

# 回歸後澳門原有公務人員的任用與留用問題

## ——澳門特區中級法院第213/2003號案述評

趙英杰

**[摘要]** 澳門特區成立後，圍繞原有公務人員產生的法律問題多有出現，諸如原有公務人員的退休金、津貼、職位等問題。本文以澳門中級法院第213/2003號案為分析對象，結合當時的歷史背景與《基本法》的立法過程等來解讀相關條文如第97條、第98條及第99條的含義及其關係。同時，針對法院判決的兩種不同法律意見所涉的相關法律問題，特別是就可能涉及的因國籍產生的平等權問題進行分析，以期為未來此類問題的解決提供參考。

**[關鍵詞]** 公務人員 任用 留用 澳門特區

1987年4月13日《中華人民共和國政府和葡萄牙共和國政府關於澳門問題的聯合聲明》（以下簡稱“《中葡聯合聲明》”）簽訂時，我國政府在聲明的附件一的十四點內容中將我國對澳門地區的基本政策作了具體詳細的說明。其中的一點內容與原有公務人員的留用與任用有關，即特區成立後，原在澳門任職的公務人員均可留用，以及特區可任用原公務人員中或持有特區永久居民身份證的外籍人士擔任公職。<sup>①</sup>一般而言，報考或擔任公務人員的最基本條件是具有本國國籍，也即屬於本國公民。<sup>②</sup>這不難理解，基於人民主權原則，一個國家的權力由本國人民享有和行使，尤其體現為通過選舉組成權力機關行使國家的各項職權，而無論選民或被選舉人皆需為本國人。並且，這也是一項當然的情理，因為公共職務事關公共利益，而公共利益的維護者顯然應由有利害關係的當事者擔任為宜，如此亦符合政治效忠的要求。<sup>③</sup>但是，我國政府在恢復對澳門行使主權的過程中，選擇允許將特區的公務人員向外籍人士開放，這顯然是考慮到澳門的歷史和現實情況，考慮到澳門的社會穩定，亦是“一國兩制”的政策體現。然而，這一做法並非不存在引起爭議的可能性。何謂公務人員？何謂公務人員的留用或任用？以及是否涉及外籍人士的“超國民待遇”等問題，均需要進行探討。在這方面，澳門特區中級法院第213/2003號案是為數不多的一起案件。該案所涉及到的意見、分歧以及對之進行的分析，為澄清特區公務人員的制度問題與準確落實《基本法》提供了一個較為難得的機會。

**作者簡介：**趙英杰，澳門大學法學院博士研究生。

① 詳見《中葡聯合聲明》附件一第六點。

② 例如我國《公務員法》第11條與英國《公務員國籍規則》（Civil Service Nationality Rules）第1條。

③ 姚國建、談文棟：《作為憲法性義務的政治效忠——以香港立法會議員宣誓事件為視角》，《國家行政學院學報》（北京）2017年第4期，第42頁。

## 一、案情簡介與法律問題

### （一）案情簡介

澳門中級法院第213/2003號案件，<sup>①</sup> 主要涉及一位在澳門回歸前已在澳門工作的葡萄牙籍人士在澳門回歸後的工作問題。這位人士在1995年來澳門後，以編制外合同方式被聘任為當時的市政廳的技術員，這一合同關係一直延續到澳門回歸後的2002年。在這期間，他職級上有所變更，但合同關係一直是不變的，即皆為編制外合同方式。在2000年9月，澳門特區當時的臨時市政局決議以考試方式進行一般入職開考，開考職位為市政局人員編制內的高級技術員。報考條件為“凡符合《澳門公共行政工作人員通則》第10條規定擔任公職的一般要件及具有學士學位者，不論與公職有否聯繫，均可報考”。<sup>②</sup> 這位人士考取了第二名，而2002年2月已成立的民政總署（現為“市政署”）對其作出了臨時委任。這位人士就職後，民政總署接獲了來自廉政公署的建議，廉政公署認為只有澳門永久居民才可以進入澳門特區的編制內的職務。於是民政總署作出決定，宣佈之前對這位人士的臨時委任決議無效。<sup>③</sup>

這位人士不服，向行政法院提起了司法上訴，而行政法院判決撤銷民政總署的上述決議。民政總署上訴至中級法院，而中級法院判決維持原審判決，認為被上訴人為葡籍人且一直在澳門擔任公共職務的事實，是符合《澳門基本法》的，即無須要求其為澳門永久性居民。<sup>④</sup> 該判決是以多數判決作出的，表決落敗的法官認為原審判決應當被撤銷，多數判決的解讀違反了平等原則及消除葡萄牙特權待遇原則。<sup>⑤</sup>

### （二）法律問題

這一案件的爭議焦點是澳門原公務人員任用條件是按照《澳門基本法》第97條規定必須為永久性居民？還是按照《澳門基本法》第99條規定的例外情況無須為永久性居民？這個問題的回答主要涉及澳門基本法第97條、第98條與第99條的解讀問題。為便於討論，暫將三個條文列出：

**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。

① 澳門特別行政區法院網站，<http://www.court.gov.mo/sentence/zh-53590d37e193e.pdf>。

② 詳見2000年10月11日第41期《澳門特別行政區公報》。

③ 參見澳門特區中級法院第213/2003號司法上訴案判決，第1頁。

④ 參見澳門特區中級法院第213/2003號司法上訴案判決，第7—8頁。

⑤ 參見澳門特區中級法院第213/2003號司法上訴案判決，第8頁。

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。

通過梳理案情並結合案件爭議焦點，案件所涉及的具體法律問題包括：第一，編制外合同工是否屬於公務人員？如是，則適用上述《澳門基本法》條文，反之則不適用。第二，案件當事人是屬於留用還是任用？也即究竟適用哪一條款？這亦涉及到《澳門基本法》第97條所規定的公務人員“任用”與第99條第1款中的“任用”以及與第98條的“留用”之間的關係問題。第三，如果是“任用”，那麼《澳門基本法》第99條第1款應該如何解讀？即其是作為第97條的例外規定還是作為第97條所規定的一般要件的重申？具體而言，即第97條的“但書”是包括第99條整個條文？還是說僅包括第99條第2款及第3款？以及，如表決落敗法官所認為的，第99條規定可任用擔任各級公務人員的人是“葡籍和其他外籍人士”，並沒有包含“中國籍人士”，這是否違反平等原則以及消除葡萄牙特權待遇原則？下面分而述之。

## 二、《澳門基本法》的“公務人員”制度

### （一）澳門“公務人員”制度的形成

1910年葡萄牙推翻帝制，建立共和國後頒佈憲法，依然強調中央集權。當時澳葡政府管治澳門，對葡國人到澳門政府出任公職大開綠燈，不用考試，以“短期合同”便獲聘用，進入政府任職高級公務人員，讓他們可以任意選擇短期或長期居留澳門當或不當公務員，這便是合同公務人員制度的來源，而居澳土生葡人則多以考任（編制內）的長期職位聘用為中級公務員。<sup>①</sup>

1976年葡萄牙通過憲法性文件第1/76號法律《澳門組織章程》賦予澳門較大的立法權，此舉改變了澳門公職法皆源自及受命於葡萄牙的做法，使得立法會可制定包括澳門公職法等法律，總督可頒佈有關招聘的法規並擁有權力任免官員，澳門開始建立公務人員制度。<sup>②</sup> 1984年8月11日，高斯達（Vasco Leote de Almeida e Costa）頒佈第85/84號法令《澳門行政組織架構總綱》改革行政組織架構，同時也頒佈了三項重要法例——第86/84/M號法令《訂定有關公職填補規則》、第87/84/M號法令《訂定澳門公共行政當局一般職位總基礎》和第88/84/M號法令《訂定本地區行政當局政府機關督導及領導人員制度》，不僅全面系統地檢討了澳門公務人員制度，並嘗試將其獨立於葡萄牙系統，也為建立現代澳門公務人員制度奠定了初步基礎。<sup>③</sup> 1988年5月9日文禮治總督（Carlos Melancia）頒佈的第35、36和37/88/M號法令，是建立澳門公務人員制度的真正轉捩點，第35/88/M號法令廢止了《海外公務員章程》在澳門數十年的效力，第36/88/M號法令將上述章程修訂改編為澳門地區本身的法例，第37/88/M號法令還制定了《核准公務員紀律章程及澳門公共行政人員章程》，自此真正確立了澳門公務人員制度。<sup>④</sup> 與此同時，1989年文禮治總督獲得立法會全面授權（第9/89/M號法律），為順應1984年4月中葡兩國政府就澳門問題簽署的《中葡聯合聲明》，解決過渡期內“三大任務”即“公務員當地語系化”、“法律當地語系化”和“中文官方化”，繼續檢討澳門公務人員制度的法例，先後頒佈了第53/89/M號法令《訂定外聘人員在澳門政

① 周焯、陳瑞蓮：《澳門公務人員招聘制度的演變》，《中國行政管理》（北京）2014年第7期，第107頁。

② 周焯、陳瑞蓮：《澳門公務人員招聘制度的演變》，《中國行政管理》（北京）2014年第7期，第106—107頁。

③ 吳志良：《澳門政治制度史》，廣州：廣東人民出版社，2010年，第266頁。

④ 吳志良：《澳門政治制度史》，廣州：廣東人民出版社，2010年，第266頁。

府機關擔任職務章程》、第85/89/M號法令《訂定澳門公共行政機關領導及指導人員章程事宜》、第86/89/M號法令《訂定澳門公職一般及特別職程制度》和第87/89/M號法令《澳門公職人員章程》等四項法令。<sup>①</sup>進一步明確規定了澳門公務人員錄用、晉升、福利待遇及紀律等，加強了對外聘人員的控制，較程度上回應了過渡期公務員當地語系化的要求。<sup>②</sup>

在澳葡時期，由於葡語一直以來作為澳門唯一的官方語言，致使澳門中高層公務人員幾乎都為葡萄牙人和土生葡人，只有最低層的職位才由華人擔任。直至1992年1月13日《政府公報》刊登第445/91號法令，確認了中文在澳門的“官方地位及具有與葡文一樣的法律效力”，這一情況才有所改變。<sup>③</sup>此外，澳門公務人員的結構中編制內和編制外人員共存也是其獨特現象。1970年代初期編制內確定委任公務人員佔90%以上，到了1980年代後期編制內和編制外的公務人員幾乎各佔50%，回歸後編制外的合同公務人員更是激增。<sup>④</sup>為推行公務員當地語系化政策，1992年8月24日第60/92/M號法令對《訂定外聘人員在澳門政府機關擔任職務章程》作出修訂，1993年11月3日第62/93/M號法令對助理職務的規定作出修訂，1998年12月28日第62/98/M號法令對《公共行政工作人員通則》也作出了較為系統的修訂。<sup>⑤</sup>

澳門特區成立後，為規範公務人員招聘制度、建立公平、公正的用人制度，行政法務司司長於2001年9月發出《第2/2001號行政法務司司長批示》，針對公營部門甄選及錄用編制外合同及散位合同人員時應進行知識考試並有合理數目的應考人。<sup>⑥</sup>在特區“固本培元”的施政方針下，<sup>⑦</sup>編制內、編制外的聘任制度一直沿用至今，為進一步規範聘任制度的相關管理，2005年完善了“工作表現評核制度”，對編制內外的人也進行統一評核；2009年第15/2009號法律《領導及主管人員通則的基本規定》明確了對編制內領導人員的管理；2009年第14/2009號法律《公務人員職程制度》進一步對編制內和編制外公務人員的招聘制度進行規範。

## （二）《澳門基本法》中“公務人員”如何界定

在港澳《基本法》各自制定的過程中，如何界定公務人員的範圍以及公務員與公務人員的關係，亦是一個難題。根據1987年8月22日《香港基本法政治體制專題小組的工作報告》中記載，香港基本法起草委員會在制定本條時“關於公務人員的定義，小組經多次討論，尚無適當的結論”。<sup>⑧</sup>“有委員認為，公務員、公務人員、公職人員間的分別應明確規定。而被政府委任，加入諮詢架構者，應界定是公務人員抑或屬公職人員……有委員認為，公務員應分類為：（一）政務式公務人員：決定政策的公務人員；（二）事務式公務人員：永久性的公務人員”。<sup>⑨</sup>在《澳

① 羅忠誠、何佩珊：《澳門公職法律制度檢討》，《行政》（澳門）1990年總第7期，第241—258頁。

② 吳志良：《澳門公務員在公共行政現代化中的角色》，《行政》（澳門）1999年總第43期，第263—264頁。

③ 周灶、陳瑞蓮：《澳門公務人員招聘制度的演變》，《中國行政管理》（北京）2014年第7期，第107頁。

④ 周灶、陳瑞蓮：《澳門公務人員招聘制度的演變》，《中國行政管理》（北京）2014年第7期，第108頁。

⑤ 吳志良：《澳門公務員在公共行政現代化中的角色》，《行政》（澳門）1999年總第43期，第263—264頁。

⑥ 周灶、陳瑞蓮：《澳門公務人員招聘制度的演變》，《中國行政管理》（北京）2014年第7期，第108頁。

⑦ 詳見澳門特別行政區政府《2000年財政年度施政報告》。

⑧ 《中華人民共和國香港特別行政區基本法起草委員會第五次全體會議文件匯編》，李浩然主編：《香港基本法起草過程概覽》（下冊），香港：三聯書店（香港）有限公司，2012年，第881頁。

⑨ 《香港基本法諮詢委員會政制專責小組對基本法（草案）徵求意見稿第四章的意見匯編》，載於1988年10月基本法諮詢委員會《中華人民共和國香港特別行政區基本法（草案）徵求意見稿諮詢報告（1）》，第105頁；李浩然主編：《香港基本法起草過程概覽》（下冊），香港：三聯書店（香港）有限公司，2012年7月，第882—883頁。

門基本法》起草過程中，關於公務人員的定義亦有不同意見。如上所述，在澳門原有的法律規範中，存在“公務員”、“公共行政人員”、“公職人員”、“散位人員”、“服務人員”的概念，並沒有“公務人員”的概念。關於公務人員的定義，有的意見認為，公務人員指一切擔任公職的人，故立法會議員、法官、檢察官均屬公務人員；有的意見認為，公務人員就是公務員，即在政府任職的編制內的公共行政人員；還有人認為，公務人員指的是所有出任政府全職受薪職位的人。<sup>①</sup>然而，澳門基本法起草委員會政治體制小組在第八次全體會議上所作的工作報告指出：“本條仍然使用‘公務人員’的概念，以便與中葡聯合聲明的規定相一致，但需要說明，公務人員包括現在澳門的實位、合約和散位三類人員。”<sup>②</sup>

澳門基本法起草委員會政治體制小組的這一報告應該能為本文所涉案件的“公務人員”問題的解釋提供有力的說明，即編制外的合同工亦屬於公務人員。加之，考慮到《基本法》中文本的“公務人員”所對應的葡文本表述為“funcionários e agentes públicos”（公務員與承擔公共職責的人），也即對“公務人員”採取盡可能的擴大解釋，這亦與澳門基本法起草委員會政治體制小組的上述報告相一致。因此，我們可以得出結論，案件當事人雖然在澳門回歸前一直是以編制外合同在澳門工作，但是屬於《澳門基本法》規定的原有公務人員。

根據《澳門公共行政工作人員通則》規定公務人員是指受公法上的行政公職法律制度約束的人，即凡是按公職法律制度規定任職、工作的人員，具體包括公務員、服務人員、散位人員和其他部分合同散工的統稱。<sup>③</sup>大體上包括行政當局的工作人員、市政機構的人員、司法機關的輔助人員、保安部隊人員和消防人員（表1）。<sup>④</sup>

表1 澳門公務人員分類

所屬公務員範圍	任職方式	與政府聯繫	是否進入政府編制
公務員	確定性委任（委任）	永久性聯繫	編制內人員
	“領導”“主管”官職（委任）		
服務人員	臨時委任（委任）	暫時性聯繫	編制外人員
	編制內散位（聘任）		
	編制外合同（聘任）		
散位人員	散位合同（聘任）	無固定聯繫	編制外人員
其他人員	合同散工（聘任）		

資料來源：吳志良：《澳門政制》，澳門：澳門基金會，1995年，第152頁；轉引自周灶、陳瑞蓮：《澳門公務人員招聘制度的演變》，《中國行政管理》（北京）2014年第7期，第107頁。

根據《澳門公共行政工作人員通則》第19條規定公務人員的任用方式包括以委任的任用和以合同的任用，前者又分為臨時委任或確定委任、定期委任及署任；後者分為編制外合同及散位合同。公務員是以確定委任或定期委任作出的任用；服務人員是以臨時委任或行政任用合同制度作

① 駱偉建、江華、趙英杰：《澳門特別行政區基本法解析——立法背景和立法原意的探究》，澳門：澳門基金會；北京：社會科學文獻出版社，2020年，第228頁。

② 全國人大常委會澳門基本法委員會辦公室編：《中華人民共和國澳門特別行政區基本法起草委員會文件匯編》，北京：中國民主法制出版社，2011年，第200頁。

③ 周灶、陳瑞蓮：《澳門公務人員招聘制度的演變》，《中國行政管理》（北京）2014年第7期，第106頁。

④ 黃志勇：《港澳基本法要論》，廣州：暨南大學出版社，2012年，第346—347頁。

出的任用；散位人員是以散位合同方式臨時聘用的一種非編制人員；<sup>①</sup>其他人員是以合同散工方式聘用的一種非編制人員，與政府無固定聯繫。

其中，臨時委任是進入公務員前的一個實習階段，進入編制內的職位，在兩年內屬於臨時性質，但領導及主管人員除外。工作滿一年且工作評核不低於“良”者，續任一年，工作滿兩年且取得工作評核不低於“良”者，獲得確定委任，即表示被委任者與行政當局具有永久性聯繫。定期委任是在特定時間內擔任編制內職位或統籌項目組或已具有公務員資格之工作人員進行實習。即定期委任是對公務員中的領導和領導級人員有限期的作出委任，被委任者有兩種情況：一種是已具有永久公務員身份，不獲委任仍回原職位工作；另一種是無永久公務員身份，不獲委任可能就不再是公務員，如過去從葡國招聘以定期委任方式任用的領導及主管級人員，離開原職位就不再保留公務員。<sup>②</sup>署任是指在同一職程內比本身職級高一級之編制內職位擔任職務，而該職位據位人正處於完全喪失薪俸或以定期委任方式擔任不屬領導或主管官職之其他職位的，當據位人返回原職時署任自動終止。編制外合同與散位合同都是聘請非公務員職位，編制外合同是聘用服務人員，散位合同是聘請工人及助理員職級的人員，聘用期不超過一年，是公務人員職稱中最低的一些職位。<sup>③</sup>以合同方式任用工作人員在公共部門擔任職務，應採用行政任用合同，但擔任顧問或專業技術職務或為滿足臨時性或緊急性的需求時可採用個人勞動合同。

綜上，《澳門基本法》中的“公務人員”是一個較廣的概念，指受公法上的行政公職法律制度約束的人，因此公務員只是公務人員中比較重要的一部分，也即公務人員包括公務員、服務人員、散位人員和其他人員。

### 三、《澳門基本法》的“留用”與“任用”

#### （一）立法考察

無論在中英談判還是中葡談判，港澳地區原有公務人員的留用與任用問題皆為各方重點關注的問題。原因有三，一是關係到港澳回歸後政府管治隊伍的有序銜接問題，避免出現管治隊伍人員不足而引起的社會秩序問題。二是關係到英葡原有公務人員的利益問題，畢竟涉及到他們能否繼續在特區工作的選擇。三是關係到中英兩國間和中葡兩國間的利益博弈問題，因為站在英葡的角度，顯然他們傾向對原有公務人員的留用與任用不設任何限制，以保持他們可能的影響力，但站在中國的角度，中國對港澳地區恢復行使主權，這當然意味着能夠對港澳地區的治理起到決定性作用，而這又首先反映到中央人民政府對特區管治隊伍特別是關鍵性職位如主要官員由誰擔任的事宜的考慮。無論是《香港基本法》還是《澳門基本法》，有關原有公務人員的留用與任用的現行條文均分別來自《中英聯合聲明》與《中葡聯合聲明》，且在內容上基本維持了聯合聲明的具體規定。從這一點亦可看出當事國各方對此問題的重視。

瀏覽上述三個條文，不難發現《澳門基本法》第97條使用的是“任用”，第98條與第99條分別使用“留用”與“任用”不同的詞語。在《基本法》制定時，並非沒有人注意到措辭的不同之處，據1987年9月《香港特區基本法起草委員會第五次全體委員們對基本法序言和第一、二、三、

① 駱偉建：《澳門特別行政區基本法新論》，北京：社會科學文獻出版社，2012年，第266頁。

② 駱偉建：《澳門特別行政區基本法新論》，北京：社會科學文獻出版社，2012年，第266頁。

③ 駱偉建：《澳門特別行政區基本法新論》，北京：社會科學文獻出版社，2012年，第266頁。

四、五、六、七、九章條文草稿的意見匯集》所記載，當時有起草委員會委員提出前面提到“均可留用”，後面又提“可以任用”，前後要一致。不過，最後的條文在用詞上沒有一致，而是維持原來“留用”與“任用”的區分。<sup>①</sup>

## （二）概念辨析

如何理解《澳門基本法》條文中仍然維持原來的“留用”與“任用”？該案判決認為第97條所規定的“任用”是新的任用（包括委任和合同方式）。第98條所規定的情況是“留用”，包括那些將維持其原來狀況和職務聯繫、並將繼續工作且“薪金、津貼、福利待遇不低於原來標準”的公務人員，不管是以委任方式，還是以合同方式任用；也不區分是永久性居民還是非永久性居民。<sup>②</sup>而第99條規定的情況所指的是澳門特區成立後行政當局新的任用（既可以是委任也可以是合同方式），包括：1）那些並不是公務員，但持有永久性居民身份證的人；2）一直在澳門工作的公務員和公務人員。<sup>③</sup>

判決的解釋不難理解，即“留用”針對的是原來公務人員在原來工作狀況下繼續工作，而“任用”針對的是原來公務人員脫離原來工作狀況而改為在新的工作狀況下工作。簡言之，“留用”指的是“老本行”，“任用”指的是“新工作”。在“留用”與“任用”的含義理解上，表決落敗聲明法官的意見實際上是與判決意見一致的。例如，就“留用”而言，表決落敗聲明法官認為案件當事人在特區成立時已以編制外合同方式被任用，可受惠於《澳門基本法》第98條繼續留用待遇不變原則，可繼續獲得以同一種任用方式（編制外合同）續約，而不須具有永久居民身份。<sup>④</sup>表決落敗聲明法官對留用的意思可簡述為：當事人原來是編制外合同工，可繼續作原來的編制外合同工。

在“任用”的理解上，表決落敗聲明法官的意見與判決意見亦有相同之處，即亦認為“任用”屬於“新工作”而非“老本行”。不過，在“任用”的條件的理解上，表決落敗法官的意見與判決意見不同。如上所述，判決意見認為按照第99條“新工作”的“任用”可以是原澳門公務人員中的葡籍和其他外籍人士，而表決落敗法官認為“新工作”的“任用”，如本案所示的編制外合同工改為編制內委任工，須具備第97條所指的永久居民身份。<sup>⑤</sup>

兩種不同意見實際上關係到對條文關係的不同理解。判決意見認為第99條第1款是作為第97條的例外規定，其參照尚蔚雲教授對《澳門基本法》第97條的解釋，即例外的情況下公務人員也可以是非永久性居民，包括：第一、可以在澳門特別行政區成立時，原在澳門任職的公務人員；第二、可以是原澳門公務人員中被任用擔任“各級”公務人員的葡籍和其他外籍人士，但本法另有規定者除外；第三、可以是澳門特別行政區有關部門聘請的擔任顧問和專業技術職務的葡籍和其他外籍人士；第四、可以是例如司機、清潔工人等的初級公務人員。這四種公務人員可以由非永久性居民擔任。<sup>⑥</sup>

① 1987年9月《香港特區基本法起草委員會第五次全體委員們對基本法序言和第一、二、三、四、五、六、七、九章條文草稿的意見匯集》，第50—51頁；李浩然主編：《香港基本法起草過程概覽》（下冊），香港：三聯書店（香港）有限公司，2012年，第885頁。

② 澳門特區中級法院第213/2003號司法上訴案判決，第7頁。

③ 澳門特區中級法院第213/2003號司法上訴案判決，第7頁。

④ 澳門特區中級法院第213/2003號司法上訴案判決，第11頁。

⑤ 澳門特區中級法院第213/2003號司法上訴案判決，第11頁。

⑥ 澳門特區中級法院第213/2003號司法上訴案判決，第7頁。

而表決落敗法官認為《澳門基本法》第99條第1款並非是第97條的例外情況，而是第97條已定出的一般要件的重申。《澳門基本法》第97條的但書並不包括第99條的全部，而僅指第2款和第3款，不包括第1款。<sup>①</sup>換言之，表決落敗法官認為第97條的例外情況指的是第99條後兩款所指的“聘請葡籍和其他外籍人士擔任顧問和專業技術職務”以及這些“人員只能以個人身份受聘”，並非指的是“新工作”的“任用”沒有“永久性居民”的要求。表決落敗法官為何得出如此結論？因為在其看來，如果按合議庭判決的理解，即第99條第1款是作為第97條的例外規定，則不要求其具有永久性居民身份，則導致因國籍不同而出現不同的對待。第99條第1款規定的是“葡籍和其他外籍人士”，無論是“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”，皆意味着排除了中國籍的人士。這顯然違反《澳門基本法》第25條規定的平等原則，相當於給予非中國籍的原有公務人員的超國民待遇。<sup>②</sup>如果這一解讀成立，則顯然是不合邏輯的。因為從立法歷史背景解釋，《澳門基本法》第99條第1款的立法精神是為了解決部分葡籍人士的疑慮，與中國籍的當地人（澳門永久居民）享有平等權利，因此不可能被解讀為給予非永久居民的葡萄牙籍人士同樣是非永久居民的中國籍人士較優惠的待遇。<sup>③</sup>表決落敗法官的意見並非沒有道理，因此接下來進行平等原則的分析。

## 四、任用外籍的原公務人員是否違反平等原則

### （一）何為平等原則

平等觀念與法是同時產生的，平等是法的基本屬性，同時也是法所追求與維護的目標。人類為了獲得人的價值的平等，消除實際上存在的各種不平等的現象進行了長期的努力，從思想到原則、從理論到法律，不斷發現平等價值並不斷擴大平等的範圍。<sup>④</sup>1789年法國《人權宣言》最早以法的形式確定了平等權，明確規定“人生來就是而且始終是自由的，在權利方面一律平等。社會差別只能建立在公益基礎之上”。<sup>⑤</sup>現代各國憲法都普遍規定了平等原則以保障人民的基本權利。所謂平等原則包括以下幾方面的含義：（1）所有公民都平等地享有憲法和法律規定的權利。這有兩種情形：一種是憲法和法律所規定的權利針對全體公民，所以，一切公民都平等地享有這些權利，並在行使權利的過程中受同樣的條件限制。另一種是憲法和法律所規定的權利僅適用於特定的對象，而在這個範圍之內的所有公民都平等地享有這些特定的權利，如選舉權和被選舉權，只有年滿18周歲、沒有被剝奪政治權利的公民才平等地享有。（2）所有公民都平等地履行憲法和法律規定的義務。具體說，憲法和法律所規定的適用於全體公民義務，任何人都必須平等地履行，不應有不履行義務的特殊階級存在。當然，某些特殊的義務僅是對某些特定的群體設定的，所以，平等也僅限於在這個特定的群體之內。（3）國家行政機關、司法機關在適用法律時，對所有公民的合法權益都應平等地予以保護，對所有公民的違法或犯罪行為，一律依法追究責

① 澳門特區中級法院第213/2003號司法上訴案判決，第10頁。

② 參見澳門特區中級法院第213/2003號司法上訴案判決，第8頁。

③ 參見澳門特區中級法院第213/2003號司法上訴案判決，第10—11頁。

④ 胡錦光、韓大元：《中國憲法》，北京：法律出版社，2018年，第196頁。

⑤ 詳見1789年法國《人權宣言》第一條，引自朱福惠、邵自紅主編：《世界各國憲法文本匯編（歐洲卷）》，廈門：廈門大學出版社，2014年。



任，任何組織或者個人都不得有超越憲法和法律的特權。<sup>①</sup>

平等的另一面是禁止歧視，平等權的相對性要求禁止不合理的差別，而合理的差別具有合憲性，即憲法意義上的差別有合理的差別與不合理的差別之分。<sup>②</sup> 如果不承認現實生活中存在的合理的差別，僅僅以平等理念處理各種憲法問題，有可能導致平均主義，混淆平等與自由的界限。<sup>③</sup> 因此需要根據具體情況具體分析，充分衡量基於年齡、性別、語言、文化及生活環境等的差異，在法律或公共政策的規定中有可能出現一些差別，應首先區分合理的差別與不合理的差別。<sup>④</sup>

那麼，如何判定屬於合理差別而不構成歧視？德國聯邦憲法法院（*Bundesverfassungsgericht*，簡稱*BVerfG*）構造了兩步驟審查模式：第一步，考察法律是否將根本上的平等者（相似者）加以不同對待。最為關鍵的就是對“相似者”進行判定，例如，法律規定對於單身母親的孩子給予學費減免政策，此時單身父親的孩子就是“相似者”，而由父母共同撫養的孩子就不是“相似者”；第二步，在判定屬於相似者後，對不同對待的立法應在憲法上被正當化，也即對不同對待的立法進行合憲性審查。包括立法應符合憲法所規定的權限或程序，法律須符合法律保留原則，目的是其是否具有正當性以及是否符合比例原則。<sup>⑤</sup>

## （二）葡籍原有公務人員獲任用是否違反平等原則

在該案語境下，上位法當然是《澳門基本法》而非我國憲法，權利主體當然是澳門特區居民，但上述對平等原則的內容介紹完全是通用的。因此，接下來就進行平等原則的分析。首先，在《澳門基本法》第99條的語境下，葡籍原公務人員與中國籍的原公務人員是否為“相似者”，也即是否為根本上的平等者。結論應該為否，在澳門特區憲制秩序下，中國公民顯然比外國公民更受優待。這體現在很多方面，例如在行政長官、主要官員的任命上僅限中國公民，又如在永久性居民的身份判定上，不要求中國公民以澳門為永久居住地，但對外籍公民有此要求。這亦意味着在特區公務人員“任用”機會上，中國公民必然有不差於甚至優於外國公民的待遇。那如何理解第99條第1款規定的“原澳門公務人員中的……葡籍和其他外籍人士”？

首先，該款目的是否在於排除“原澳門公務人員中的……中國籍人士”？這一問題是回應表決落敗法官意見的關鍵。因為如果目的涵蓋於此，則顯然屬於賦予他國籍人士優於本國籍人士的待遇，這在憲法原理上是完全講不通的，這樣的解讀結論自然是應被廢除的。需要注意的是，此時情況不屬於違反平等原則的情況，因為如上所述，澳門特區作為中國領土組成部分，外國籍人士與中國籍人士不屬於根本上的平等者，中國籍人士在公務人員的“任用”上是不應“屈就”外國籍人士所享受的待遇的。實際上，這一條款的制定是屬於“舉輕以明重”的立法方法，也即如果外國籍人士有此待遇，更何況相同條件下的本國籍人士？

這樣一來，若對第99條第1款作符合憲法原理的解讀，結論為其目的絕對不在於排除“原澳門公務人員中的……中國籍人士”，而在於給予外國籍人士特別是葡國籍人士一定的優惠待遇。這裏的“優惠”不是相當於中國籍人士而言的，而是相對於所有國家地區的通常情況而言的，因為

① 蔡定劍：《憲法精解》，北京：法律出版社，2006年，第242頁。

② 胡錦光、韓大元：《中國憲法》，北京：法律出版社，2018年，第199—200頁。

③ 胡錦光、韓大元：《中國憲法》，北京：法律出版社，2018年，第200頁。

④ 胡錦光、韓大元：《中國憲法》，北京：法律出版社，2018年，第200頁。

⑤ 張青波：《憲法平等原則對立法分類審查的體系性標準——以美國和德國的實踐為參照》，《法商研究》（武漢）2015年第5期，第169頁。

所有國家地區在公務人員的任用條件上有一個“下限”，即須為本國公民。在澳門特區，給予這些外國籍人士被任用為公務人員的機會，超出了通常情況的“下限”，但絕不意味着反而排除了本國籍人士享此機會，這是兩個層面的事情。也即，表決落敗法官所擔心的有違平等原則的考量是不必要的。

其次，還存在一種情形可能使表決落敗法官擔心有違平等原則或者擔心給予外國籍人士特權待遇，那就是非為原公務人員且非為澳門永久性居民的中國籍人士不具有被任用為特區公務人員的機會，但作為原公務人員且非為澳門永久性居民的外國籍人士卻能有此機會。這一擔心應該亦是不必要的。兩者的情況完全屬於不同的層面，前者中國籍人士無此機會的原因是“一國兩制”與“澳人治澳”的政策下將公務人員的任用條件限定為永久性居民。後者外國籍人士有此機會的原因是有利於穩定澳門原有的公共行政工作人員隊伍，鼓勵他們留下來繼續為澳門特別行政區服務，這對實現政權的順利交接、平穩過渡，對確保特區穩定、發展、繁榮具有重要的現實意義。<sup>①</sup>兩者所基於的情況完全不同，不具有可比性，也即不具有違反平等原則或者給外國籍人士特權待遇可言。

## 五、結語

澳門特區成立後，圍繞原有公務人員產生的法律問題多有出現，諸如原有公務人員的退休金、津貼、職位等問題。本文選用一個葡籍原有公務人員在特區成立後任用問題的司法判例，主要涉及《澳門基本法》第97至99條對原有公務人員任用與留用問題的規定。通過梳理澳門公務人員制度、對《澳門基本法》條文的立法考察以及對“任用”、“留用”等概念的辨析，論證該案合議庭判決是合理的。同時，表決落敗法官認為合議庭的解讀違反了平等原則及消除葡萄牙特權待遇原則的擔心也不無道理，僅從《澳門基本法》條文字面解釋確實存在一定的模糊性。但通過對《基本法》條文立法背景的考察、對平等原則的分析以及目的解釋，我們可以得出《澳門基本法》第99條第1款作為第97條一般要件的例外，其制定目的絕對不在於排除“原澳門公務人員中的……中國籍人士”，而是屬於“舉輕以明重”的立法方法，中國籍人士在公務人員的“任用”上是“不差於”外國籍人士所享受的待遇的，也即表決落敗法官的擔心是不必要的。最後，通過該案件的剖析，並結合澳門特區歷史背景、立法過程等深入解讀《澳門基本法》第97條、第98條以及第99條有關澳門原有公務人員任用的法律規定及其條文之間的關係，聚集判例所涉的兩種不同法律意見就相關法律問題展開分析，特別是就涉及中國籍與葡國籍原有公務人員因任用機會而可能帶來的平等與特權等敏感性質疑進行分析，以期完成較為客觀的法律解讀，為未來此類問題的解決提供參考。

[責任編輯 陳超敏]

<sup>①</sup> 楊允中：《澳門基本法釋要》，澳門：澳門特別行政區政府法務局，2003年，第143頁。