

簡評澳門終審法院有關平等原則的兩個判例

李雲舒*

作為現代法治的基本原則之一，平等原則在澳門法律體系中具有重要地位：《澳門基本法》第 25 條規定：“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”；同時，《澳門行政程序法典》第 5 條第 1 款規定：“與私人產生關係時，公共行政當局應遵循平等原則，不得因被管理者之血統、性別、種族、語言、原居地、宗教、政治信仰、意識形態信仰、教育、經濟狀況和社會地位，而使之享有特權、受惠、受損害，或剝奪其任何權利或免除其任何義務。”為了在實踐中落實平等原則，澳門終審法院目前已作出了十餘件有關平等原則的判決，對有關的司法審查標準和審查強度等重要問題做了論述，形成了自己的特色。本文將對這些判例進行梳理，並以美國的司法審查實踐為參照，對澳門的判例進行評析。

一、案情簡介

澳門回歸後，終審法院有關平等原則的判決最早出現在 2007 年(第 07/2007 號、第 40/2007 號判決)，但對平等原則進行了較為全面、深入闡釋的是第 5/2010 號判決和第 33/2012 號判決。這些判決案情基本一致，因此，筆者將主要對第 33/2012 號判決為代表的個人勞動合同聘請護士案(以下簡稱護士案)和第 5/2010 號判決為代表的教育暨青年局聘請的教師晉級案(以下簡稱教師案)進行梳理。

(一) 護士案

2009 年 8 月 17 日頒佈的第 18/2009 號法律將編制內、外及散位護士的薪俸調整時間點追溯至 2007 年 7 月 1 日，但該制度卻不適用於通過個人勞動合同聘請的護士，後者的薪俸調整時間從 2009 年 8 月 18 日開始。

以個人勞動合同聘請的護士向行政長官提出申請，要求對其 2007 年 7 月 1 日至 2009 年 8 月 17 日期間的工資予以調整。2010 年 2 月 22 日，行政長官做出批示，否決了該申請。以個人勞動合同聘請的護士遂對該批示提起撤銷性司法上訴，認為批示違反了平等原則，即違反了報酬平等、薪金平等、同工同酬的原則，歸納起來即為違反了《澳門基本法》第 25 條所確立的平等原則。

(二) 教師案

甲於 1991 年 10 月 11 日被教育暨青年局聘用為中學臨時教師(散位合同)。1997 年 9 月 1 日，甲獲聘為教育局下屬的中葡中學教師(編制外合同)。2008 年 11 月 19 日，經教育暨青年局副局長批示，甲的教師級別被調整為一級第四階段中學教師，附註的生效日期為 2008 年 11 月 11 日。甲對生效日期不服，向社會文化司提出申請，社會文化司司長作出批示否定了甲的申請，甲不服，針對該批示提起撤銷性司法上訴。

教育暨青年局認為：甲 1996 年 1 月 1 日至 2008 年 11 月 10 日期間因病缺勤共計 36 天，根據《澳門公共行政工作人員通則》第 98、134 和 331 條之規定，甲喪失相關天數的在職薪俸。又根據第 21/87M 號法

* 中國政法大學法學院博士研究生

令第5條第2款b項的規定，甲喪失在職薪俸的時間不應計入為晉級所需計算的服務時間。由於扣除上述缺勤天數，甲晉級生效的日期為2008年11月11日。

甲認為，《澳門公共行政工作人員通則》第98條第1款明確規定了每年首三十日的因病缺勤會被扣除在職薪俸，但第98條第2款和第3款亦規定了喪失在職薪俸相應的取回程序和要件。甲36天因病缺勤被扣除的在職薪俸，已根據有關規定全部收回了，故不存在喪失在職薪俸天數的問題，不應適用第21/87M號法令第5條第2款b項的規定。甲認為該規定所指的喪失在職薪俸應理解為“永久性喪失在職薪俸”而非“暫時性喪失在職薪俸”，否則等同於變相不允許教學人員因病缺勤，亦即，僅在無法取回在職薪俸的情況下才可扣除其職稱晉級所需的服務時間。

社會文化司司長的批示並不認同甲的上述見解，其從歷史解釋的角度出發對1985年至2010年的有關規定進行分析，認為立法者在設置在職薪俸取回制度時，不存在扣除晉級所需服務時間與否的想法，不應該將在職薪俸取回制度與晉級所需服務時間扣除制度混為一談。若立法者有意區分“永久性喪失在職薪俸”和“暫時性喪失在職薪俸”的概念，則必會在條文中言明，因為這是有別於一般制度規定的。因此，甲的主張不能成立。

二、判決及理由

(一) 護士案

在第33/2012號判決中，終審法院法官認為：平等原則要求法律(立法行為)平等地對待相同狀態，以及不同地對待不同的狀況。本案中重要的是查明區別對待的兩種情況到底是相同還是不同。如果屬於不同情況，就不違反平等原則。如果情況基本相同，但被以不同的方式對待，則在禁止獨斷方面違反了平等原則。法官從葡萄牙治理時期的有關法律規定着手進行分析，認為編制內、外及散位護士的相關工作制度由法律做出規定，而上訴人(以個人勞動合同聘請的護士)的工作制度則僅依其簽訂的合同而定。因此兩種情況是不同的，立法者作出區別對待屬於“立法自由

裁量權”，並不違反平等原則，上訴理由不成立，從而駁回上訴。

(二) 教師案

在第5/2010號判決中，終審法院認為：實際上是否取回了被扣除的在職薪俸對於本案的討論並不重要。《澳門公共行政工作人員通則》第97條第6款之規定：對於其他一般公共行政人員來說，為了職稱效力須扣除的服務時間是指每一年內因病缺勤超過30日的天數。同時，這也是澳門大學和澳門理工學院的工作人員，包括教學人員適用的制度。於是，針對晉升職稱須扣除的服務時間就出現了兩種完全不同並矛盾的制度。分派於教育暨青年局的教師任一因病缺勤均在年資中扣除，無論是每年1天還是每年100天。而一般公共行政人員和澳門大學、澳門理工學院的工作人員，包括教師，超過30日的因病缺勤才在晉升級別所需計算的服務時間中予以扣除。而這種分別又看不出存在任何合理理由。終審法院遂判令撤銷被上訴行為。

三、評析

(一) “等者等之，異者異之”——澳門終審法院的審查方式

根據上述終審法院的判決內容，我們不難歸納出澳門關於平等原則案件的基本審查公式為“等者等之，異者異之”，即所謂“同等情況同等對待，不同情況不同對待”。具體到個案中，審理的關鍵點在於判斷被不同對待的兩種情況是否真的不同，如果不相同，那麼不同對待合法，如果相同則不同對待違法。那麼，如何查明兩種情況到底是相同還是不同，此種不同是否具有合理理由，法官經常採取縱向或橫向比較法的方法進行判斷。

縱向比較，即系統考量有關制度的歷史沿革與發展變化，如在護士案判決中，法官從葡萄牙統治時期的有關規定入手進行比較分析；橫向比較即將有關制度與類似制度做對比，如在教師案判決中，法官將一般公共行政人員和澳門大學、澳門理工學院的工作人

員，包括教師所適用的制度與案件當事人所適用的制度進行對比。

至於哪些因素可以作為判斷相關狀況在法律上平等或不平等的依據，法官認為需要從法律規範(手段)和其追求的目的之間是否具有足夠的關聯，該關聯是否具有實質性依據進行判斷。至於何為足夠的關聯，何為實質性依據法官並未進一步闡釋。總體而言，澳門終審法院中尚未發展出具有可操作性的審查標準。

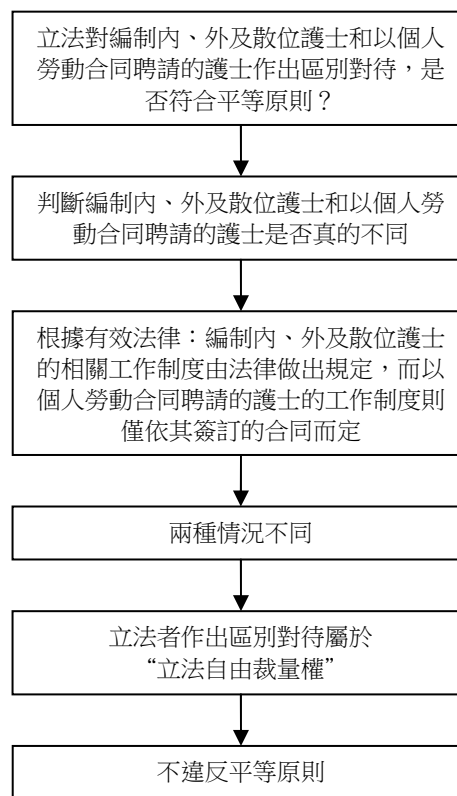
與此同時，澳門終審法院對相關案件的審查強度較弱。¹ 澳門終審法院提出，平等原則引伸出的禁止獨斷理論²，法院對立法僅起消極的監督作用，其作用在於充分尊重立法自由裁量空間的基礎上界定司法監督的權限。因此，僅在立法規定的不同對待沒有依據、不客觀和不合理的情況下，出現明顯的和不能忍受的不平等狀況時才會受到司法譴責。只有那些以不可容忍的方式違反了上述這些原則(包括平等原則)的行政決定才可被司法審查。

(二) 澳門終審法院審查方式可能存在的問題

筆者看來，澳門終審法院的審查思路在基本理念上是沒有問題的，但以“等者等之，異者異之”這一空洞公式配合以縱向、橫向比較的方法，從法律技術上來講，過於“簡陋”，恐難以適應紛繁複雜的現實世界，亦難以為公民權利可預期之保護；更嚴重的是，在具體的案件中有可能陷入循環論證。(見圖 1)

在這個論證過程中，法官的思路存在明顯的循環論證：判決要論證的問題就是立法者對編制內、外及散位護士和以個人勞動合同聘請的護士作出區別對待是否符合平等原則，但在判斷兩者是否相同時，判斷標準居然還是法律規定？！在以此作出“兩種情況不同”的結論後，判決並未深究立法者“異者異之”時的立法目的、立法手段等實質理由，而是認定這屬於“立法自由裁量權”……簡單地說，上訴人要求法院解決的是——“立法者對我區別對待，是否公平？”；而法院在判決書中的回答是——“立法者一直以來就是這麼規定的，我管不着”。如此論證，頗為令人遺憾。

圖 1 法官在護士案中的論證思路



(三) 類型化多元標準——美國平等權司法審查之經驗

美國聯邦最高法院區分涉及經濟自由和公民權利的立法，對具有差別待遇的立法設置三種不同強度的審查標準³，包括：

第一，合理審查標準，三種審查標準裏最寬鬆的一個。只要訴爭法律追求“正當合法的利益”即可，為實現該目的所採取的手段只需與所追求的目的之間具有“合理關聯”即可。在此標準下，只要公權力的形式並非隨心所欲、恣意或有“明顯重大瑕疵”，即可通過憲法的檢驗；至於限制手段與立法目的的關聯性審查方面，只要所選手段確實能夠達成目的即可。⁴ 最高法院在審查有關經濟性、社會福利的立法或其他政府措施時，原則上都採用合理審查標準。審查平等權案件時，最高法院經常強調：如果立法者純粹是有意傷害某一政治上不受歡迎的團體，則此種目的本身根本就不正當。⁵ 像這類“為歧視而歧視”的目的，就連最寬鬆的合理審查標準也通不過。

第二，嚴格審查標準，三重審查標準中最嚴苛

的，所謂“理論上嚴格，實際上致命”(strict in theory, fatal in practice)⁶。法院原則上先審查系爭法律是否為追求“極為重大迫切利益”，而非以合法、正當或重要即為已足；其次審查系爭法律採取的手段是否為實現該目的所“必要且從嚴限縮適用”，手段與目的具有關聯性已不能滿足嚴格審查標準的要求，僅在沒有其他方式可以達成目的，只能採取如此的限制手段時才能被認定為合憲。種族、膚色、原始族裔等被視為平等權案件的可疑分類，一旦出現可疑分類，法院通常將適用嚴格審查標準。嚴格審查標準之所以要求立法目的“極為重大迫切利益”，是因為想要通過如此嚴格的要求，來熏出隱藏在立法文字內部的邪惡立法動機，例如在平等權案件中的偏見、刻板印象或敵意等。⁷

第三，中度審查標準，一般而言會傾向於判定為違憲，但容許較大的個案衡量空間。合理審查標準、嚴格審查標準，往往不是失之過寬，就是失之過嚴，

美國最高法院才發展出具有折衷取向的中度審查標準。法院原則上會先審查系爭法律是否為追求“實質或重要的利益”；系爭法律所採取的限制手段必須與該目的具備“實質關聯”或“緊密契合”的關聯性。⁸ 美國最高法院在處理平等保護案件中有關性別及非婚生子女等(準嫌疑分類)案件時，均適用中度審查標準。此外，涉及外國人的平等保護案件，有時也採取中度審查標準(大部分情況適用嚴格審查標準)；有關優惠性差別待遇的案件，美國最高法院也曾一度適用此種審查標準。

涉及基礎性權利的平等權案件常適用嚴格審查標準，而與社會經濟立法有關的平等權案件則適用合理審查標準。許多平等權案件都會涉及社會經濟立法的差別待遇，例如種族或性別分類的優惠性待遇案件，只要分類標準涉及嫌疑分類或準嫌疑分類，最高法院還是會積極介入甚至採取嚴格審查標準。⁹

表 1 美國聯邦最高法院關於平等權案件的三重審查標準

審查標準	審查依據		系爭政府立法或措施類型	舉證責任	審查密度
	目的	手段			
合理性 審查標準	目的在追求政府正當合法之利益或公共利益。	手段與目的之間具有合理關聯即可。	①一般性分類之立法或措施：基於財產地位、犯罪前科等分類。 ②一般社會經濟立法或措施。	人民負有舉證責任	①寬鬆。 ②適用合憲推定原則。 ③罕見例外違憲。
中度 審查標準	目的在追求政府“重要的”或“實質的”利益或公共利益。	手段與目的間要具有“實質的”或“緊密契合”之關聯。	①“準可疑分類”：如基於性別、非婚生子女之分類。 ②涉及重要性權利：如教育或服公職。	政府負有舉證責任	①中度。 ②不適用合憲推定原則。 ③容許較大的個案衡量。
嚴格 審查標準	目的在追求政府“極為重大迫切”利益或公共利益。	手段與目的之間必須有“必要且從嚴限縮適用範圍”或“完全契合”之關聯。	①“可疑分類”：如基於種族、膚色、族裔之分類。 ②涉及基本權利：如隱私、婦女終止妊娠、旅行。 ③涉及政治性權利：如選舉、結社自由權。	政府負有舉證責任	①嚴格。 ②不適用合憲推定原則。 ③推定違憲，罕見例外合憲。

資料來源：陳文政：《世紀憲法判決——布希控高爾案之分析》，台北：五南圖書出版股份有限公司，2006年，336頁，轉引自：李愷其：《2008 第七屆大法官違憲審查標準之研究——以平等權自由權為中心》，台北：台灣師範大學政治學研究所學位論文，2007年，第48頁。

(四) 比較與借鑒

與美國相比，澳門關於平等權案件“相同情況相同對待，不同情況不同對待”的司法審查模式無疑是單一、膚淺、缺乏可操作性的。澳門的審查標準類似美國最為寬鬆的合理性審查標準。而美國擁有的中度

審查標準和嚴格審查標準，在澳門卻找不到對應。基本權利類型與限制形態是十分複雜的，很難想像澳門法院可以適用同一套(單一)審查標準應對各種各這樣的案件。勉強為之，也很可能流於空洞。美國的多元標準及針對各種權利去發展不同審查標準的類型化

方法，適用起來更為靈活、準確，顯然是值得借鑒的，但各種權利究竟應該適用甚麼樣的審查標準，則需考量自身的法律規範及社會需求。

澳門終審法院將平等原則的作用限定於“消極監督”的範疇，對於立法自由裁量權給予充分的尊重，不管涉及何種權利，只有在行政立法出現明顯的不可容忍的不平等狀況時才予以撤銷。¹⁰ 這與美國對涉及基本人權及基本政治性權利時提高審查標準的做法，明顯不同。筆者認為，澳門司法部門對於立法權力過於克制，應採取更加積極的姿態介入立法，尤其是涉及到基本人權或政治性權利的行政立法。

美國對於平等權案件的司法審查從目的和手段兩個方面着手，而澳門的審查主要表現為對手段的審查，由於充分尊重立法自由裁量權，對目的的審查往往流於形式，因為基本上不會出現立法目的明顯違法的情形。雖然在第 5/2010 號判決書中，也提到了目的和手段之間要有足夠關聯，並且此關聯要有實質性依據，但並未進一步展開。¹¹

澳門將平等權案件的審查重點放在被不同對待的兩類情況到底是否相同上¹²，而美國法院決定平等權案件審查標準的兩大基本因素通常是“分類標準”和“權利類型”。至於分類目的及效果，則是法院在優惠性差別待遇案件中，評價系爭分類是否構成嫌疑分類、及應否放寬審查標準的重要考量因素。上述分類標準、權利類型兩大要素對於美國法院選擇審查標準的影響大致是：原則上法院會先看系爭規定之差別待遇是否涉及嫌疑或準嫌疑分類；如是，則提高

審查標準，而未必會再考量事務領域。因此，即使是在本應該寬鬆審查的社會經濟立法領域，如果立法者採取嫌疑分類，法院還是會適用嚴格審查標準。換言之，嫌疑分類對於法院選擇審查標準的影響力，通常大於權利類型。但如果是準嫌疑分類則未必，例如國防軍事領域事項的嫌疑分類，仍似徘徊在中度和合理性審查標準間。反之，如果系爭政府行為並未涉及嫌疑或準嫌疑分類，此時法院會進而考量系爭分類是否涉及基礎性權利，如是也會據以提高審查標準。簡單地說，美國法院基本上是從寬鬆審查的合理性關聯審查標準出發，而以(準)嫌疑分類和基礎性權利作為提高審查標準的依據。¹³ 如此操作方法，除了有其法院功能與司法審查正當性之考量外，美國法院本身的歷史經驗、美國的種族隔離歷史與社會經驗，也都是影響這套類型化操作方法與結果的重要力量。澳門法院對於平等權案件的審查缺少如此有步驟、有差別的審查方式，基本上所有有關平等權的案件都採取一致的寬鬆審查標準，由於司法審查的消極立場及對立法權的過分尊重，遏制了司法實踐中進一步細化平等權司法審查標準的可能，比如有關優惠性差別待遇的討論，僅在第 40/2007 案中提到了一句。其實，澳門法院受理的有關平等權的案件並不少見，無論是案件爭議焦點直接與平等權相關或是案件處理過程中會涉及到是否侵犯平等權的判斷，如果能適當調整司法審查的立場並借鑒美國司法審查的經驗，相信澳門有關平等權案件的司法審查模式一定會很快地豐富、完善起來。

註釋：

- ¹ 事實上，澳門法院對立法和行政行為的司法審查強度一向較弱。見王凌光：《司法謙抑的倒影——試論澳門回歸後的司法審查》，載於楊允中、饒戈平主編：《“一國兩制”理論的豐富和發展》學術研討會論文集》，澳門：澳門基本法推廣協會，2013 年。
- ² 澳門終審法院 40/2007 號判決認為：“平等原則的保護範圍包括禁止獨斷，即沒有任何合理理由而給予不同的待遇以及對明顯不同的情況給予相同待遇均是不能接受的；禁止歧視，即任何基於純粹的主觀動機或因為這些動機而對市民給予不同的待遇都是不合法的；以及區別的義務，作為機會不均等的補償方式。”
- ³ 張千帆：《美國聯邦憲法》，北京：法律出版社，2011 年，第 261-299 頁。

- ⁴ 黃昭元：《平等權審查標準的選擇問題：兼論比例原則在平等權審查上的適用可能》，載於《台大法學論叢》，2008年第4期。
- ⁵ *Cleburne v. Cleburne Living Center*, 473 U. S. 432, 446-447 (1985).
- ⁶ Gunther, G. (1972). Foreword: In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court: A Model for a Newer Equal Protection. *Harvard Law Review*, Volume 86, Number 1.
- ⁷ *Grutter v. Bollinger*, 539 U. S. (2003).
- ⁸ 黃昭元：《憲法權利限制的司法審查標準：美國類型化多元標準的比較分析》，載於《台大法學論叢》，2004年第3期。
- ⁹ 李愷其：《2008 第七屆大法官違憲審查標準之研究——以平等權自由權為中心》，台北：台灣師範大學政治學研究所學位論文，2007年，第42-47頁。
- ¹⁰ 見澳門終審法院第5/2010號判決書，第34頁。
- ¹¹ 同上註，第33頁。
- ¹² 見澳門終審法院第33/2012號判決書，第18頁。
- ¹³ 同註4。