

普通法憲政主義之挑戰與可能性

蘇珊·葛雷茲布魯克大法官 (Justice Susan Glazebrook)¹

Tēnā koutou, tēnā koutou, tēnā tatou katoa (謝謝，謝謝，謝謝各位)

按照我的國家的慣例，我以毛利語—紐西蘭/奧特亞羅瓦(毛利語中紐西蘭的國名)的原住民語言一來向各位致意。

我非常榮幸能受邀於今日向各位發表演講，也非常榮幸能參與貴憲法法院的年度學術會議，以及國際法官協會(IAJ)會議的憲法論壇。聽到其他地區的議題並有機會與世界各地的法律專家交換意見，不僅能提升我們對於其他地區和國際秩序的理解，也能提升我們對於本身國內體系的理解。

我受邀來與各位談談我所屬的法院近年來一些最富挑戰性的判決，也就是紐西蘭最高法院，在毛利語中稱為 Te Kōti Mana Nui o Aotearoa(奧特亞羅瓦最高法院)。我特別被請求聚焦於與本次學術會議之主題—「憲政主義的當代挑戰」—有關的案件。

奧特亞羅瓦/紐西蘭的特別之處在於，連同英國和以色列，它是世界上僅有的三個具有常被稱為不成文憲法的國家之一。有些人會說這意味著這些國家並沒有真正的憲法²。但這是太簡化的說法了。

站在奧特亞羅瓦/紐西蘭的立場，它的憲法可見於許多地方³，包括普通法、最高統治者之特權、憲政慣例、制定法(包括英帝國時期的法律⁴和內國法的法律⁵)，以及「懷唐伊條約」(Treaty of Waitangi/te Tiriti o Waitangi)，也就是毛利酋長與英國國王

¹ 奧特亞羅瓦/紐西蘭最高法院法官，國際女法官協會(IAWJ)前任主席。關於國際女法官協會的更多資訊，參見 <www.iawj.org>。本文將於 2023 年 9 月 19 日台灣憲法法院年度學術研討會中報告。謝謝我的助理 Chris McCardle 和我的事務官 Rachel McConnell 對於這篇文章的準備所提供的寶貴協助。關於紐西蘭最高法院，也就是紐西蘭最高層級之法院的進一步資訊，以及關於紐西蘭法院結構的一般性資訊，參見 courtsfnz.govt.nz。

² 例如 Marshall 首席大法官在美國的脈絡中，在 *Marbury v. Madison* 一案中所提出的懷疑。5 US 137 (1803) at 177.

³ Kenneth Keith 爵士所寫的一篇關於紐西蘭憲法的短文，可見於內閣簡介手冊中 (Cabinet Office *Cabinet Manual 2023* at 1–6)。近年一本關於此主題的書籍，可參見 Matthew SR Palmer and Dean R Knight *The Constitution of New Zealand: A Contextual Analysis* (Hart Publishing, Oxford, 2022)。

⁴ 例如，「1988 年帝國法律適用法」確認了某些英國歷史上的法律，如「大憲章」(Magna Carta)和「1688 年權利法案」(Bill of Rights Act 1688)，仍然是紐西蘭法的一部份。

⁵ 例如，「1986 年憲法法案」(the Constitution Act 1986)簡短地陳述了行政、立法與司法的角色；以及「1993 年選舉法」(the Electoral Act 1993)，這部法律規定了與選舉有關的規則，例如國會的任期限制。

於 1840 年所締結的條約。此一條約現在被視為是我國的建國文獻。大部分構成憲法的這些組成部分如今至少是以書寫的形式被記錄，雖然不是被記錄在單一份最高的、具有根本性的憲法文件中。

國會主權是紐西蘭憲法體系的一個根本性原則⁶。這意味著我們單院制的國會可以不受拘束地針對任何主題進行立法⁷。國會主權法則以及奧特亞羅瓦/紐西蘭不具有一份最高的憲法文件的一個後果，就是法院無權推翻立法。法院的職責是在於解釋可被適用的立法以及適用並發展普通法，這是基於紐西蘭是一個普通法的國家。

在這裡值得對於解釋立法的程序做一些評論。我們的「2019 年立法法」(Legislation Act 2019)規定，法律的意義為何，必須從其文本，並有鑑於其目的與脈絡來予以探明⁸。該法亦規定，法律適用於事件發生時的情狀—基本上就是法律的解釋必須回應當代的情況，只要該解釋可以被法規範的用語所涵納⁹。同時，也有被法院所適用的普通法解釋原則¹⁰。

基於以上我關於「懷唐伊條約」之憲法地位的評論，並不令人意外的是，存在有一個針對立法的解釋必須與「懷唐伊條約」一致的原則。

雖然紐西蘭在概念上是一個二元論式的國家(a dualist state)，意即行政機關所簽訂的國際義務，除非被納入立法，否則不會成為紐西蘭法的一部份。然而，同時也存在一個推定，就是國會並無意違背紐西蘭的國際義務，而針對立法的解釋也必須基於這樣的推定。

同樣重要的是合法性原則(the principle of legality)¹¹。這是一個普通法上關於制定法的解釋原則，此一原則之用意在於保護並維護普通法認為具根本重要性或具憲法性質的某些權利和價值。這個原則是獨立於權利法案而存在的。合法性原則在我所屬的法院近年的兩則判決中是重要的，我將於後文中談到。

⁶ 關於法院與國會主權的關係，參見 Andrew Geddis “Parliament and the Courts: Lessons from Recent Experience” in John Burrows and Jeremy Finn (eds) *Challenge and Change: Judging in Aotearoa New Zealand* (LexisNexis New Zealand, Wellington, 2022) 135.

⁷ Philip A Joseph *Joseph on Constitutional and Administrative Law* (5th ed, Thomson Reuters, Wellington, 2021) at 24. 關於這點的判例法，參見例如在此一案件中的論述：*Attorney-General v Taylor* [2017] NZCA 215, [2017] 3 NZLR 24 at [44]. 儘管有些人偶有主張，國會制定與某些基本權相違的法律之權力可能存在有某些限制，國會主權仍是紐西蘭政府體系的一個核心部分。對此進一步的評論，參見 Justice Glazebrook “Comment: Mired in the past or making the future?” in John Finnis *Judicial Power and the Balance of our Constitution* (Policy Exchange, London, 2018) at n 3.

⁸ Legislation Act 2019, s 10(1).

⁹ Section 11.

¹⁰ 參見 R I Carter *Burrows and Carter Statute Law in New Zealand* (6th ed, LexisNexis, Wellington, 2021) at 431–446.

¹¹ 參見 *R v Secretary of State for the Home Department ex parte Simms* [2000] 2 AC 115 (HL) at 131.

作為另一份憲法文件而有其特別重要性，並與立法之解釋相關的，是「紐西蘭權利法案法」(New Zealand Bill of Rights Act)¹²。此法被視為具憲法地位，即便它是一個一般性的法律，可以被國會的簡單多數決所廢除。

權利法案所涉及的大部分是公民與政治權利，其中第五條並規定，權利法案所保障的權利僅在符合法律規定，且在自由和民主的社會中確有正當理由的前提下，方可對其加以合理的限制。

權利法案適用於政府全部三個權力部門¹³。這意味著全部三個權力部門皆有義務維護權利法案。此一責任是被嚴肅看待的。例如，一份關於立法草擬的準則—這份準則由司法部長所指派的一個專家委員會所編製—要求朝向草擬立法之方向進行的政策程序必須確保所提出之法案與憲法原則、紐西蘭法的價值、「懷唐伊條約」，以及權利法案相一致¹⁴。立法也必須是非歧視性的，並且尊重隱私利益¹⁵。

作為一個進一步的保障，權利法案的第七條要求司法部長將一個法案中與權利法案似有不一致的條文提請國會注意。司法部長的這些報告是公開的¹⁶。有些人主張，司法部長報告機制的一個可能缺點是，當一個法案在經過國會立法程序中受到了修改，這些報告並不會有所更新以處理這些改變，而這是與英國不同的¹⁷。

即便有著這些目的為了確保立法與人民權利相符的保障，權利法案仍承認國會主權。其中的第四條規定，任何法院皆不得基於某一法律中的一個法條與權利法案不一致而拒絕適用該法條。

然而，我們的權利法案在第六條規定，針對法律的解釋必須盡可能地與權利法案相一致。我必須強調，在此一脈絡中，法院的角色仍是解釋法律而非修改、廢除，或推翻法律。換言之，權利法案是「一個解釋性的權利法案而非意在推翻[法律]的權利法案。¹⁸」

¹² 參見 Andrew Butler and Petra Butler *The New Zealand Bill of Rights Act: A Commentary* (2nd ed, LexisNexis, Wellington, 2015).

¹³ Section 3(a).

¹⁴ Legislation Design and Advisory Committee *Legislation Guidelines* (September 2021) at 22–40. Available at <www.ldac.org.nz>.

¹⁵ At 37–45.

¹⁶ Available at <www.justice.govt.nz>.

¹⁷ 英國的人權聯席委員會(Joint Committee on Human Rights) 由十二名成員組成，就每一個政府的法案是否與人權相容進行審查。更多的資訊請參見：<committees.parliament.uk/committee/93/human-rights-joint-committee/>.

¹⁸ Stephen Gardbaum “The New Commonwealth Model of Constitutionalism” (2001) 49(4) *The American Journal of Comparative Law* 707 at 728.

紐西蘭法院所擁有最接近推翻立法的能力的，是宣告某一立法與權利法案有所不符的權力。根據最近通過對於權利法案的修正，司法部長必須將關於與權利法案不符之宣告提請國會注意，而之後負責該立法的部長必須準備並進行報告¹⁹，就政府之回應向國會提供建議²⁰。

我認為這就是所謂對話模式的憲政主義(the dialogue model of constitutionalism)²¹，或是 Aileen Kavanagh 教授在一本即將出版的書中所稱的合作模式(a collaborative model)²²的具體實踐。對話模式是以機構之間的對話為基礎，其中法院是藉由其判決—特別是在人權案件中的判決—而對於這個對話做出貢獻²³。Kavanagh 教授將權利保護視為合作性的、機構與機構之間的一種實踐，在其中每一個政府機構在一個動態的嘗試中都必須扮演一部份的角色。

一個[立法與權利法案不一致的]宣告應提交國會的要求也意味著，國會必須決定適當的回應。國會當然有自由不同意法院關於與權利法案是否一致的觀點。例如，國會可以採取這樣的觀點，就是該立法所採取的限制事實上確實符合自由和民主的社會中的正當理由。但即使國會同意該宣告是正確的，基於國會主權的法則，國會也可以決定不採取任何行動來修改或廢除該牴觸權利法案之立法。但是該宣告被提交國會的此一事實，意味著國會有必要面對問題，即使國會決定採取這樣的行動方式。這是與合法性原則相符的。

最後，我要提及另一個與國會主權有關的方面。這就是國會—由於具有至高性—可以通過立法來否決其所認為錯誤的法院判決，雖然依照慣例，國會在這麼做時，不能剝奪勝訴的當事人勝利的果實。

在這個關於紐西蘭憲法的簡單介紹之後，我想要首先討論一個涉及不一致宣告的最高法院近期判決。然後，我將討論兩個關於透過解釋使立法與權利相符的案件，最

¹⁹ 紐西蘭 1990 年權利法案法，s 7A.

²⁰ Section 7B.

²¹ 參見 Peter W Hogg and Allison A Bushell “The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn’t Such a Bad Thing after All)” (1997) 35(1) Osgoode Hall Law Journal 75. 我要指出，在 Hogg 和 Bushell 發表他們原本的文章之後，加拿大的立場已有所改變，加拿大權利憲章如今具有一個最高之法的地位：參見 Peter W Hogg, Allison A Bushell Thornton and Wade K Wright “Charter Dialogue Revisited: Or “Much Ado About Metaphors”” (2007) 45(1) Osgoode Hall Law Journal 1.

²² Aileen Kavanagh *The Collaborative Constitution* (Cambridge University Press, Cambridge, forthcoming).

²³ 在像紐西蘭和英國這樣權利法案不具至高性的國家中特別是如此。但是此一理論也在這些國家之外，以一個抽象的模式而存在。關於司法審查的「對話性」理論的一般性討論，參見 Rosalind Dixon *Responsive Judicial Review: Democracy and Dysfunction in the Modern Age* (Oxford University Press, Oxford, 2023).

後則討論一個關於 *tikanga* (毛利習慣法) 在紐西蘭法中之地位的近期判決。如同我之後將說明的，所有這些案件皆具有憲法元素。

第一個案件是在 2019 年作成的 *Taylor* 案²⁴。此一上訴涉及一個禁止所有受刑人投票的禁令，這個禁令是在 2010 年修正通過的。在這次修法以前，只有長期刑受刑人會被剝奪投票權。高等法院曾做過一個正式的宣告，指出 2010 年的修法是與權利法案第十二條所保障的投票權不相符的。最高法院在本案中所處理的問題是，在承認剝奪所有受刑人的投票權是有悖於權利法案的情形下，法院是否具有做出此一宣告的管轄權。

最高法院之多數認定，此一權力是存在的，主要是因為當立法違反權利法案時，沒有其他的有效救濟方式²⁵。多數意見並未接受司法部長的主張，其聲稱不一致的宣告是與司法的功能不相合致的。對於權利與地位做成宣告是法院職責的一部份，並且提供一個關於受刑人權利與地位的正式宣告是有其實用性的²⁶。

這意味著，對於受刑人投票之拘束是與權利法案不一致的宣告被維持了。當然，這並未對該立法的有效性造成影響；該法仍持續適用使受刑人的投票權受剝奪。

在 2020 年，有一個進一步的發展，即「懷唐伊法庭」(the Waitangi Tribunal)發布了一個關於受刑人投票的報告²⁷。該報告發現，禁止受刑人投票對毛利受刑人造成了不成比例的影響，因此這一禁令是與懷唐伊條約不一致的。懷唐伊法庭指出，在獄中的毛利受刑人在比例上極其過多，並且在 2018 年，毛利受刑人有 11.4 倍的可能性，比非毛利受刑人更容易從選舉名冊中被移除²⁸。

2020 年六月，立法上有了一個回應，恢復了刑期為三年以下之受刑人的投票權²⁹。最高法院在 *Taylor* 案宣告必須提請國會注意修法的做法比權利法案的修正更早，但儘管如此，我認為本案可被視為是在實際發生中的對話過程或合作過程的一個展

²⁴ *Attorney-General v Taylor* [2019] 1 NZLR 213, [2018] NZSC 104.

²⁵ 主要的多數意見判決是由 Ellen France 大法官所撰寫，我加入了她的判決。當時的首席大法官 Elias 大法官，大部分同意該判決理由。

²⁶ 例如，當一個依據公民與政治權利國際公約(第一)任擇議定書而向聯合國人權委員會提出之申訴被提出時，在這樣的情形中，一個[不一致的]宣告可能會是有用的。

²⁷ 懷唐伊法庭是一個常設委員會，依據懷唐伊條約來調查官方與毛利人的關係。毛利人可就官方違反該條約而提起申訴。其後懷唐伊法庭可就所提出之申訴做出(通常是不具拘束性的)建議和決定。該法庭之決定和進一步的資訊可見於<www.waitangitribunal.govt.nz/>.

²⁸ *Waitangi Tribunal Te Aha I Pērā Ai? The Māori Prisoners' Voting Report* (Wai 2870, 2020) at viii. Available at <www.waitangitribunal.govt.nz/publications-and-resources/waitangi-tribunal-reports/>.

²⁹ Electoral (Registration of Sentenced Prisoners) Amendment Act 2020.

現，雖然在這個案例中，受刑人投票權的恢復可能也與更廣泛的政治層面的發展有關係³⁰。

我們現在轉到針對立法之解釋的議題，我首先討論 *Fitzgerald* 案³¹。在那則案件中，最高法院審酌了在當時所謂的「三振出局」科刑制度(‘three strikes’ sentencing regime)之下所判處的一個刑期的有效性。在那時相關的法條是「2002 年科刑法」(Sentencing Act 2002)的第 86D 條，該條文要求曾犯過三次特定的暴力犯罪(包括猥褻襲擊)的人，其第三次犯行應被處以最高刑度。

當三振出局制度的法案首次於國會中被提出時，司法部長準備了一份基於[權利法案]第七條的報告，報告結論認為此一法案似與權利法案不一致³²。司法部長的看法是，對於犯罪者的不同對待可能會導致在犯罪者之間形成一種非以理性為基礎的不平等。他也認為，此一制度可能會導致在科刑上極為不合比例的情形。在國會的立法程序中，此一制度受到了一些修改以回應司法部長的擔憂。然而，如以上所指出的，在國會立法討論進程中，司法部長的報告並沒有因應討論改變而同步更新。

回到 *Fitzgerald* 先生的案件。他所遭到判刑之犯罪的情事如下。*Fitzgerald* 先生靠近兩名沿著街道行走的女士，用手臂抓住其中一人，把她拉近自己並試圖親吻她。她轉了她的頭因此那個親吻落在她臉頰上。當時另一名女性也受到了連帶的襲擊(她去幫助她的朋友時被推開)，但此一行為與三振出局科刑制度無關，因為普通襲擊(common assault)並不被該科刑制度所涵蓋。

Fitzgerald 先生患有長期且嚴重的精神疾病，而這一事實是重要的。他曾有幾次因此而住院，但除此之外是在社區裡接受治療。判刑的法庭指出，他精神方面的問題致使其犯行具有衝動性。

Fitzgerald 先生因該親吻而被判定構成了猥褻襲擊的犯罪。他過去曾兩度因猥褻襲擊而遭定罪，並在那兩次被定罪時遭判處短期的刑期。因此，現在的這個事件是他的「第三個好球」(third strike)。雖然對受害者來說非常痛苦，但判決的法官同意，這次企圖親吻屬於猥褻襲擊的「輕微類型」(“at the bottom end of the range”)，若單獨論處，通常並不會被判處監禁刑³³。儘管如此，判決的法官認定，由於這是 *Fitzgerald* 先生的「第三個好球」，因此必須就這次親吻行為判處最高刑期七年的徒刑。

³⁰ 該法是於 2010 年由第五次國家黨政府(the Fifth National Government)所通過，並在 2020 年由第六次工黨政府(the Sixth Labour Government)所廢除。

³¹ *Fitzgerald v R* [2021] NZSC 131, 1 NZLR 551.

³² Christopher Finlayson *Report of the Attorney-General under the New Zealand Bill of Rights Act 1990 on the Sentencing and Parole Reform Bill* (18 February 2009).

³³ *R v Fitzgerald* [2018] NZHC 1015 at [21].

最高法院一致認定，對於 **Fitzgerald** 先生所判處的徒刑違反了權利法案第九條，該條規定：「每個人都有權利免於酷刑或殘忍的、有辱人格的，或不成比例的嚴厲對待或處罰。」這意味著，七年的刑期遠遠超出了過度處罰的範圍(過度處罰並不會有涉及第九條的問題)，並且會使一般妥善知情的紐西蘭人之良知感到震驚。

第九條並不是一個容許合理限制的權利，亦即這裡不會有涉及權利法案第五條之適用的問題。

最高法院的多數³⁴認定，當國會制定三振出局科刑制度時，國會並未意圖要求法官判處違反權利法案第九條和紐西蘭國際義務之徒刑。在得出這個結論的論證過程中，多數意見提及了立法史以及第九條本身的性質³⁵。

有鑑於此，法院多數認為，有可能且有必要解釋第 86D(2)條，使其不要求判處會違反第九條的刑罰。因此，本案相關的條文，即第 86D 條，被解讀為包含一個非明示的限制，亦即依據本條所判處的刑罰不能違反權利法案第九條之規定。

Fitzgerald 先生的案件被發回做成判決的法官，使其在依照一般的科刑原則並考量他重大的精神方面的問題的情況下，重新科刑³⁶。

William Young 大法官在他的不同意見書中雖然同意該科刑違反了權利法案第九條，也接受合法性原則曾被使用來限縮使用一般用語之條文的適用範圍，但認為 86D 條是「極為明確的」，因此法院多數所採的路徑是站不住腳的³⁷。他以此來做為他的不同意見的結論：「我對第 86D 條的理解是，它所說的就代表它的意思。³⁸」

我對於這個案件有幾點看法。第一點是，最高法院所採納的主張是最高法院本身提請當事人注意的。在當事人進行主義制度(adversarial system)下，關於法院何時適於提出當事人所並未提及的主張，存在著一些辯論。我的看法是，終審法院有責任將可能被採納的論點提醒當事人，因為終審法院必須確保其判決是與法律相符的，特別是在刑事案件中。因此終審法院必須提醒當事人注意那些與結果可能有關，但尚

³⁴ 本案有三份不同的多數意見判決：**Winkelmann** 首席大法官、**Glazebrook** 大法官，以及 **O'Regan** 大法官和 **Arnold** 大法官的共同意見。

³⁵ 雖然國會反對黨議員所提出將輕微犯罪排除於此一科刑制度之外的修正案遭到否決，負責的部長亦承認，提出合適的控訴是很重要的。部長解釋說，內閣已經決定採取一個程序，將所有三振出局的起訴送交政府首席律師進行審查。這似乎意在作為一種過濾的機制，以使只有符合制度目的(嚴重暴力犯罪)的案件會在該制度的涵蓋範圍之內。參見 **O'Regan** 大法官和 **Arnold** 大法官於第 200 段的討論。

³⁶ **O'Regan** 大法官、**Arnold** 大法官和我認為，一旦科刑被撤銷，**Fitzgerald** 先生應該在一般科刑原則之下受處遇。**Winkelmann** 首席大法官則認為，第 86D 條增加了一個判刑的原則，就是受到此一制度所涵蓋的累犯行為，應被視為是嚴重的且值得予以嚴厲回應，只是所做出的回應不得違反權利法案第九條。

³⁷ *Fitzgerald v R*, above n 31, at [328] per **William Young J.**

³⁸ At [332].

未被提及的主張。當然，前提仍然是當事人被賦予機會以對於新的主張做出評論，並且這些主張也可以基於法庭上的證據而公正地被回應³⁹。

第二點是，法院多數意見(除了首席大法官之外，因她主要是依據權利法案第六條)即使依照一般的實定法解釋原則和方法，也可以到相同解釋結果。這包括檢視國會之目的，以及運用合法性原則來限縮條文適用的範圍，或是透過解釋在條文中增加一個限制，以清楚表明該條文並不蘊含那些與權利法案第九條相違的懲罰。如首席大法官在她的判決意見書中所指出的，這些乃是密切相關且普遍被採用的實定法解釋方法。

第三點是，持少數意見的大法官以及一些論者批評，多數意見將語意伸展至超出了單純解釋的範圍。這個問題在權利法案的第六條，一直是一個具有爭議的議題，而在英國針對他們的「人權法案」(Human Rights Act)之解釋有關的判決中，此一問題也特別具有爭議性⁴⁰。

*D v NZ Police*⁴¹也是一則值得提及的最高法院之近年案件，因為這則案件涉及了一些與前述有關的議題。本案涉及一個法律，該法律容許一個因犯了符合某些條件的性犯罪而被判處非監禁刑的人，被列入性犯罪者名冊中⁴²。D 先生是在此一法律生效之前犯了一個符合條件的犯罪，但卻是在法律生效之後才被定罪並判刑。

本案例中法院的多數意見適用了合法性原則並認定，該法律欠缺明文排拒適用「量刑法」(Sentencing Act)中和權利法案第 25(g)條規定的推定禁止溯及處罰。這意味著，在 D 先生的案例中，是不應該做出列入名冊的命令的。

持少數意見的大法官，即 William Young 大法官和我，則認為對於該法唯一可能的解釋，就是該法於法律生效之後向將來適用於因符合條件的犯行而被判有罪，且在該法生效後被判處非監禁刑的人，至於其犯罪行為是什麼時候發生的則非所問。

作為機構與機構之間對話的進一步例證，在 2021 年 3 月 22 日，總督批准了「2021 年兒童保護(兒童性侵害犯罪者政府機關登記)修正法案」(Child Protection (Child Sex Offender Government Agency Registration) Amendment Act 2021)。此一法案中相關的

³⁹ 在本案中，雙方當事人被給予機會以針對法院所提起的新論點提出意見。他們也這麼做了，但並未請求進行另外的言詞審理。

⁴⁰ 參見例如 Andrew Geddis and Sarah Jocelyn “Is the NZ Supreme Court Aligning the NZBORA with the HRA?” (1 December 2021) UK Constitutional Law Association <ukconstitutionallaw.org>. 也請參見這篇文章中的討論：Claudia Geiringer “It’s Interpretation, Jim, But Not As We Know It: Ghaidan v Mendoza, the House of Lords and Rights-Consistent Interpretation” (2005) 3(6) Human Rights Research 1.

⁴¹ *D (SC 31/2019) v New Zealand Police* [2021] NZSC 2, [2021] 1 NZLR 213.

⁴² 兒童性侵害犯罪者名冊是不公開的。其資訊可以由警方和矯正機構之人員經獲授權而取得，並且可為了維護公共安全之利益而提供給某些政府機關。為了安全之利益，警方和矯正機構之人員有時會被授權將資訊提供給第三方。

條文明確指出，該法案乃是為了填補在 *D* 這則判決中被指明出來的一個缺口⁴³。此一法案規定，相關的條款對於那些在 2016 年 10 月 14 日以前犯下符合條件之犯罪，並在 2016 年 10 月 14 日當天或以後被判有罪的人，亦有適用性。

我對 *D* 和 *Fitzgerald* 這兩則案件的評論是，這些案件表明，關於解釋(可允許的)和「立法」(不被允許的)之間的適當界線為何，理智的看法可能存在差異。

你們有些人可能會想知道 *Fitzgerald* 先生後來發生了什麼事。當他的案件再次回到判刑的法官那裡時，他被判處六個月的有期徒刑。但他先前因猥褻襲擊而被判處七年期，當時已為此而在獄中服了四年的刑期。在獲釋後，*Fitzgerald* 先生申請賠償他在獄中所度過之多餘的時間。高等法院判決 *Fitzgerald* 先生應獲賠 450,000 元⁴⁴。此一判決已被上訴至上訴法院，而上訴之審理將於八月初進行。由於這則案件可能會來到最高法院，對於這則案件我不再做進一步的評論。

至於「三振出局」的法律，國會其後通過了「2022 年三振出局法廢止法案」(*Three Strikes Legislation Repeal Act 2022*)。此一廢止與目前的政府在 *Fitzgerald* 案之前的政策立場是一致的。但廢止此法的部分明示動機是，高等法院、上訴法院和最高法院已發現，在該制度下判處的刑罰違反了權利法案⁴⁵。因此，這又可以看作是對話模式或合作模式的憲政主義的一個例子。不過，為了說明上的完整性，我需要指出，在 *Fitzgerald* 案中最高法院並未就「三振出局」之立法整體而言是否違反了權利法案做出任何裁決。最高法院的判決乃限於因該法律的適用而導致科處的刑期違反了權利法案第九條之規定的情形；多數意見認定，這樣一種違反權利法案第九條之科刑，事實上並非該法之目的。

對於法院在維護權利法案上的角色，我有一點最後的想法。在我看來，法院所扮演的角色中，沒有任何事比維護在紐西蘭之人的權利—特別是少數族群或弱勢群體的權利—更為重要。

然而，毫無疑問的，法院在宣告不一致方面所扮演的角色可能會導致立法機構與司法機構之間的緊張關係。同樣的，在解釋立法使之與權利法案、*懷唐依條約*，和國際法律文件相符的情形中，這樣的情形也會發生⁴⁶。

⁴³ *Child Protection (Child Sex Offender Government Agency Registration) Act 2016*, sch 1, s 5. 此一修法是在除了一個政黨以外的所有政黨支持之下，緊急通過的。

⁴⁴ *Fitzgerald v Attorney-General of New Zealand* [2022] NZHC 2465, [2023] 2 NZLR 214.

⁴⁵ (9 August 2022) 761 NZPD.

⁴⁶ 另一個重要的領域是對於行政機關之行為的司法審查，但這已超出本篇文章的範圍。對此的廣泛概述，請參見 *Joseph*，前註 7，第 22-26 章。

然而，權利法案仍是立法機構通過的。這意味著當司法機構在審理與權利法案有關之事項時，其乃依照國會所通過之法律來行動。我也要指出，是行政機關簽署了各種人權條約，這些條約在國際法下對紐西蘭具有約束力。

第二點是，在任何體現某種形式的權力分立的政府體制中，都不可避免地會存在緊張關係。只要這種緊張關係是處於邊緣地帶，並在相互尊重和理解政府各部門之角色的氛圍中得到處理，那麼這就是健康的，並且也是一個正常運作的系統的標誌。

第三點是，毫無疑問的，司法機構在某些案件中應展現謙抑，至少在那些涉及各機構之專業能力或結構性限制的領域中。法院的角色乃是就它們所面對的個別案件作成決定，這意味著它們更適合於依照普通法之方法來進行法律的逐步發展。法院不是進行涉及政策選擇之廣泛改革的最佳場所，這樣的政策選擇更適於由行政和立法機構來進行評估。

我現在轉向我的最後一個主題：在紐西蘭法律中毛利傳統法（tikanga Māori）的角色。我討論這個題目不僅是因為其本身所具有的重要性，也是因為它對於普通法憲政主義之概念的重要性。有些其他地區能夠將對於原住民法律的尊重載入最高之法的文本中。例如，南非憲法明確承認習慣法以及傳統領導者的角色，並要求法院以憲法和其他立法的約束為限，適用習慣法⁴⁷。而紐西蘭不同的憲法架構意味著，毛利傳統法需要循一個不同的路徑來獲得承認。

毛利傳統法（Tikanga）比西方意義上的「法律」範圍更廣。它是一個涵蓋生活所有層面的整體性原則系統。它包含「所有毛利社群所認同的價值、標準、原則或規範，以決定何為適當的行為。⁴⁸」它由實踐與原則共同組成，並且本質上是關係性的和集體性的⁴⁹。

自 1840 年以來，傳統法一直是紐西蘭普通法的一部分，並且這樣的情形從未停止。與此相關的是，毛利傳統法在歷史上甚至曾被適用於那些不涉及毛利人的爭議。例如，在 1910 年的 *Baldick v Jackson* 案中——此案涉及一個關於鯨魚屍體的爭議——當時的首席大法官拒絕了英國法上關於鯨魚是主權者之財產的原則，認為由於懷唐依條約的保障，並且認為由於毛利人捕鯨，因此該英國法上原則在紐西蘭並不適用。該爭議的兩造當事人皆不是毛利人⁵⁰。

然而，儘管傳統法在紐西蘭法律中（特別是在毛利人的生活中）持續存在多年，它在紐西蘭那些源自英國並具主導性的法律與政治機構中，經歷了被邊緣化的情形。

⁴⁷ 南非共和國憲法，第 211 條至第 212 條。

⁴⁸ *Ellis v R* [2022] NZSC 114, [2022] 1 NZLR 239, Appendix: Statement of Tikanga at [26].

⁴⁹ 參見 *Ellis*, Appendix: Statement of Tikanga.

⁵⁰ *Baldick v Jackson* (1910) 30 NZLR 343.

此一情形在近來有顯著的改變⁵¹。當代立法的實踐是，將傳統法之原則納入許多的法規範中，只要在這些法規範中傳統法被認為是具相關性的。這包括了「1991年資源管理法」(Resource Management Act 1991)，這是我們主要的環境和土地規畫的立法，此一法律也明文提及了懷唐依條約。傳統法的原則現在也被納入了許多公共機構或私立機構的政策中⁵²。此外，法學教育協會(Council of Legal Education)最近也決定，傳統法必須被融入大學法律教學的所有面向中⁵³。最後，法律委員會(Law Commission/Te Aka Matua o te Ture)正在製作一份詳細的研究論文，檢視毛利傳統法及其在奧特亞羅瓦/紐西蘭的法律面貌中的地位。

以上所述的背景乃是，傳統法被許多人認為是受到懷唐依條約—奧特亞羅瓦/紐西蘭的建國文獻—的第二條所保護的。對傳統法的保護也是紐西蘭在「聯合國原住民族權利宣言」之下的義務，特別是第34條。

最高法院過去至少在三個案件中有機會考慮毛利傳統法在法律中的地位，但不是以一種全面性的方式來進行⁵⁴。對傳統法以及法律進行更深入之檢視的機會，是在一個相當不尋常的脈絡中出現的。

現在我來到我的最後一個案例，即 *Ellis*。1993年，Ellis先生因七名兒童受害者的控訴，而遭判對於這七名兒童犯下了性犯罪。兩次上訴至上訴法院在很大程度上都不成功⁵⁵。一份部長調查報告也指出這些定罪並非不可靠⁵⁶。

2019年，Ellis先生就其定罪向最高法院聲請上訴許可，並請求延長時間以提出他的許可聲請⁵⁷。兩項聲請皆獲准許。然而，在他的上訴進行審理之前，Ellis先生過世了。在他過世以前，他曾表示希望他的上訴繼續進行審理，因此他的兄弟提出了一份聲請，以請求允許該上訴繼續進行。

⁵¹ 關於近期發展的概述，參見 Natalie Coates “The Rise of Tikanga Māori and Te Tiriti o Waitangi Jurisprudence” in John Burrows and Jeremy Finn (eds) *Challenge and Change: Judging in Aotearoa New Zealand* (LexisNexis New Zealand, Wellington, 2022) 65.

⁵² 參見例如，Te Puni Kōkiri | Ministry of Māori Development *Te Hanga Whanaungatanga mō te Hononga Hāngai ki te Māori | Building Relationships for Effective Engagement with Māori* (October 2006) accessible at <www.tpk.govt.nz>. 亦請參見 Te Arawhiti | The Office for Māori Crown Relations *Guidelines for engagement with Māori* accessible at <www.tearawhiti.govt.nz>; New Zealand Petroleum & Minerals *Best Practice Guidelines for Engagement with Māori* (August 2014) accessible at <www.nzpam.govt.nz>; and Waka Kotahi | NZ Transport Agency *Hononga ki te Iwi // our Māori engagement framework* accessible at <www.nzta.govt.nz>.

⁵³ New Zealand Council of Legal Education “Te Ao Māori and Tikanga Māori” <www.nzcle.org.nz>.

⁵⁴ *Takamore v Clarke* [2012] NZSC 116, [2013] 2 NZLR 733 at [150], [164] and [94]; *Trans-Tasman Resources Ltd v Taranaki-Whanganui Conservation Board* [2021] NZSC 127, [2021] 1 NZLR 801 at [169], [296]-297 and 332, 237; *Cowan v Cowan* [2022] NZSC 43 at [38] and [67].

⁵⁵ *R v Ellis* (1994) 12 CRNZ 172 (CA) (Cooke P, Casey and Gault JJ); *R v Ellis* (1999) 17 CRNZ 411 (CA) (Richardson P, Gault, Henry, Thomas and Tipping JJ);

⁵⁶ Thomas Eichelbaum *The Peter Ellis Case: Report of the Ministerial Inquiry for the Hon Phil Goff* (Ministry of Justice, Wellington, 2001).

⁵⁷ *Ellis v R* [2019] NZSC 83.

最高法院因此必須考慮，Ellis 先生去世後，其上訴可否繼續進行。在針對這個問題所進行的首次聽審中，最高法院的成員問及，傳統法是否能對法院在這個問題上作出結論提供任何幫助。這個問題被提出來是很具有意義的，即便 Ellis 先生和—就法院所知—原告中的任何一人皆非毛利人。

雙方當事人請求延期審理，使他們能就傳統法之議題準備意見書。他們決定與毛利傳統法專家舉行一次“wānanga”（會議），並將該“wānanga”的報告提交給法院。該報告—附於法院的判決書中—詳細的考慮了傳統法在奧特亞羅瓦/紐西蘭之法律中的地位，以及傳統法在系爭案件中的應用。雙方當事人隨後提出了詳細的附加意見書，然後我們舉行了第二次聽審。

法院的多數大法官決定上訴應該繼續進行，而對於其中兩位大法官（Winkelmann 首席大法官和 Williams 大法官），毛利傳統法是其論證中的一個重大要素⁵⁸。作為另一位多數意見的大法官，我認為傳統法可能具有影響，但其並未改變關於上訴人死亡之後，上訴可否繼續進行的檢驗標準。

就著允許上訴繼續進行，多數大法官認為上訴的理由堅實，並且公共利益之因素意味著，上訴繼續進行是符合關於正義的利益的。多數大法官意識到，此一上訴所會帶給原告及其家人的額外壓力。然而，鑒於公益的程度以及法院過去已曾許可上訴的此一事實，多數大法官認為若不容許上訴繼續進行，將無法給原告帶來一個終局結果。

O'Regan 大法官和 Arnold 大法官則反對上訴繼續進行。對於他們來說，原告及其家人的利益比其他一切考慮因素都更重要。

關於較為一般的問題，這一問題已經過充分的辯論，即毛利傳統法在紐西蘭法中的地位，最高法院一致認為，傳統法一直且將來也會繼續在奧特亞羅瓦/紐西蘭法的發展中受到承認，只要在其有相關性的情形中。法院也同意，由於其已被整合進入法律和規範中，因此傳統法構成了紐西蘭法的一部份；並且傳統法也可能是在裁量權行使時一個相關的考慮因素。傳統法也被整合進了公共機構的政策和程序中。

多數意見的大法官則更往前一步。他們認定，殖民時期用以判斷習慣法可否受承認的標準—該標準要求習慣必須符合各種的條件，才能被視為是普通法的一部份—不再繼續適用⁵⁹。這些要求中的其中一項是，習慣必須是確定且一致的，才能受到承認。我評論說這與毛利傳統法的本質不符—毛利傳統法的一個優勢在於它能適當地

⁵⁸ *Ellis v R*, above n 48. 本案有三份不同的多數意見判決書：Winkelmann 首席大法官之意見書、Glazebrook 大法官之意見書，以及 Williams 大法官之意見書。Arnold 大法官撰寫了一份他和 O'Regan 大法官的少數共同意見書。在判決的第 1 至第 23 段處，有一個概要說明。

⁵⁹ Glazebrook 大法官意見書，第 113-116 段。其他持多數意見之大法官也同意這點：Winkelmann 首席大法官意見書，第 177 段；Williams 大法官意見書，第 260 段。

適應於新的情況和地方的情形。我也認為，關於一個習慣必須是合理的且與正義和道德不相牴觸的舊要求，是本於殖民主義時期的態度，這樣的態度是另一個時代的產物。

多數意見大法官無意重新形塑將傳統法包含於普通法中及其在普通法中之適用的標準。多數意見大法官僅表示，傳統法是奧特亞羅瓦/紐西蘭之普通法的一部份。這所意味的是什麼，將會在往後依照一般普通法之逐漸發展的方法，以逐案的方式進行闡明。

因著許多原因，*Ellis* 判決顯然是一個具有重要意義的判決，但我想特別聚焦於它在憲法層面的影響。

普通法憲政主義對於在紐西蘭法中傳統法所具有之地位，既提出了挑戰也帶來了益處。一方面來說，普通法憲政主義容許關於憲法之來源的廣泛承認。普通法法官已經從成文和不成文的來源中汲取了藏於其內的豐富原則和價值。因此，在這個概念架構中，憲政架構並不阻止他們運用傳統法。的確，一個以價值為基礎的普通法憲法（雖然它的價值可能會與傳統法之價值有所不同）比起一個根本性的、作為最高之法的憲法，可能可以更容易地容納傳統法之方法；一個根本性的、作為最高之法的憲法可能不具有這樣的彈性。

下一個點是，儘管如此，傳統法仍將保持其獨立性。首席大法官指出，在 *Te Ao Māori*（毛利人的世界）中，傳統法持續地形塑且規範毛利人的生活直至今日，並且傳統法反映了那些比我們的國家還要古老的價值。我在我的判決意見書中評論，傳統法會持續地被毛利人所適用並自主性地發展，因此就此意義而言，它是一個獨立的法源，並且與普通法有所不同。*Williams* 大法官說道：「...我的看法是，發展一個多元主義的奧特亞羅瓦普通法不僅是必要的，也是無可避免的。⁶⁰」

這意味著，雖然普通法一直為習慣「給予空間」(made room)⁶¹，在紐西蘭當代普通法中對於傳統法的承認是更進一步的，相較於歷史上習慣法在英國普通法中所一直具有的地位。這樣的歷史地位可能是以這樣的觀點為基礎，就是英國普通法更優越的，且隨時間經過將吸收並取代習慣法。

Ellis 判決並不支持普通法將以某種方式吸收傳統法並剝奪其本身自主性的觀點，此一自主性是所有多數意見的法官皆承認的。多數意見大法官警告，法院應注意不要傷害傳統法作為一個自成一體的法律和習慣系統的運作。就目前而言，傳統法既是

⁶⁰ *Ellis v R*, above n 48, *Williams* 大法官意見書，第 272 段。關於本段中所引用的其他評論，參見 *Glazebrook* 大法官意見書，第 107 段、第 110-111 段；*Winkelmann* 首席大法官意見書，第 168 段、第 169 段、第 172 段；以及第 272 段。

⁶¹ At [259].

奧特亞羅瓦/紐西蘭普通法的一部份，也是一個自主的法律體系，將更廣泛地影響紐西蘭的憲法發展。

同樣的，你們有些人無疑想知道 Ellis 先生對其定罪之上訴的後續發展。答案是，藉由一致性的判決，他的定罪被撤銷了⁶²。這是基於審判中有重大不公之情事發生。有兩個主要的錯誤被指明出來。

第一個錯誤與一位專家證人根據「1908年證據法」第 23G 條所提供的證據相關，該條款現已被廢除。最高法院發現，該名證人在多個方面逾越了第 23G 條的適當範圍。例如，在她的證詞中，她評論了原告證據的可信性和可靠性，而這在第 23G 條下是不被允許的。她的證詞也缺乏平衡性，並且可能暗示某些行為的存在乃性虐待之徵候，然而此一觀點甚至在審判過程中也已知不是事實。

第二個錯誤與原告的證據因受到多方面的影響—包括家長的直接詢問—而有被污染的危險有關。法院的結論是，雖然被污染的危險曾經在審判中遭到反駁，但陪審團對於污染風險的程度並未獲得相當程度的告知。

順帶一提，此一上訴案有一個有趣且不尋常的特點，就是最高法院需要聽取上訴人與政府雙方所傳喚的專家證人之證詞。這是因為在上訴法院與本院所進行的上訴審理之間已有很長的時間，也因為本院對於此一上訴有著不同的焦點。

這裡大家可能會有興趣了解我們聽取專家證詞所依循的程序。每一個專家證人皆針對他們所發表看法的那些上訴案的面向，提供書面摘要。然後，我們要求律師們試著針對他們的專家之間一致和不一致的領域，進行細緻化和縮減，並提交一份聯合備忘錄，來概述這些討論的結果。在聽審程序中，雙方同意採用一個所謂的「熱水浴缸」(hot tubbing)⁶³的形式。雙方當事人同意將證詞區分為幾個主題。在聽審時，每個相關的專家首先簡要說明他們對於該特定主題的證詞。緊接著的是交互詰問以及再詰問。然後庭上法官決定其是否有任何問題，如果有，則雙方可以提出他們想問的進一步的問題。每一個主題都依循同樣的程序。這個程序非常有效，因為法院能夠按照一個一個主題，來評估專家之間觀點的異同。

回顧以上所述，我討論了本院四個重大的近年案件（*Taylor*、*Fitzgerald*、*D*，以及 *Ellis*），這四個案件各自展現了紐西蘭憲法架構之近年發展的不同方面。這些案件反映了普通法憲政主義所面臨的挑戰與可能性。與那些主張不具有一個至高憲法的

⁶² *Ellis v R* [2022] 1 NZLR 338, [2022] NZSC 115.

⁶³ 「熱水浴缸」(hot tubbing)這詞意指同時進行的專家證詞，即相同專業領域的專家證人同時作證。關於此一用語與實踐之發展的檢視，參見 Steven Rares “Using the “Hot Tub” How Concurrent Expert Evidence Aids Understanding Issues”. Available at <www.fedcourt.gov.au>.

地區根本沒有憲法的觀點相反，這些案件顯示，紐西蘭憲法對於紐西蘭人的生活具有深刻的現實意義與重要性。