訴實體對法院可以審理低位階法規違反《基本法》沒有異議，但認為只有在當事人請求而不是依職權的情況才可以，為此，援引了《行政訴訟法典》第 88 條和《司法組織綱要法》第 36 條第(八)項〔應想提及第(九)項〕，提及“審判對規範提出爭執的案件”。

好了。

《基本法》是澳門特別行政區根本性法律，是《中華人民共和國憲法》第 31 條明示規定的特區基本制度，它規定了居民和其他人的基本權利、特區政治體制以及要執行的政策。

作為根本性法律，對其之修改遵從一個嚴格的程序¹：修改提案只能由全國人民代表大會常務委員會、國務院或澳門特別行政區提出，而且必須聽取特區基本法委員會的意見(第 144 條)。

另一方面，《基本法》處於特區法制層的頂端：根據《基本法》第 11 條第 2 款規定，任何法律、法令、行政法規或規範性文件均不得與之相抵觸。

肖蔚雲²教授在談及澳門特別行政區《基本法》和我國憲法的關係時明確指出“澳門《基本法》是憲法的具體化、法律化。憲法只在其第 31 條中對‘一國兩制’方針作了原則的規定，而對較為具體的問題則沒有規定，澳門《基本法》則用一個序言、九章、一百四十五個條文、三個附件，對其產生的歷史背景、我國對澳門的基本方針政策、中央與澳門特別行政區的關係，澳門居民的基本權利與義務，澳門的政治體制、經濟、文化等內容作了詳細的規定，這就使憲法關於‘一國兩制’的方針具體化、法律化，使憲法第 31 條得到具體落實和切實可行”。

上述同一教授又指出，“它(《基本法》)既明確規定了屬於中央的職權，堅持了國家的統一、主權和領土完整，又清楚地規定了澳門特別行政區的高度自治權，……允許在堅持‘一國’的前提下，澳門《基本法》的某些規定可以與憲法或法律的某些規定不一致”³。

因此，儘管由於澳門特別行政區不是一個國家，《基本法》形式上也不

¹ 該嚴格性體現在某些法律內有一限制性修改程序。

² 肖蔚雲著：《澳門與澳門基本法》，澳門日報出版社，澳門，第一版，1998 年，第 151 頁。

³ 肖蔚雲著：《澳門……》，第 155 頁。

是憲法，但擁有那些與國家政治性憲法相連繫的形式特徵。

《基本法》中也沒有任何條款具體地明示賦予法院對那些位階較低的、載於法律、行政法規或其他規範性文件中的違反《基本法》的法律規範作出審理的可能⁴。

然而，法院的這項權力來自於對《基本法》中的多項規範的聯合解釋。

確實，根據《基本法》第 19 條第 2 款規定“澳門特別行政區法院除繼續保持澳門原有法律制度和原則對法院審判權所作的限制外，對澳門特別行政區所有的案件均有審判權”。

根據《基本法》第 11 條第 2 款也同樣可見“澳門特別行政區的任何法律、法令、行政法規或其他規範性文件均不得同本法相抵觸”。

而《基本法》沒有設立任何機制，尤其是政治性的機制去解決在司法訴訟中出現的、《基本法》與載於其他生效法規中的法律規範的可能衝突的問題，因此不得不得出由法院在交付其審理的具體個案中，審理這些問題的結論。

正如王振民⁵教授在談到澳門特別行政區的違憲審查制度所教導那樣“根據香港、澳門兩部特別行政區《基本法》的規定，在特別行政區享有違憲審查權的主體有兩個，一是全國人大及其常委會，二是特區的法院，這兩

⁴ 我們知道，在司法覆核的起源國家-美利堅合眾國-沒有任何憲法規定明示賦予法院法律合憲性的審查權(參閱 JORGE MIRANDA 著:《Teoria do Estado e da Constituição》,科英布拉,科英布拉出版社,2002年,第133頁)。

⁵ 王振民著:《中國違憲審查制度》,北京,中國政法大學出版社,2004年,第339頁。

個機構都負有監督特別行政區《基本法》在特區實施的職責，是特別行政區的共同違憲審查機構”。

在談到特別行政區法院實施違憲審查的依據時，上述同一學者指出“《基本法》(香港)第 80 條(澳門《基本法》第 82 條)規定，‘香港特別行政區各級法院是香港特別行政區的司法機關，行使香港特別行政區的審判權’。‘司法’的‘法’當然首先包括特區最高法，即《基本法》，特區各級法院負有監督實施《基本法》的職責。加之《基本法》第 158 條(澳門《基本法》第 143 條)賦予香港特區法院在審理案件時對特區《基本法》的條款進行解釋的權力。因此，由特區法院在特區獨立實施違憲審查，就是順理成章的了……所以，從各方面來看，沒有人懷疑香港特區的法院在香港回歸後應該繼續享有違憲審查權，特區法院行使違憲審查權有充分的《基本法》依據和事實依據”⁶。

這也是來自於《基本法》第 143 條的結論，其第 2 款規定，全國人民代表大會常務委員會授權澳門特別行政區法院在審理案件時對《基本法》關於澳門特別行政區自治範圍內的條款自行解釋，即指不涉及中央人民政府管理的事務(如國防和外交)或中央和澳門特別行政區關係的條款進行解釋。

正如肖蔚雲⁷教授在談到關於澳門《基本法》的解釋權所說“澳門特別行政區法院雖然不享有解釋澳門《基本法》的權力，但是全國人大常委會又特別授予澳門特別行政區法院以部分解釋的權力，即對澳門《基本法》關於澳門特別行政區自治範圍內的條款可以自行解釋，這部分條款的解釋全國人

⁶ 王振民著：《中國……》，第 356 和 357 頁。

⁷ 肖蔚雲著：《澳門……》，第 215 頁。

大常委會在澳門特別行政區法院審理的案件中不再進行……澳門《基本法》所以作出這樣的規定，一方面是因為澳門特別行政區享有高度自治權，澳門《基本法》應當尊重澳門特別行政區的高度自治權……另一方面，因為澳門特別行政區法院在審理案件時必須適用法律，包括澳門《基本法》在內，而且澳門特別行政區法院享有終審權，也需要解釋法律，如果不解釋法律、適用法律，則審理案件將無法進行”。

那麼，如果法院在審理案件中可以解釋《基本法》，肯定可以得出某些法律規定或行政法規違反《基本法》的結論，在此情況下，必須執行《基本法》第 11 條中的規定：因此，不能適用那些違反《基本法》規定或其中規定的原則的那些法規，但該法第 143 條規定除外。

一如 GOMES CANOTILHO⁸解釋道：“如適用於某一個案的兩個法律相抵觸，法官應選擇位階高的法律(等於憲法性法律)，同時拒絕、不適用低位階的法律”。

從上述所說可見，法院的這一權力—義務不能由當事人處置，即使沒有任何案件當事人提出此等問題，法院的這一權力也應依職權行使⁹，一如在法官可以求諸於憲法的所有法律秩序中那樣，這也是現在在大部分法律制度中的做法。」

同樣是在2007年6月27日的這份合議庭裁判中，我們還作出如下

⁸ J. J. GOMES CANOTILHO 著：《Direito Constitucional e Teoria da Constituição》，科英布拉，Almedina 出版社，2003 年，第七版，第 893 頁。

⁹ 只要有讓當事人就事宜發表看法的可能性即可。

補充：

「我們現在要審查的是，是否因沒有履行《行政訴訟法典》第 88 條之規定(該法規第 88 條至第 93 條提及一種名為對規範提出之爭議的訴訟途徑)——被上訴之裁判違反了訴訟形式合適原則——規定於《民事訴訟法典》第 7 條中，或是否因作出不同於請求的判決而違反了處分原則或訴訟程序穩定性原則。

無論是提出《行政訴訟法典》第 88 條和《司法組織綱要法》第 36 條第(九)項，還是稱之為訴訟形式合適原則——規定於《民事訴訟法典》第 7 條中——或者因所指稱的作出不同於請求的判決而違反處分原則及訴訟程序穩定性原則，所有這些在其理據中，有一個訴訟性質上的誤解。

上訴人所使用的訴訟途徑確實是撤銷性司法上訴——很好——因為其請求宣告一項行政行為無效及撤銷該行為，這來自於《行政訴訟法典》第 20 條中的規定，這是因為現行理論認為當事人提出的請求決定所使用的訴訟形式。

《行政訴訟法典》第 88 條及續後各條所規定的訴訟途徑是其他東西：旨在為具普遍約束力而宣告一項規章性規範違法，也就是說，其目的為在法律秩序中，清除一項違法的規章性規範。

這不是本案例中請求的，被上訴裁判也沒有作出如此之決定，裁判僅僅是因行政行為之根據中有非法之規章性規範而撤銷之，但沒有為具普遍約束力而宣告規章性規範違法。即使被上訴裁判之見解成立，第 17/2004 號行政法

規也繼續有效且可由行政當局或法院適用於其他個案，所作之決定僅在現正在審理的具體個案內有強制力。

被上訴之裁判所做的是，附帶性地，審理了行政行為所適用的一個行政法規的合法性問題，而“以附帶方式，任何法院均可審理行政法規的合法性問題”¹⁰，但此一問題從來沒有被爭議過，例如可參閱 MARCELO CAETANO¹¹的教程：“不能針對載於命令¹²中的規範直接提出上訴，但可以根據在行政法規與該法規所遵從的法律之間存在矛盾而導致的違反法律，對適用該等規範的行政行為提出上訴”。

基於法規位階原則，在一個行政行為的司法上訴中，由法官依職權對一項規章性規範合法性作出附帶性審理，也從來沒有疑問，F. ALVES CORREIA¹³跟隨 AFONSO QUEIRÓ¹⁴的教程解釋道：無論是否提出申請，法規位階原則不只是導致法院拒絕適用違反法律的一項規章性規範——而且在具體法律個案中，也不適用那些違反另一項位階較高的規章性規範的規章性規範。

這樣可見，不接受所提出的違反訴訟形式合適原則、處分原則或訴訟程序穩定性原則的質疑。」

¹⁰ SANTOS BOTELHO 著：《*Contencioso Administrativo*》，科英布拉，Almedina 出版社，第二版，1999 年，第 322 頁。

¹¹ MARCELO CAETANO 著：《*Manual de Direito Administrativo*》，科英布拉，Almedina 出版社，第九版，第二卷，第 1350 頁。

¹² 這是當時的法律制度。

¹³ F. ALVES CORREIA 著：《*A impugnação jurisdicional de normas administrativas*》，載於《*Cadernos de Justiça Administrativa*》，第 16 期，第 18 頁。

¹⁴ AFONSO QUEIRÓ 著：《*Teoria dos regulamentos*》，載於《*Revista de Direito de Estudos Sociais*》，1986 年 1 月-3 月，I 年(第二組)，第 1 期，第 30 頁。

而在2010年5月12日於第5/2010號案所作的合議庭裁判中，我們便以某一行政行為適用了一個違反《基本法》第25條之規定，即平等原則的法令條文為由，撤銷了相關行政行為。

對於上面的這些理解，我們沒有什麼需要更改的。

結論：

在行政行為的撤銷性司法上訴中，法院可以依職權或依當事人的請求，審理行政區內部法律或法規條文違反《基本法》的問題，並在認定確實違反《基本法》的情況下，不適用相關規定，並以此為由撤銷行政行為。

4. 平等原則

如前文所述，要查明的問題是，於2009年8月18日開始生效的、設立護士職程法律制度的第18/2009號法律將對編制內、編制外以及散位護士所進行的薪俸點調整追溯至2007年的7月1日(該法的第40條第2款)，卻沒有將該追溯效力延伸適用至以個人勞動合同制

度所聘請的護士的規定是否違反了《基本法》第 25 條中所規定的平等原則。

在 2010 年 5 月 12 日，於第 5/2010 號案所作的合議庭裁判中，我們針對有關違反《基本法》所確定的該原則的問題作過以下的闡述，這些內容同樣適用於本案，因為也是涉及到對兩組公務員進行區別對待的問題：

“而根據《基本法》第 25 條之規定，澳門居民在法律面前一律平等，不因國籍、血統、種族、性別、語言、宗教、政治或思想信仰、文化程度、經濟狀況或社會條件而受到歧視。

平等原則要求法律——即現在爭議中的立法性行為，而不是公共權力，如行政當局作出的其他行為——平等地對待相同的狀況，以及不同地對待不同的狀況。

本案中，法律不平等地對待兩種情況。重要的是要查明這兩種情況到底是相同還是不同。

如果屬於不同的情況，就不存在任何違反平等原則。

如果該等情況基本上相同，但被以不平等方式對待，則在禁止獨斷方面違反了該原則。”

5. 護士的任用制度·上訴人在葡萄牙管治時期的情況

上訴人認為，不能僅僅因為上訴人與行政當局構成聯繫的方式與其他人(如編制內、編制外或散位公務員)有所不同便在工資上進行區別對待，還需要在這種關係的背後確實存在著能夠區別對待的合理解釋才可以。這種說法是有道理的。

那麼現在要查明的便是，第 18/2009 號法律對於衛生局一些組別的護士追溯適用薪金調整，但卻規定此追溯效力並不適用於以個人勞動合同制度聘用的護士的這種區別對待的做法是否有實質性理據。

為此，我們要對這後一組公務員的任用制度加以闡述。

上訴人自 1983 年起在澳門衛生司擔任護士。

自 1987 年起，上訴人簽訂的是編制外合同，是根據由第 13/90 號法律¹⁵修改的《澳門組織章程》第 69 條第 1 款的規定外聘的護士，

¹⁵ 前一版本(即 2 月 17 日第 1/76 號法律的原文)的規定基本相同：“共和國主權機構團體所屬人員，經本人申請，並取得共和國同意及有關部長許可，仍須徵得總督的同意後，得在

相關條文的規定如下：

“隸屬共和國主權機關或地方自治團體編制的人員，經其本人申請或同意，並經有關部長或有權限的機關許可，再徵得總督允許，得在澳門地區作定期服務，在此情況下，該段服務時間在法律上的效力，視為其在原編制及職級的實際服務時間論。”

同時公布了 8 月 24 日第 60/92/M 號法令，該法令對根據《澳門組織章程》第 69 條第 1 款規定在公共機關，包括市政機構、自治機關及基金組織、公共企業及其他公法法人執行職務而受聘的人員訂定規則(第 1 條第 1 款)。

根據該第 60/92/M 號法令第 1 條第 2 款及第 3 款的規定：

“二、對其他外聘人員，適用有關工作合約所定規則，而本法令所定規則經適當配合後，作補充性適用。

三、澳門公職制度以補充性適用於上兩款所指的人員。”

而該第 60/92/M 號法令的第 7 條則有著如下規定：

澳門地區作定期性服務；在此情況下，該項服務時間在法律上的效力，視為其本身團體及階級的實際服務時間論。”

“第七條

(方式)

一、按照第一條規定招聘的人員得按下列制度執行職務：

- a) 定期服務委任，倘法律有此規定；
- b) 編制外合約或散位，後者屬例外情況；
- c) 個人工作合約。

二、在本地區提供服務的期限一般為兩年或由許可批示訂定。

三、編制外合約及散位須遵守為公職所訂定的制度，而個人工作合約則須遵守由有關合約訂定的制度。

四、……”

因此，當時在公共機關，包括市政機構、自治機關及基金組織、公共企業及其他公法法人執行職務的外聘人員(即受葡萄牙的公職制度約束的人員)是以定期委任(倘法律有此規定)、編制外合同以及在例外情況下以散位方式任職的。

因此，編制外合同是外聘人員的慣常任用方式。

而勞動合同則是在私人實體擔任職務的外聘人員的任用方式。

眾所周知，定期委任在當時是(現在也是)由特別法所規定的、在特定時間內擔任諸如領導及主管職務、統籌項目組以及已具有公務員資格之工作人員進行實習的任用方式(《澳門公共行政工作人員通則》第 23 條)。

編制外合同在當時是(現在仍是)在特定時間內擔任職務的工作人員的任用方式，合同期間得以相同或較短之期間續期，合同應遵守任用、進入職程、在職程內晉階及晉升之一般要件，但屬開考之情況除外，並應根據受聘人之資格及專業經驗給予根據相應於所擔任職務之職程、職級及職階而定之薪俸點(《澳門公共行政工作人員通則》第 25 及第 26 條)。

而散位合同在當時則是(現在依然是)行政當局與非納入編制之人員訂立之協定，透過支付與每日所提供服務相應之工資，按從屬之形式確保滿足公共服務之需求。在下列情況下，得採用散位合同方式：聘任工人及助理員，又或職務種類或報酬與工人及助理員相等之其他人員職級；如需聘任執行特定或緊急職務之人員；基於職務之性質，在訂立編制外合同前須有一最長六個月之試用期；聘任

不具備公務員資格之人士進行實習；由專有法例所規定及按其規範之方式作出任用之情況(《澳門公共行政工作人員通則》第 27 條)。

上訴人直至 2000 年 8 月 31 日都是以編制外合同制度任用的外聘人員。

當時生效的是設立具有法人資格及行政財政自主的公務法人澳門衛生司的 7 月 8 日第 29/92/M 號法令，該法令的第 45 條第 2 款規定，該司的人員制度與法律為公職人員訂定的制度相同。

6. 上訴人在澳門特別行政區時期的情況

從已認定事實的摘要中可以看到，上訴人根據《澳門公共行政工作人員通則》的規定以及 11 月 15 日第 81/99/M 號法令第 48 條第 3 款的規定與衛生局簽訂提供護理服務以及協助本地人員培訓的個人勞動合同，為期一年，由 2000 年 9 月 1 日至 2001 年 8 月 31 日，薪俸點為 480 點，相當於第三職階護士長所收取的薪俸，雙方還約定上訴人受法律所規定的相關權利義務制度規範，且之前所享有的

所有權利維持不變。

上一段所提到的合同還在附文中給予了上訴人其他的一些權利和福利，如由澳門特別行政區出資的住宿、本人及其家人返回招聘地的旅程、本人及其家團成員的個人行李運輸、技術品行李運輸以及確定性終止職務的補償等等。

上訴人在澳門特別行政區的合同狀況變為個人勞動合同。

相較於之前的合同(簽訂編制外合同的外聘人員)可以從第60/92/M號法令和《澳門公共行政工作人員通則》的相關規定，結合《澳門組織章程》的第69條(即經7月26日第23-A/96號法律修改後的第66條第1款)以及第29/92/M號法令第45條第2款的規定中得出一個十分清晰的法律框架的情形，目前的法律依據並不如此清楚。

我們來看這是因為什麼。

現在衛生局的組織架構由廢止第29/92/M號法令的11月15日第81/99/M號法令規定。

第 81/99/M 號法令第 48 條規定：

“第四十八條

(人員編制及制度)

一、……

二、公共行政工作人員之一般法律制度及衛生領域之特別法例適用於澳門衛生司之人員。

三、澳門衛生司得以個人勞動合同制度或提供勞務合同制度，在澳門或外地聘用醫療人員、護理人員或其他技術人員，以執行高度專門之技術工作。

四、……”

這樣，在《澳門公共行政工作人員通則》所規定的幾種合同模式之外，新法還允許以個人勞動合同制度或提供勞務合同制度聘請人員。

我們有必要回顧一下《基本法》對公職人員的聘請有著怎樣的規定：

“第九十七條

澳門特別行政區的公務人員必須是澳門特別行政區永久性居民。本法第九十八條和九十九條規定的公務人員，以及澳門特別行政區聘用的某些專業技術人員和初級公務人員除外。

第九十八條

澳門特別行政區成立時，原在澳門任職的公務人員，包括警務人員和司法輔助人員，均可留用，繼續工作，其薪金、津貼、福利待遇不低於原來的標準，原來享有的年資予以保留。

依照澳門原有法律享有退休金和贍養費待遇的留用公務人員，在澳門特別行政區成立後退休的，不論其所屬國籍或居住地點，澳門特別行政區向他們或其家屬支付不低於原來標準的應得的退休金和贍養費。

第九十九條

澳門特別行政區可任用原澳門公務人員中的或持有澳門特別行政區永久性居民身份證的葡籍和其他外籍人士擔任各級公務人員，但本法另有規定者除外。

澳門特別行政區有關部門還可聘請葡籍和其他外籍人士擔任顧問和專業技術職務。

上述人員祇能以個人身份受聘，並對澳門特別行政區負責。”

《澳門公共行政工作人員通則》中所規定的合同制度繼續有效。

而第 60/92/M 號法令(外聘人員法規)則沒有被採用為澳門特別行政區的法規，因為根據第 1/1999 號法律第 3 條第 3 款及附件二的規定，其與《基本法》相抵觸。“但澳門特別行政區在制定新的法規前，可按《澳門特別行政區基本法》規定的原則和參照原有做法處理有關事務”。

如前文所述，個人勞動合同作為私人實體對外聘人員的任用方式似乎已經在第 60/92/M 號法令中有所規範。但是，嚴格來講，該第 60/92/M 號法令並沒有完全排除公共部門和機構、自治機關及基金組織、以及公共企業和其他公法人以個人勞動合同方式聘請人員的可能。

然而，與編制外及散位合同須遵守為公職所訂定的制度不同的是，個人勞動合同則須遵守由有關合同所訂定的制度(第 60/92/M 號法令第 7 條第 3 款)。

這樣的話，舉例來說：編制外人員的權利及福利，包括薪金的數額，均由法律及其他一些適用於公職人員的條文規範，因此，對於擔任同等職級和職階的人員不能訂定不同的薪金；相反，以個人勞動合同形式聘用的人員則可以享受不同的權利及福利，包括薪金，只要雙方如此約定，有關合同如此訂定即可。

然而，2009 年公佈的一個法律改變了以上所描述的情形。這便是於 2009 年 8 月 4 日開始生效的設立公務人員職程制度的 8 月 3 日第 14/2009 號法律(第 82 條)，而在有關護理人員的方面，又由 2009 年 8 月 18 日開始生效的設立護士職程制度的 8 月 17 日第 18/2009 號法律予以補充(第 40 條)。

根據第 14/2009 號法律的第 1 條第 2 款，“職程制度適用於在澳門特別行政區公共部門內，以臨時委任、確定委任、定期委任、編制外合同、散位合同或個人勞動合同制度任用的人員。”

於是，由該法律生效之日開始，以個人勞動合同制度聘請的在公共部門擔任職務的人員便轉而受職程制度所規範。

然而，根據第 1 條第 4 款第三項，“職程制度不適用於擔任顧

問和專業技術職務的人員”，聘用該等人員“須經行政長官批准，該批准權限屬不可授予他人的權限”（第 5 款）。

儘管這個條文有些晦澀，但其實它想要¹⁶提及的應該是《基本法》第 99 條第 2 款的相同表述所指的人員，也就是說，並不是全部擔任公職的外籍人士。那麼顯而易見，上訴人作為持有澳門永久性居民身份證〔根據上訴人於 2000 年所簽訂的合同指，其身份證編號為 X/XXXXXX/X，由澳門身份證明司於 1998 年 6 月 3 日發出〕，且在澳門特別行政區成立之前便已在澳門工作的人士，應該屬於第 99 條第 1 款的情況。

因此，第 14/2009 號法律第 1 條第 4 款的第三項根本不適用於上訴人。

然而，還要考慮該第 14/2009 號法律第 69 條的規定：

“第六十九條

現有個人勞動合同

¹⁶ 至於是否已達到其所想要達到的目的則是值得令人懷疑的，因為並非所有的顧問或是擔任專業技術職務的人都是外籍人士，而條文本身亦並未提及外籍人士。

一、本法律生效前訂立的個人勞動合同及其續期，繼續受該等合同的原有條款規範。

二、經當事人建議並獲雙方同意，可選擇訂立受本法律規範的新個人勞動合同。

三、如作出上款所指選擇，應於本法律生效後一百八十日內訂立新的個人勞動合同，而新訂合同的效力追溯至本法律生效之日。

四、經考慮人員所擔任職務的法定學歷要求或專業資格要求，第二款所指合同應以對應於該等職務的職程訂立，而人員收取的薪俸點與其原有薪俸點相同，如無相同薪俸點，則收取緊接的較高薪俸點。

五、按第二款的規定訂立合同的人員，其晉階及晉級所需服務時間自該合同產生效力之日起計算，但該日不得先於本法律生效之日。

六、以個人勞動合同制度任用的人員不適用上條的規定，該等人員晉階及晉級所需服務時間自本法律生效之日起計算。”

規範護士職程制度的第 18/2009 號法律的第 36 條也有著類似的規定，具體內容如下：

“第三十六條

現有個人勞動合同

一、本法律生效前訂立的個人勞動合同及其續期，繼續受該等合同的原有條款規範。

二、經當事人建議並獲雙方同意，可選擇訂立受本法律規範的新個人勞動合同。

三、如作出上款所指選擇，應於本法律生效後一百八十日內訂立新的個人勞動合同，而新訂合同的效力追溯至本法律生效之日。

四、經分別考慮法定學歷要求或專業資格要求，第二款所指合同按本法律附件一或附件三所載的職程進程而訂立，而工作人員原有的職級及職階維持不變。

五、如屬第二款所指的情況，其晉階及晉級所需服務時間自該合同產生效力之日起計算。”

上訴人的最後一個個人勞動合同是在 2004 年簽訂的，期限由 2004 年的 9 月 1 日至 2005 年的 8 月 31 日，之後又陸續獲得續期及修改，因此，鑒於上訴人在第 18/2009 號法律生效後的 180 日內並沒有訂立受該法規範的新的個人勞動合同，應對其適用第 14/2009 號法律第 69 條第 1 款以及第 18/2009 號法律第 36 條第 1 款的規定。

由此可知，根據按第 1/1999 號法律第 3 條第 3 款以及附件二的規定而適用的、確立於第 60/92/M 號法令(尤其是其第 7 條第 3 款)的原則，上訴人的工作制度由相關的個人勞動合同訂定，原則上來講，為公職所訂立的制度並不適用於上訴人。

而也正是出於這個原因，上訴人的合同才有 18 條之多，規範的內容包括合同標的、期限、工作時間、報酬、假期及聖誕津貼、假期、家庭津貼、醫療和藥物津貼、公幹津貼、以合理原因終止合同、受聘人單方面解除合同、返回葡萄牙之旅程、住宿、遺體搬遷、確定性終止職務的補償以及費用。

誠然，按照合同的第 18 條，如有遺漏情況，上訴人的合同受現行澳門公共行政工作人員的一般規定規範，有權收取與護士人員法律制度中所規定的某一職階及職級的護士之收入相當的報酬，且按照其合同的第 4 條第 3 款，上訴人的月工資按照與公共行政人員工資相同的比例進行調整。

但這是以合同的方式訂定的報酬，而不是法律所規範的報酬，不排除行政當局與其他的受聘人作有別於此的約定的可能。

7. 關於本案

現在已具備作出結論的條件。

上訴人的合同制度與編制內護士和以編制外合同聘請的護士制度大相徑庭。

編制內護士以及以編制外、散工和新的個人勞動合同所聘請的護士的制度來自於法律規定，而上訴人的制度則僅依其所簽訂的合同而定。

於 2009 年 8 月 18 日開始生效的、設立護士職程法律制度的第 18/2009 號法律將對編制內、編制外以及散位護士所進行的薪俸點調整追溯至 2007 年的 7 月 1 日(該法的第 40 條第 2 款)，卻沒有將該追溯效力延伸適用至以個人勞動合同制度所聘請的護士。

我們認為這是立法者在其自由裁量權範圍之內作出的一種選擇，並不違反平等原則。

在本案中，法律對兩種情況進行了區別對待。正如我們前面所說，重要的是要查明這兩種情況到底是相同還是不同。如果屬於不同的情況，就不存在任何對平等原則的違反。

在前面所提及的 2010 年 5 月 12 日的合議庭裁判中，我們曾談到：

「保護《基本法》中規定的平等原則的範疇方面，除其他外，包括禁止獨斷，不允許沒有任何合理理由而給予不同的待遇。

正如 J.J.GOMES CANOTILHO 和 VITAL MOREIRA¹⁷所指出的：“禁止獨斷構成了公共權力的認同自由或作出決定的一項外部限制，平等原則起到消極的監督原則之作用：不是那個基本上相同的狀況應該被專橫地以不平等對待，也不是那個根本上不相同的狀況應該被專橫地以平等對待。按照這種觀點，平等原則從正面上要求對事實上相同的情況給予相同的對待，而對事實上不同的情況給予不同的對待。但是，立法者在實質——法律上受制於平等原則並不排除立法自由。因為在憲法規定範圍內，是由它來確定或認定所有就平等對待或不平等對待起到參考作用的事實狀況或生活關係。只有當‘立法性自由裁量’的外部限制被違反時，即當立法性措施沒有實質上的適當支持時，才存在對平等原則在禁止獨斷方面的違反”。

另一方面，還是根據這些作者的觀點，“在對有關規範群體的法律待遇

¹⁷ J.J.GOMES CANOTILHO 和 VITAL MOREIRA 著：《*Constituição da República Portuguesa Anotada*》，科英布拉，科英布拉出版社，2007 年，第一卷，第四版，第 339 頁。

作比較時，禁止獨斷顯得特別重要。這種情況下，違反平等原則表現為，對某一群體而言，針對另一群體的法規上的不平等待遇，儘管不存在給予不平等對待的任何不同的合理理由”¹⁸。

有時，由於定性錯誤，法律認為兩種狀況不同，實際上沒有不一樣。這裡就會存在違反平等原則。

為此必須確定到底哪些要素可以作為斷定相關狀況法律上平等或不平等的依據。

鑒於法律規範是實現目的之手段，必須在法律規範和相關目的之聯繫中找到判斷各種狀況的法律上的平等或不平等的標準。

當沒有聯繫或這種聯繫不足夠，又或獲得法規所要求達致之目的的可能性不存在時，存在違反平等原則。¹⁹

另一方面，此聯繫必須具備足夠的實質性依據。

也就是說，在應該承認立法者擁有立法上的自由裁量的同時，如存在適用於公共行政工作人員的矛盾的法律制度，又沒有任何合理的理由，這就違反了平等原則，或者說立法性獨斷，不合理的不同對待。

¹⁸ J.J.GOMES CANOTILHO 和 VITAL MOREIRA 著：《Constituição...》，第一卷，第 340 頁。

¹⁹ MARIA DA GLÓRIA FERREIRA PINTO 著：《Princípio da Igualdade, Fórmula Vazia ou Fórmula Carregada de Sentido?》，司法部公報第 358 期，里斯本，第 27 頁。

5. 對法律規範合法性的司法監督

從另一方面，在對法律規範之合法性的監控範疇，以《基本法》規定為標準，重要的是要考慮“不是由相關機構本身對法律解決辦法作出‘正面’的判斷：或者說這樣判斷，監控機構猶如立法者(及‘替代’它)那樣，從分析評估狀況開始，然後以它自己的想法作為法律解決辦法的合理性標準去確定具體個案中的解決辦法為‘合理的’、‘公正的’或‘理想的’。合憲性監控機構不能走得那麼遠：他們應做的僅僅是一種‘消極性’判斷，即排除那些從各點上看都不能列為合乎情理的法律解決辦法。”²⁰

換句話說：“禁止獨斷之理論不是確定平等原則內容之標準，而是要明確和界定司法監控的權限”，因此面對此“實質上消極的標準，要受到譴責的只能是所有明顯的和不能容忍的不平等狀況”，而此種情況僅在立法者規定的不同對待是“沒有依據、不客觀和不合理”²¹的情況下才發生。」

在本案中，儘管立法者本可以對所有的護士設立相同的制度，但是這個在過渡性報酬的問題上對不同類別的公務員進行區別對待的做法並不構成明顯且無法容忍的不平等，因為這屬於立法者的自由裁量範圍。

由此，我們認定並不存在違反平等原則的情況。

²⁰ JORGE MIRANDA 和 RUI MEDEIROS 著：《*Constituição Portuguesa Anotada*》，科英布拉，科英布拉出版社，2005年，第一卷，第125頁，當中援引葡萄牙立憲委員會的意見書。

²¹ MARIA LUCIA AMARAL 著：《*O princípio da Igualdade na Constituição Portuguesa*》載於《*Estudos de Homenagem ao Prof. Dourtor Armando M. Marques Guedes*》，里斯本大學法學院，2004年，第52頁。

因此，上訴理由不成立。

四、決定

綜上所述，駁回上訴。

訴訟費由上訴人支付，司法費訂為 4 個計算單位。

2012 年 5 月 9 日，於澳門。

法官：利馬（裁判書制作法官）—宋敏莉—岑浩輝

出席評議會的檢察院司法官：高偉文