

# 公共行政當局以合同方式僱用人員時各類合同的適用範圍

鄭錦耀

摘要：現時澳門公共行政當局以合同方式僱用人員的情況普遍，但是使用的合同類型多樣，各類合同應有的不同適用範圍卻鮮見有本地法律學術論文對此進行研究。本文嘗試根據澳門現行法律和法學理論分析不同的合同各自應有的適用範圍，並探討該等合同在現行澳門法律下可能存在著的潛在問題。

關鍵詞：公共行政當局 個人勞動合同 編外外合同 散位合同 行政權

## 一、合同僱用現狀簡述

現時澳門公共行政當局以合同方式僱用人員的情況相當普遍，所訂立的合同類型繁多，主要是編制外合同、散位合同和個人勞動合同三類。根據法律容許公共行政當局與私人訂立合同的規定，除了上述三類合同外本來還有包工合同<sup>1</sup>一類。包工合同的法律制度規定於《澳門公共行政工作人員通則》第29條，從該等條文可見包工合同不會令私人與公共行政當局之間產生職務聯繫，不屬僱用，因此本文無意詳細探討此類合同。本文的研究對象是編制外合同、散位合同和個人勞動合同此三類合同的性質和適用範圍是否有分別，倘有分別的話是怎麼樣的分別。

## 二、三類合同的性質

編制外合同和散位合同都是法定的任用方式，會賦予私人公共職務而成為公共行政工作人員<sup>2</sup>，此等合同的失效或解除亦會引致終止擔任公共職務<sup>3</sup>。根據《行政程序法典》第165條第一款之規定，建立一行政法律關係的合同是行政合同，而行政法律關係是指“以行政法為根據，產生於具體事件的，兩個或者多個法律主體之間的法律上的關係”<sup>4</sup>。根據行政法律關係此一定義進行判斷，編制外合同和散位合同都是以《澳門公共行政工作人員通則》此一行政法為訂立依據，在公共行政當局和私人之間建立工作關係此一具體事件，符合行政法律關係的定義，因此以編制外合同或散位合同與私人建立的關係是行政法律關係，據此我們可以肯定編制外合同和散位合同都屬

---

鄭錦耀，澳門大學中文法律碩士。

於行政合同。個人勞動合同按照澳門的私法勞務關係制度第24/89/M號法令《設立澳門工作關係》訂立<sup>5</sup>，此法律是民法，公共行政當局與個人之間建立的是民事範疇的勞動法律關係，因此個人勞動合同的性質是民事合同。儘管有講者認為個人勞動合同不應不被視為行政合同<sup>6</sup>，因為拘束公共行政當局和私人之間關係的法律是屬於民法範疇的第24/89/M號法令，如本文第4項注釋所述，此觀點已被前審計法院的判決所確認，據《行政程序法典》第2條第四款規定，該法典所訂定之行政活動之一般原則，適用於行政當局實行之所有活動，即使所實行之活動僅屬技術性或僅屬私法上之管理亦然，與私人訂立個人勞動合同時行政機關本身需遵守行政法規定的現象不足以推論出個人勞動合同是行政合同的觀點，而且部分個人勞動合同載明工作者可根據《澳門公共行政工作人員通則》規定之權利義務享有與公務員、服務人員或散位人員(《澳門公共行政工作人員通則》第1條統稱之為“公共行政工作人員”)同等的待遇，正好證明了個人勞動合同不是行政合同，因為合同若不作此記載工作者就不會享有此種待遇，享有此種待遇其實僅源自合同的效力而非源自行政法。

### 三、行政合同和民事合同在僱用人員事務上的適用範圍

從前述的論述可知，澳門公共行政當局僱用人員時使用的合同有兩大類：行政合同(編制外合同和散位合同)以及民事合同(個人勞動合同)。由於編制外合同和散位合同之間的適用範圍已於現行法律中有所規定，本文實質上需要論證的是在僱用人員上，行政合同和民事合同之間的適用範圍是否有分別，以及倘有分別的話，是甚麼分別。

### 四、並非任何職位皆可使用個人勞動合同進行僱用

根據《澳門公共行政工作人員通則》，除法律另有規定外，基本上所有可以藉確定委任方式僱用的職位都能以行政合同(編制外合同或散位合同)方式僱用。而《澳門基本法》第99條亦有規定葡籍和其他外籍人士能以個人身份受聘於澳門特別行政區，擔任顧問和專業技術職務，並對澳門特別行政區負責。然而是否所有可用行政合同(編制外合同或散位合同)方式僱用的職位都能以民事合同(個人勞動合同)方式僱用？以民事合同(個人勞動合同)方式僱用的人員履行職務時身份地位又會否有不同？

以民事合同方式僱用人員的情形在大陸法系地區中其實不算罕見，以德國和法國為例，它們的法律不但容許以民事合同方式僱用人員，學說也持肯定的態度<sup>7</sup>。然而，這不代表在澳門的法律框架下，澳門公共行政當局的任何職位都必然可以用民事合同方式僱用。前審計法院早有判例宣稱個人勞動合同“只可在有關機關的組織法內有預見出現的情況下被接納”<sup>8</sup>，另外第24/89/M號法令第3條第二款規定“本法令不實施於公共行政方面，以及在有關工作關係上受公務員章程所管制的機構或人士”<sup>9</sup>，可知法律原則上禁止公共行政當局用個人勞動合同僱用人員，然而如果某部法律有條款特別規定某一機關可使用個人勞動合同僱用人員(第17/2001號法律核准之《民政總署章程》第24條第一款即屬此情形)，根據“特別法優於一般法”的法理，第24/89/M號法令第3條第二

款的效力就會被“蓋過”，該機關就可以使用個人勞動合同僱用人員；如無此特別法，公共行政當局任何部門都不能以個人勞動合同方式僱用人員。若是法律容許某部門以個人勞動合同僱用人員，有沒有甚麼職位是不可以使用個人勞動合同僱用呢？要解答此問題，首先要瞭解不同的職位是否會引致不能以個人勞動合同僱用的結果。

眾所周知在行政法學上，如果按照達成國家任務的方式或手段區分，行政可以分為公權力行政和國庫行政。公權力行政，是行政主體(機關)基於國家統治權的權力而實行的行政。國庫行政，是行政主體利用私法之方式來達成國家任務的行政。因國庫行政是以私法遂行行政之任務，發生爭訟時是屬於普通民事訴訟程序而非行政訴訟程序<sup>10</sup>。國庫行政多半是用在頻繁性、權宜性及事務性的事務；公權力行政多半是負有管理、支配性質的行為<sup>11</sup>。公共行政當局內某職位的職務內容如果涉及公權力行政，擔任該職位的人員就需要代表公共行政當局行使法律賦予的公權力(一般而言行政活動中的公權力就是指行政權)方能履行其職務，即使職務內容只是很少量地涉及公權力行政亦不會例外，因為始終都需要行使公權力；如若職務內容屬於國庫行政，履行職務就只需代表私法身份上的公共行政當局已經足夠，無需行使公權力。公共行政工作人員在履行職務時是公共實體的成員，所作之行為亦是代表著公共實體，如José Anotónio Pisheiro Torres所言：“行政公職人員不是被視作法律主體，而是行政機關一員，或行政權之化身，即行政職能之具體貫徹執行人，其人與所從事的活動呈有機聯繫”<sup>12</sup>，以編制外合同或散位合同(皆是行政合同)方式受僱用的人員獲賦予公共職務，因此可以擔任職務涉及公權力行政的職位。而以個人勞動合同方式受僱用的人員，他們與公共行政當局之間的關係僅是勞動法律關係，在工作上只能代表到私法身份上的公共行政當局而無法代表公法身份上的公共行政當局，因為代表行政機關身份的資格只受公法調整，任何實體行使公權力的資格只能經行政活動產生，個人勞動合同是民事合同，在締結時公共行政當局僅是民事主體身份，法律地位與私人平等，民事主體無法令另一個民事主體獲得行使行政權的資格。所以只有職務內容屬於國庫行政的職位可以藉個人勞動合同方式僱用，職務內容涉及公權力行政的職位不能通過個人勞動合同方式僱用，如果職位涉及公權力行政的人員是以個人勞動合同方式僱用，有該人員參與的行政活動的效力就有可能出現瑕疵，因為行政活動必需要有行政權才能推行，但參與該行政活動的人員手上沒有公權力。然而透過屬行政合同的編制外合同或散位合同僱用的人員則無此問題，因為以編制外合同或散位合同受僱的人員會取得公共行政工作人員的身份，所作之行為會代表著公共實體。

## 五、相同性質職位但以不同合同方式僱用在法律上可能產生的差別

既然已經論證了屬行政合同的編制外合同或散位合同和屬民事合同的個人勞動合同在僱用人員時的適用範圍有分別(以個人勞動合同僱用只適用於職務內容不涉及公權力的職位)，以及論證了需要有法律特別規定才能以個人勞動合同作為僱用人員的方式，一般法不容許公共行政當局以個人勞動合同僱用人員。接下來就需要研究現時在澳門公共行政當局中相同性質職位以不同合同方式僱用會在法律上產生甚麼差別。

## 六、個人勞動合同受僱人員遵守公務員義務問題

根據《澳門公共行政工作人員通則》第17條第四款，從事私人業務需獲得許可，同條第五款更加規定，除特別法另有規定外一律禁止以自由職業制度從事私人業務。以編制外合同和散位合同受僱的人員負有不得經營副業的義務(包括自行營商或者做兼職)，是基於法律的直接規定而非來自合同條款的效力，然而以個人勞動合同受僱的人員與公共行政當局之間的勞動關係主要是受第24/89/M號法令而非《澳門公共行政工作人員通則》等行政法規調整<sup>13</sup>，在第24/89/M號法令規定之下，除了工作者經營副業會產生與僱主發生競爭作業或者泄露僱主秘密資料<sup>14</sup>的情況外，沒有規定工作者不得經營副業。憑此判斷在法律上以個人勞動合同受僱的人員未必與以編制外合同或散位合同受僱的人員一樣，負有不得經營副業的義務。即使在個人勞動合同上寫上禁止經營副業義務的條款，甚至直接在合同上註明《澳門公共行政工作人員通則》等行政法規經適當配合後候補適用為合同條款，前述問題仍然有可能照樣存在，因為第24/89/M號法令第1條和第5條已規定僱主與工作者之間的一切協議都需要以第24/89/M號法令的規定作為工作者權利的最低保障，僱主提出的工作條件只可高於不可低於該法規定，該法既然只規定在“競爭作業”或者“泄露僱主的秘密資料”兩種情況其中之一是不可經營副業，個人勞動合同設立比第24/89/M號法令嚴厲的工作條件，這些合同條款會否因為抵觸該法令第1條和第5條的強行性規定，以及因《民法典》第287條規定違反強行法之法律行為無效的緣故，而成為無效合同條款不無疑問。而且學說上亦有意見認為除非兼職會發生競業情況或使工作者的勞資能力減損，否則不能在勞動合同中限制兼職；外國立法例中亦有規定不可在勞動合同中絕對禁止工作者兼職<sup>15</sup>，學說和外國立法例都有限制勞動合同制定限制兼職條款的例子，這確實對澳門有參考價值。個人勞動合同是否真的可以如《澳門公共行政工作人員通則》等行政法規般禁止工作者兼職，答案未必是“肯定”。至於自營商業業務的權利是資本主義社會下人人皆有的公民權利，《澳門基本法》第114條亦明文規定保護工商企業的自由經營，此權利是否可以由當事人自由處分，或者在個人勞動合同上予以限制？在個人勞動合同這種性質上屬於民事合同的協議上，要求工作者限制自身公民權利的條款是否有效，是一個值得深究的課題。但本文認為，公共行政工作人員需遵守的那些被規定在《澳門公共行政工作人員通則》等行政法規中的各項義務未必能全數要求以個人勞動合同受僱的人員一體遵守。本文已經論證，《澳門公共行政工作人員通則》等行政法規不能拘束以個人勞動合同受僱的人員，如果該等行政法規是在合同中被引用成為合同條款一部分，此等規範對工作者的拘束力是源自合同效力而非該等行政法規本身能拘束工作者。而且部分特別義務(例如本文前述的禁止經營副業義務)有可能涉及不可自由處分的權利，此等權力可以因法律的特別規定有所克減，故此公共行政工作人員需負有此等特別義務，但以個人勞動合同受僱的人員既不受有關法律約束，合同又不可載有處分不可自由處分之權利的條款，公共行政工作人員需遵守的那些被規定在《澳門公共行政工作人員通則》等行政法規中的義務未必能全數要求以個人勞動合同受僱的人員遵守。

## 七、不服工作表現評核未必能提起行政上訴

現行公共行政工作人員工作表現評核制度由第8/2004號法律、第31/2004號行政法規、以及第272/2004號行政長官批示規定。第31/2004號行政法規第一條規定包括以私法制度受聘的人員在內所有工作人員均受評核制度約束<sup>16</sup>，但評核制度並不是全部都能適用在以私法制度受聘的人員身上：該行政法規第20~23條規定了對評核結果不服的行政救濟渠道，以個人勞動合同受僱的人員其實無法運用該行政救濟渠道。

首先本文先要指出，在包工合同、提供勞務合同的情況下，私人與公共行政當局之間建立的是沒有職務聯繫的民事法律關係，此類人員不能稱為“受聘”，既然不是受聘於公共行政當局，就不在第31/2004號行政法規第1條所指的評核制度適用範圍內，性質上評核制度理應不適用於包工合同或提供勞務合同的服務提供者。雖然提供勞務合同在2006年9月發出的“修改公職法律制度諮詢文件（第二輪諮詢）”中有“帶有勞動關係性質的提供勞務合同人員”一語<sup>17</sup>，但根據《民法典》第1080條及續後條文對提供勞務合同的定義，提供勞務合同是不會帶有勞動關係性質，帶有勞動關係性質的合同不符合提供勞務合同的概念，不是提供勞務合同。“修改公職法律制度諮詢文件（第二輪諮詢）”亦表示在第一輪諮詢中收到的其中一項主要意見是建議“對濫用包工合同及提供個人勞動合同聘請具從屬關係工作者的人員，科以紀律處分，甚至行政處罰”<sup>18</sup>，從中可知現時在公共行政當局中，主流意見是認為以提供個人勞動合同或包工合同方式為公共行政當局提供服務之人員不是受聘於公共行政當局，法律否認“帶有勞動關係性質的提供勞務合同人員”的存在。因此本文傾向認為在提供勞務合同中，私人與公共行政當局之間建立的是沒有職務聯繫的民事法律關係。

如本文先前所述，以個人勞動合同方式受僱的人員與公共行政當局之間建立的關係由第24/89/M號法令調整，因此是勞動法律關係，屬民事法律關係的一種。對評核結果不服的行政救濟渠道規定在第31/2004號行政法規第20~23條，分別是聲明異議和任意訴願，根據《行政程序法典》第145條的規定，聲明異議和行政上訴（任意訴願是行政上訴的一種）只能針行政行為作出<sup>19</sup>，以個人勞動合同方式受僱的人員與公共行政當局的關係既然是民事法律關係，公共行政當局在此民事法律關係中的身份是僱主，法律上是與工作者民事法律地位平等的民事當事人，僱主對工作者的工作表現作出的評分可以按照由第8/2004號法律、第31/2004號行政法規、以及第272/2004號行政長官批示規定之公共行政工作人員工作表現評核制度進行，但評核行為本身並不是行政行為，因為公共行政當局在勞動法律關係只是民事主體的身份，沒有行政權，對工作者的表現作評核的行為不是行政行為，因此工作者即使對評核結果不滿亦無法提起聲明異議或任意訴願，提出訴訟時具管轄權的法院是初級法院而非行政法院。其實根據《民事訴訟法典》第73條對訴之利益的規定，勞動法律關係中工作者針對評核結果向法院提出民事訴訟是否具訴之利益仍有值得討論的空間，如果法院認為工作者不服僱主作出的評核結果此一訴求缺乏訴之利益，以個人勞動合同方式受僱的人員可以對評核結果提出異議的法律途徑就遠不如以行政合同方式受僱人員的豐富。

## 八、結論

法律原則上禁止公共行政當局用個人勞動合同僱用人員，然而如果某部法律有條款特別規定某一機關可使用個人勞動合同僱用人員，根據“特別法優於一般法”的法理，該機關就可以使用個人勞動合同僱用人員，否則公共行政當局任何部門都不能以個人勞動合同方式僱用人員。即使法律容許某機關以個人勞動合同僱用人員，亦只有職務內容不涉及行使公權力的職位才可以藉個人勞動合同方式僱用，職務內容涉及公權力行政的職位不能通過個人勞動合同方式僱用，該人員只能通過委任或屬行政合同的編制外合同或散位合同方式僱用，如果職位涉及公權力行政的人員是以個人勞動合同方式僱用，有該人員參與的行政活動的效力就有可能出現瑕疵，因為行政活動必需要有行政權才能推行，而有部分參與該行政活動的人員手上沒有必須具備的公權力。

### 註釋

- 1 在第87/89/M號法令核准的《澳門公共行政工作人員通則》中還存在著一種“提供勞務合同”，訂立該合同的制度詳見《民法典》第1080條及續後條文。該合同在法律特徵上與包工合同基本沒有分別，而且本地著作亦沒有在闡述澳門公職制度時將“提供勞務合同”獨立出來與包工合同並列（詳見劉高龍、趙國強主編，《澳門法律新論》（中冊），澳門基金會出版，2005年，第341~342頁；何金明，《澳門公職制度概論》，晨輝出版有限公司出版，2003年，第49~57頁），因此雖然兩合同名稱不同，而且《澳門公共行政工作人員通則》第38條第一款(f)項亦將包工合同和提供勞務合同並列，但兩種合同都是適用取得勞務的法律制度，不同的是包工合同需以專用印件訂立而提供勞務合同不需如此，故本文認為兩者其實是同一種合同。
- 2 見《澳門公共行政工作人員通則》第19及21條。本地亦有論者認為以編制外合同和散位合同受僱就已經是擔任公共職務，詳見劉高龍、趙國強主編，《澳門法律新論》（中冊），澳門基金會出版，2005年，第338頁。
- 3 見《澳門公共行政工作人員通則》第44條。
- 4 (德)哈特穆特·毛雷爾著，高家偉譯，《行政法總論》，法律出版社，2000年，第163頁。
- 5 詳見《澳門公職法律制度》，行政暨公職司、澳門印刷署出版，1999年，第124頁中對個人勞動合同的註解。
- 6 何金明，《澳門公職制度概論》，晨輝出版有限公司出版，2003年，第56頁中的第69項註釋。
- 7 詳見(德)哈特穆特·毛雷爾著，高家偉譯，《行政法總論》，法律出版社，2000年，第511頁；王名揚，《法國行政法》，中國政法大學出版社，2003年，第232~233頁。
- 8 同註釋4。
- 9 《澳門公職法律制度》第124頁中對個人勞動合同的註解將該條文翻譯為“本法規不適用於公共行政當局以及其勞務關係受公職通則規範的企業或實體”。
- 10 陳新民，《中國行政法學原理》，中國政法大學出版社，2002年，第17~18頁。
- 11 同上，第21頁。
- 12 José Anotónio Pisheiro Torres，《澳門公職法律關係》，澳門理工學院、行政暨公職局出版，2002年，第14頁。
- 13 詳見劉高龍、趙國強主編，《澳門法律新論》（中冊），澳門基金會出版，2005年，第342頁。從中可知個人勞動合同不單不是行政合同，而且與《民法典》第1079條所述的勞動合同在性質上其實一樣。
- 14 見第8條第一款d項。
- 15 詳見黃越欽，《勞動法新論》，中國政法大學出版社，2003年，第175頁。

- 16 詳見第31/2004號行政法規第1條。
- 17 詳見《修改公職法律制度諮詢文件 (第二輪諮詢) 》第13、19頁。
- 18 詳見《修改公職法律制度諮詢文件 (第二輪諮詢) 》第22頁。
- 19 詳見《行政程序法典》第145條。

#### 參考資料

1. 劉高龍、趙國強主編，《澳門法律新論》(中冊)，澳門基金會出版，2005年。
2. 何金明，《澳門公職制度概論》，晨輝出版有限公司出版，2003年。
3. 王名揚，《法國行政法》，中國政法大學出版社，2003年。
4. Lino Ribeiro，《行政程序課程》，澳門理工學院、行政暨公職局出版，2002年。
5. José Anotónio Pisheiro Torres，《澳門公職法律關係》，澳門理工學院、行政暨公職局出版，2002年。
6. 陳新民，《中國行政法學原理》，中國政法大學出版社，2002年。
7. (德)哈特穆特·毛雷爾著，高家偉譯，《行政法總論》，法律出版社，2000年。
8. Rogério Ehrhardt Soares，《公共行政機關之意義與限制》，前行政暨公職司出版，1997年。
9. Pedro Gonçalves，《行政合同》，前行政暨公職司出版，1997年。

## Scope and Applications of Different Types of Public Sector Employment Contract

Cheang Kam Yiu

It is common for the public sector to employ people using various different types of contract. However, research on the different applications of each type of contract is rare in Macao. In this paper, drawing upon existing laws in Macau and relevant legal theory, the writer analyses the application of different types of contract and explores some potential problems of these employment contracts in the light of the current legal framework in Macao.

#### Key Words:

Public authority, Individual service contract, Contrato alem do quadro, Contrato de assalariamento, Administrative power