

# 真假調查的憲政試煉

●蘇彥圖／哈佛大學法學博士（S.J.D.）候選人

## 一、前言

2004年3月19日，台灣發生了總統候選人陳水扁先生以及副總統候選人呂秀蓮女士於台南市掃街拜票途中遭受槍擊的重大事件。當天晚間，另一組候選人連戰先生與宋楚瑜先生的競選團隊，便一改事發午後的回應策略，特地召開記者會質疑槍擊事件的真實性；而在陳水扁先生、呂秀蓮女士以相當些微的選票差距獲得連任以後，許多關於三一九槍擊事件的陰謀指控更是傾巢而出，為迄未結束的總統大選爭議寫下了最為戲劇性的一個章節。或許是因為穿鑿附會的陰謀論述缺乏道德與理性的說服力，選後數日泛藍支持者的激情抗爭，最後定調於「只要真相」的訴求；輿論爭議的焦點，也從有關三一九槍擊事件的真相「究竟是什麼」（what）的事實問題，逐步轉移到了「如何」（how）才能夠探求出真相的政策議題。這樣的轉折，並不意謂著台灣社會已經理智地擺脫了陰謀論述的糾纏；在政治社會持續分裂對峙而三一九槍擊事件的刑事偵查又進展有限的情況下，真、假調查對於台灣憲政的嚴酷試煉，毋寧才剛剛開始。

2004年8月底，立法院在泛藍陣營的主導下，表決通過了《三一九槍擊事件真相調查特別委員會條例》（以下簡稱《三一九真調會條例》）；僵持了數月的立法政

策爭議與國會議事角力，自此轉進為更加白熱化的憲政攻防。泛綠陣營與民間諸多意見團體，強烈質疑該條例已經背離了憲法保障人權的意旨，更嚴重破毀了權力分立制衡的憲政秩序。除了覆議程序以及聲請大法官就該條例進行違憲審查等「基本動作」以外，泛綠陣營更請求大法官於實體解釋以前先作出宣告該條例「暫時停止適用」的急速處分，以免該條例的實施造成了難以回復的重大違憲狀態。另一方面，泛藍陣營則極力為《三一九真調會條例》的合憲性辯護，並且批評急速處分的請求於法無據；即便後來為了回應各界的質疑而提出修法的動議，他們仍堅持該條例頂多只有立法技術上的瑕疵。面對總統與行政部門的嚴辭質疑，泛藍陣營以及部分媒體更疾呼「惡法亦法」，反批總統與行政院對於該條例的質疑甚至抵制，才是真正違憲的作為。

針對急速處分的請求以及《三一九真調會條例》的多項違憲爭議，大法官在2004年10月間一連召開了數次公開的言詞辯論程序。諸位憲法法律人（constitutional lawyers）在憲法法庭上的慷慨雄辯與細膩分析，相當程度上豐富了我們對於相關規範課題的理解。不過，我們恐怕必須突破既有憲法釋義論述的視野侷限，才能切實評估《三一九真調會條例》對於台灣憲政發展的影響。按權力分立原則與基本權

利保護，誠然是這場憲政爭議的關鍵課題；但是除了會衝擊到這些已內化於憲政制度的基本價值以外，《三一九真調會條例》的制定及其後續爭議，毋寧也對台灣的「憲政文化」（constitutional culture）帶來了若干長遠的影響。這類的文化效應，當然也需要我們做進一步的考察與反省，儘管它們往往不是傳統的釋義學語言所能夠表述的。<sup>1</sup> 此外，即便是在有關權力分立原則與基本權利保護等課題的規範論證上，既有的論辯也還沒有對《三一九真調會條例》的立法意圖及其制度後果做充分的實質檢討。我們顯然必須對於形塑與運作三一九真調會的政治動態做更深入的分析，才有可能突破「以法言法」的形式論理（formalistic reasoning）瓶頸。

本文嘗試超越傳統憲法釋義論述的視野與格局，擇要地檢討《三一九真調會條例》對於台灣憲政之制度與文化所造成的衝擊。為了辨明《三一九真調會條例》對於台灣憲政制度所造成的衝擊，本文首先將引用「權力政治」與「象徵政治」兩種詮釋觀點，來解析這部條例的出現及其主要爭議條文的現實意義。「權力政治」的論點，認為這部法律的爭議關鍵在於調查、追究與詮釋三一九槍擊事件的實質權力歸屬；「象徵政治」的論點，則強調「成立」、「運作」、「杯葛」三一九真調會等動作本身在政治宣傳、動員過程中所具有的象徵意義。正因為在「權力」以及「意象」這兩種層次的黨派政治角力，壓縮甚至扭曲了理性的政策討論，所以《三一九真調會條例》所宣稱的立法目的與其實際所採用的手段之間，自始即有相當程度的矛盾；三一九真調會的成立與運作，不論如何「低調」甚至「委屈」，亦

難以擺脫「假調查、真鬥爭」的合理質疑。權力分立的憲政秩序固然應該給予民主合理的實驗空間，但是對於不講是非的黨派權鬥，我們絕對必須抱以高度的警覺，以免政治惡鬥犧牲或者掏空了憲政秩序的根本價值。

本文接著嘗試根據比較研究所形成的問題意識，探討《三一九真調會條例》對於台灣憲政文化所造成的負面影響。如果說美國的獨立檢察官制度助長了「八卦醜聞」（scandal-mongering）的政治文化，那麼標榜仿效美國經驗——但其實卻又差之千里——的《三一九真調會條例》，是否也會產生類似的文化效應呢？本文認為，這部法律在某種意義上已經「制度化」了2004年總統大選後所出現的「八卦陰謀」（conspiracy-mongering）的惡質文化，從而會對台灣的憲政造成比起「醜聞政治」有過之而無不及的多重嚴重傷害。這樣的負面文化效應，固然根源於本文先前所揭示的黨派權鬥，卻也顯示了制度本身的偏差以及無能。枝節性的修法是無濟於事的，因為一旦我們將權力交給一個不受制衡又不負任何政治責任的機構，權力的濫用只是早晚的事。

當我們揭穿了真相調查的假面，而對形構這場憲政風暴的黨派權鬥有了更深刻的反省之後，我們或許可以更確切地掌握這場憲法論辯的意義以及侷限。這場憲法論辯，不僅在考驗我們能否區辨合理的民主試驗與蒙蔽公理的黨派惡鬥，也在測試我們對於權力分立制衡、責任政治、正當法律程序等基本憲政價值理念，究竟做了多少許諾。我們固然可以期許大法官就此做出有智慧的審查決定，但是我們更應該積極尋求社會團結與政治理性的重建。

## 二、權力與象徵：兩種黨派政治的糾葛

調查委員會（commissions of inquiry; investigatory commissions）這類的真相調查機制，在組成與運作上向來特別強調獨立性與公正性，據以確保調查結果的信用與權威；<sup>2</sup> 不過，許多國家的經驗告訴我們，調查委員會的設置、組成與運作，儘管試圖超然，卻從來就離不開政治。從要不要成立特別的調查委員會、調查委員會的組織與權限、成立調查委員會的時機、一直到要任命哪些人士擔任調查委員—這些課題基本上都取決於現實政治的考量與折衝。<sup>3</sup> 政治往往也進一步決定了調查委員會的角色扮演及其制度產出；調查委員會通常所要探求的，與其說是立基於客觀性（objectivity）的「事實性真相」（factual truth），不如說是建立在政治可接受性（political acceptability）上的「政治性真相」（political truth）。<sup>4</sup> 真相調查的政治不必然就是自利的、醜陋的；不過，如果無法有效節制競逐利益的黨派政治，無法將瞭解真相的公眾需求，導引到以社群共善為念的理性審議程序，特殊真相調查制度所訴求的公正性與獨立性，將無異於政治神話。

### 詭異的條例

《三一九真調會條例》當然也是現實政治的產物；政治賦與其生命，政治也決定了它的性格。問題是，這部法律的出現及其內容，並不是一般憲政秩序下的理性政治所能解釋的。許多論者將三一九真調會比擬為其他民主國家所經驗過的特殊真相調查機制，試圖據以證成制定這個條例的合理性；可是如果真的進行比較分析，我

們很難不對它迥異於其他比較經驗的詭異建制感到困惑。

許多國家因為沒有監察使（ombudsman）的常態建制，所以有必要就特殊的重大事件或政治醜聞，成立臨時性的調查委員會或者任命獨立檢察官，以便查明真相、釐清責任。<sup>5</sup> 台灣現行憲法向來標榜監察權的獨立存在，監察院亦已就三一九槍擊事件相關之政治與行政責任問題進行調查與追究，可是我們仍然另外設置了一個特別的真相調查委員會。為什麼呢？

唯恐調查機制的運作會不當地干擾了司法程序的進行，其他國家基本上不是將調查委員會所要調查的事項限定於「不具可司法性」（nonjusticiable）的課題，<sup>6</sup> 就是讓調查委員會所傳喚的證人得以豁免於日後的刑事追訴。<sup>7</sup> 這樣的安排一方面是為了謹守權力分立的制度分際，另一方面也是為了避免具有強制性之調查權限的行使，侵犯、掏空了「不自證己罪」等刑事程序中的基本人權。台灣的三一九真調會，卻擁有針對三一九槍擊事件之「刑事責任案件」的專屬偵查權，<sup>8</sup> 其職權行使尤可不受刑事訴訟法等相關法律的限制，而且調查結果如果不同於法院確定判決所認定的事實，還可以作為聲請法院再審的理由。為什麼呢？

最奇特的莫過於三一九真調會的組成方式了。雖然調查委員會的成立模式與成員的任命方式，由於存在有憲政體制、調查委員會之權限定位等多重變數，很難一概而論；但是像《三一九真調會條例》這樣把非隸屬於國會之調查委員會的成員任命權限，實質託付給政黨／國會黨團的作法，<sup>9</sup> 在比較憲政史上似乎還是聞所未聞的。<sup>10</sup> 《三一九真調會條例》讓召集委員

可以「逕行遴選」缺額成員的作法，恐怕也是世所罕見的。公正性的有無可以說是特殊真相調查機制能否獲得人民信賴的最重要條件；為了確保公正性，其他國家不是將調查機制的人事組成委由司法部門決定（例如以色列的調查委員會和美國往昔之獨立檢察官的選任程序），就是致力於維持調查委員會的超然色彩或者黨派平衡，以避免委員會的組成顯露了特定的政治偏見。<sup>11</sup>《三一九真調會條例》雖然要求各政黨推薦「具有專業知識、聲譽卓著之公正人士」出任調查委員，卻完全委諸政黨自行界定、判斷推薦人選的「公正性」；該條例並以反映國會政治實力為理由，規定各政黨所得推薦之委員人數，從而讓泛藍陣營得以選任過半多數的調查委員。為什麼呢？我們又憑什麼相信如此組成的三一九真調會，真的能夠「超出黨派以外，依法公正獨立行使職權」呢？

以上概略性的比較分析，凸顯了《三一九真調會條例》的說理困境：如果制定這個條例的目的真的是為了「查明真相、平息爭議、安定政局」，那麼它所形構出來的制度，就不應該與比較憲政經驗所累積形成的通念（convention）乃至於個別典範，存在有如此大的差距。支持《三一九真調會條例》的論者可能會說，我們的社會對於真相調查其實有著「獨道」的憲政哲學；可是論者就此所發展出來的理論，不僅無法合理解釋三一九真調會的建制原理，而且也缺乏規範共識的支持。有的論者則將問題歸因於「技術性」的立法瑕疵；可是許多有關三一九真調會之組織與權限的爭議，顯然不是枝節性的技術修補就可以化解的。問題的關鍵在政治—或者更確切地說—在於形塑《三一九真調會條

例》的黨派政治。這部條例之所以沒有辦法從真相調查的一般制度理念尋得合理的解釋，很難說不是因為它真正所要追求的，其實不是「發現真相」的「公共利益」，而是片面、短視的「黨派利益」。

### 權力政治

究竟是什麼樣的黨派考量，扭曲了我們對於真相調查制度的理性思辯呢？許多論者為這個問題提供了一個簡單的答案：權力。權力政治雖然是一個很平庸的分析觀點，卻直接指出了這場憲政爭議的核心，也就是「誰」有權調查三一九槍擊事件，進而為這個事件的政治與法律詮釋「定調」。在權力政治的理解脈絡下，《三一九真調會條例》最重要的意義與作用，就是去重新分配（甚至擴大）調查、追究與詮釋三一九槍擊事件的國家權力。

《三一九真調會條例》首先把針對三一九槍擊事件的刑事偵查權（連同既有全部案卷及證物），從行政部門移轉至三一九真調會，然後又賦予該會強大到有侵犯人權之嫌疑的「超級」調查／偵查權限，最後還不忘奉送給三一九真調會一張空白支票，並且在支票上特別註明「行政院不得拒絕（匯兌）」。不過，強制性的調查權力與無所限制的財政資源，還不是這場權力競賽的主要標的；在權力政治的量尺上，三一九真調會所擁有的最重要權力，毋寧是一以「調查報告」的型式—敘述、詮釋三一九槍擊事件及其影響的隱性權力。雖然該條例對於真調會調查報告的法效力並沒有太多著墨，我們也還不知道這項調查報告出爐以後會得到什麼樣的社會評價；但是在立法者的設想中，這個受到法律及所謂「公正」權威加持的調查報告，至少會是具有高度政治影響力的一種

「官方說法」，其影響遠非民間輿論或者黨派性的言論所得比擬。

權力政治的分析觀點不僅揭示了這場憲政爭議的核心，也對形構《三一九真調會條例》的政治動因，提供了一個有力的解釋。為什麼我們的立法者在沒有任何證據顯示既有的刑事偵查機制受到不當政治干預的情況下，執意把針對三一九槍擊事件的刑事偵查權移轉給三一九真調會呢？<sup>12</sup>為什麼我們的立法者不願意信賴監察權的行使，而要另外去創設一個公正性比起監察院還要來得有爭議的個案調查機構呢？<sup>13</sup>又為什麼泛藍陣營所掌控的立法院，悍然拒絕了泛綠陣營與諸多民間團體的提議，硬是要將三一九真調會設計成可由泛藍陣營推薦人士主導的調查機構呢？這些爭議現象的浮現，恐怕已經充分顯露出泛藍陣營對於調查、詮釋三一九槍擊事件之制度權力的「焦慮」以及「渴望」。對於權力的執著，就算不是串連這些爭議現象的惟一解釋，至少也是形成這場憲政風暴的重要成因以及動力。我們毋需費心測度立法者的主觀動機來驗證這項解釋的有效性，因為我們根本無法反證《三一九真調會條例》沒有受到黨派性之權力私慾的不當影響。也難怪許多人會嘲諷三一九真調會實為「藍調會」了。

### 象徵政治

當然，現實政治並不是像權力論者想的那麼簡單。比較經驗告訴我們，除了權力以外，真相調查的政治還有一個重要的向度：象徵。<sup>14</sup>簡單地說，特殊的調查制度，從來就未必會比其他的調查機制（舉凡行政調查、司法調查以及國會調查）更能有效地探求出重大事件的真相；它之所以能夠脫穎而出，成為許多國家回應真相未明之重大事件的制度策略，往往是因為

它另外還承載了豐富的象徵意義，可以傳達相關的政治訊息，甚至隱約體現非關真相調查的倫理價值或者意識形態。在象徵政治的理解脈絡下，成立特別調查機構的舉措，可以被解讀成是客觀、坦然之政治家風範的表現，也可以被譏評為是意在逃避責任、轉移焦點；特別調查機制的積極運作，可以被形容為鏗而不捨的真相追尋，卻也可以被說成是窮追猛打的清算鬥爭。制度的良窳以及權力的得失，因此未必會是相關政治爭議的焦點；象徵意義的引申與詮釋，卻絕對是真相調查政治的重要戰場——因為政治意象比起實質的政策討論，往往更能左右公眾的觀感。

《三一九真調會條例》的制定，從一開始就被賦與了高度的象徵意義；從相關的媒體報導中，我們就不難發現，泛藍陣營試圖藉由這部條例的立法，來傳達兩種微妙的政治訊息。一方面，藉由標榜「公正」以及「獨立」的真相調查，這部條例相當程度上可以淡化（或者說掩飾）對於三一九槍擊事件之各種指控與質疑的黨派色彩，從而讓泛藍陣營得以宣揚「不分藍綠，只要真相」這項訴求的道德高度。另一方面，這部條例的出現及其內容，卻又強烈暗示三一九槍擊事件可能包藏著什麼見不得人的政治陰謀，所以才不能被界定為一般的刑事案件，而必須循特別的調查／偵查程序做非常的處置；這項訊息基本上意謂著大選後對於三一九槍擊事件的各種陰謀指控，被立法者視為合理的懷疑而非無理取鬧，所以這項立法也在相當程度上慰撫了許多深藍支持者的心理挫折。

在泛綠陣營以及行政部門以該條例有重大違憲嫌疑為由，抵制三一九真調會的運作後，泛藍陣營更極力影射執政當局「作

賊心虛」；這樣的說法不僅連結了上述的兩種訊息，還進一步把它們推演到了極限。當然，泛綠陣營也沒有在這場形塑政治意象的創意大賽中缺席；他們用「憲政怪獸」來比擬三一九真調會，無非也是希望凸顯這部條例的惡質與荒謬。只是，真調會委員王清峰女士將三一九真調會比擬為「臉上長有胎記的初生嬰兒」的動人說法，在修辭學的造詣以及媒體效果上，似乎又把泛綠陣營的憲政怪獸說給比了下去。

政治口水的泛濫，或許已經讓人見怪不怪；究竟哪一個陣營的說法比較有道理，社會也自有公斷。不過，泛藍陣營對於《三一九真調會條例》之象徵意義的高度操作，不得不讓我們懷疑，這部條例的立法者是不是花了太多心思在追求政治意象上的「精神勝利」，以至於過分輕忽、甚至扭曲了規範價值與制度政策等實質性議題。我們固然不能、也不應該把這部條例及其後續憲政爭議，解讀為政治人物精心策劃的政治表演大戲；但是要說在這段爭議過程中，政治人物完全沒有試圖操弄公眾的觀感，顯然也是昧於現實的。透過象徵政治的分析觀點，我們毋寧看到了更細膩的、更權謀的黨派鬥爭。

### 黨派權鬥與違憲審查

經由對相關憲政制度的比較分析，我們揭示了《三一九真調會條例》的詭異建制與說理困境；透過「權力政治」與「象徵政治」這兩種分析觀點，我們也解析了形構這部條例的黨派政治。進一步的問題是，我們的違憲審查機制要如何回應如此殘酷、醜陋的黨派權鬥呢？《三一九真調會條例》的多項違憲爭議，又應該得到什麼樣的規範評價呢？雖然人們對於相關憲法規範的內涵以及違憲審查的制度功能，

容或有合理異議（reasonable disagreement）的存在，而未必能對這些爭議問題求得高度的規範共識；可是我們的憲法論證，絕對必須正視這些規範爭議的現實政治（Realpolitik）脈絡，不可以淪為空洞的概念堆砌或者不切實際的形式推理。比較憲法上有一個殷鑑：美國聯邦最高法院在 *Morrison v. Olson* 一案的多數意見，<sup>15</sup> 就是因為做了太多「以法言法」（legalistic）的形式論理，而未對現實政治的考量進行論證檢討，<sup>16</sup> 所以非但沒有平息關於獨立檢察官制度的合憲性爭議，其本身更受到了相當嚴厲的學術批判。<sup>17</sup>

我們可以舉兩個例子，來說明為什麼我們的規範論證不應該被去脈絡化的形式論理所支配。許多為《三一九真調會條例》之合憲性辯護的論者強調，我們應該嚴格區分法與政治的分際，不可以混淆了「合憲性」的問題與「政策妥當性」的問題；他們進而主張，《三一九真調會條例》在立法政策上固然還有斟酌檢討的餘地，但是它的合憲性並無問題。這種嘗試切割憲法與政治的際限性思惟，就算不是一種概念法學所建構出來的幻覺或迷思，也全然無助於我們的規範判斷——因為民主決策與違憲審查之間的權限分際，從來就不是不證自明的。不過，這項主張的最大問題，倒還不是理論的空洞貧乏，而是概念標籤的盲目套用。如果說連《三一九真調會條例》這麼偏執的立法，都可以用「立法政策形成自由」一詞輕鬆帶過，大概沒有什麼立法決策是通不過違憲審查的了。

合憲論者並不是沒有嘗試進一步釐清相關憲法原則的規範要求，據以支持他們所做的規範論斷；例如在討論與權力分立制衡原則相關的規範爭議時，就有論者援引

「形式說」(formalism)與「功能說」(functionalism)的美國憲法學理，而特別以「功能說」作為主張《三一九真調會條例》合憲的論證基礎。然而，這種規範理論的分歧跟我們實際上所面對的違憲爭議，並沒有必然的對應關係；就算我們僅從「功能說」的觀點來理解權力分立制衡原則的憲法規範要求，也不表示《三一九真調會條例》可以無異議地通過違憲審查的檢驗。事實上，當我們就此進行功能性的評析——亦即務實地評量、權衡制度的「成本」（例如責任政治的弱化）與「效益」（未必獨立公正的真相調查）時，<sup>18</sup>違憲的結論毋寧會來得更具有說服力。

從上述這兩個例子中我們不難發現，這場憲政爭議的關鍵分歧，與其說是不同規範理念的衝突，不如說是論者間對於政治現實的不同認知與評價。我們都不希望由法學菁英運作的違憲審查機制干預、阻礙了民主政治的合理試驗(democratic experimentation)；卻也沒有人認為一個未經理性審議、惟黨派利益是論的立法，還應該被視為正當的民主決策，而非違憲審查必須阻止的多數暴政。如何區辨合理的民主試驗與蒙蔽公理的黨派權鬥，因此是違憲審查機制無可迴避的嚴格考驗。<sup>19</sup>《三一九真調會條例》雖然宣稱要追求「發現真相」的公共利益，卻又處處顯露了立法者追求黨派利益的斧鑿痕跡；它究竟應該被憲法秩序所容認，還是應該受到違憲審查的非難，相當程度上其實就取決於這項立法的真正目的，能否被切實地檢證分析。我們的憲政司法雖然未必能夠深入洞察這項立法的現實脈絡及其制度後果，卻絕對不應該受到形式論理的蒙蔽，而無視於這項立法在其宣稱目的與實際使用手段間的嚴重論理矛盾。<sup>20</sup>

### 三、憲政文化的隱憂

美國、加拿大、以色列等國的經驗告訴我們，特殊真相調查制度的建立與運作，從來就不是絕對正面的憲政經驗；即便不存在違憲與否的規範爭議，特殊的真相調查制度也往往未能實現其設計者所許諾的良善立意，反倒時常產生未曾被設想到的不良後果。<sup>21</sup>特殊調查制度所能發揮的功效往往是相當短暫的，<sup>22</sup>可是它的運作如果稍有偏差，卻可能會對憲政文化造成深遠的負面影響。<sup>23</sup>黨派政治的糾葛，乃至於媒體對於真假調查的推波助瀾，固然都是導致特別調查制度失靈的重要因素；可是制度本身的偏差以及無能，顯然也必須承擔相當的責任。

由於存在有憲政環境、制度構造、調查事項等多重差異，各國之特殊調查制度的文化效應，當然很難一概而論；可是，為釐清、追究政治或刑事責任而展開的特別調查，似乎受到了各國論者的齊聲批判——而且是基於相似的理由。學者Robert Centa與Patrick Macklem建議加拿大日後在運作特別的調查委員會時，應將焦點多放在展望性的政策發展而非回溯性的責任追究。<sup>24</sup>而在重新省察制度的利弊得失之後，美國更於1999年時，在行政部門、國會、兩大政黨、主要媒體輿論、保守派憲法學者與自由派憲法學者之間，形成了難得一見的高度共識，而讓施行了近二十年的獨立檢察官法屆期終止。究竟是基於什麼樣的考量，致使美國決定終結這個讓許多《三一九真調會條例》的支持者心神嚮往的制度呢？

#### 政治的醜聞化：美國經驗

我們或許必須先說明一下這項制度的緣起及其梗概。美國的獨立檢察官制度

(1978-1992；1994-1999)是「水門事件」的產物。「水門事件」中著名的「週末夜大屠殺」(The Saturday Night Massacre)事件，讓論者開始檢討當時之「特別檢察官」(special prosecutor)的獨立性是否缺乏足夠的制度性擔保。為了避免以政府(行政部門)高層人士為對象的刑事偵查所可能產生的利益衝突，進而促進公眾對於政府的信賴，美國《1978年的政府倫理法》(Ethics in Government Act of 1978)，乃特別建立了1983年後被稱之為「獨立檢察官」(independent counsel)的特別刑事偵查制度。

獨立檢察官的任命程序基本上可以分為三個階段說明：<sup>25</sup>於第一階段，檢察總長在接獲有關若干適用該法制之政府高層人士涉嫌犯罪的資訊後，必須在一定期間內對該資訊進行初步的調查；如果案件可以通過第一階段的篩檢，檢察總長接著就必須決定是否有合理的理由認為進一步的調查是有其需要的。到了第三階段，檢察總長必須向一個由三位法官(由聯邦最高法院首席大法官選任)組成的特別法院提出任命獨立檢察官的聲請；這個法院除了負責任命獨立檢察官外，也將界定獨立檢察官的案件管轄權範圍。經此程序任命的獨立檢察官，在其管轄權範圍內擁有完整而獨立的刑事偵查權限；除非有法定的正當事由，否則檢察總長不得將之免職。

在獨立檢察官法制近二十年的生命歷程中，美國前後有二十個案件曾經任命過獨立檢察官進行調查；<sup>26</sup>不過，最讓人印象深刻的，莫過於針對柯林頓總統的「白水案調查」(Whitewater Investigations)。<sup>27</sup>這段充斥著性醜聞與政治爭議的歷史，應驗了大法官Scalia對於這項制度會被政治惡用的冷酷預言，<sup>28</sup>也讓這項制度的重

要催生者—曾任「水門事件」特別檢察官的Archibald Cox，經驗了理想的幻滅，而不再對獨立檢察官制度懷抱任何希望。<sup>29</sup>美國國會於1999年時不再續延這項法制的決定，雖然被許多論者歸因於這項制度始終無法擺脫的違憲爭議；<sup>30</sup>不過，基於制度經驗的政策反省，或許更是橫跨意識形態光譜，讓不同陣營的論者願意聯合起來反對續延這項法制的最重要原因。

獨立檢察官法制的文化效應，是論者反省這項制度政策的核心關懷。簡單地說，在黨派政治與羶腥媒體的現實環境下，獨立檢察官制度的存在與運作，相當程度上助長了「八卦醜聞」(scandal-mongering)的惡質文化。<sup>31</sup>在這樣的文化氛圍下，民主審議的程序直接受到了嚴重的傷害：一方面，現實政治的焦點將不再是嚴肅、迫切的政策議題，而是各種似真似假的弊案指控，或者激情聳動的道德攻訐；<sup>32</sup>另一方面，政治人物競相將對手「妖魔化」的結果，恐怕也升高了情緒性的政治對立，無法讓人心平氣和地就事論事。這項「八卦醜聞」的文化效應，還讓公眾更容易接受政治犬儒主義(political cynicism)的想法，而對政治感到灰心、失望甚或不屑；獨立檢察官制度的運作，因此非但沒有增進、反而實質降低了公眾對於政府的信賴。<sup>33</sup>

學者Steven G. Calabresi進一步推論認為，獨立檢察官制度日益淪為政治鬥爭工具的結果，將會弱化總統相對於國會而言所握有的政治權力；這基本上是因為這類的道德調查(ethics probes)—不論最後結果如何—勢必會動搖到總統的形象、聲望或者道德權威，而這些因素對於相當仰賴領袖魅力(charisma)的總統權力來說，無疑是非常重要的。<sup>34</sup>由於總統、



副總統是惟二具有全國性民意基礎的政治人物，總統制度權威的弱化，可能導致國會所代表的地方利益聯盟，凌駕了總統所代表的全國多數聯盟，從而有害於公共政策的全局理念或者損及到國家處理外交事務的能力。<sup>35</sup> 聯邦上訴法院法官Richard A. Posner也特別質疑針對總統的獨立刑事調查，可能癱瘓了政府的正常運作，甚至會逼迫總統及其支持者做困獸之鬥，進而衍生更大的憲政風暴。<sup>36</sup> 此外，獨立檢察官制度對於政府高層的人事生態，可能也會有相當程度的影響。學者Cass Sunstein擔心這項制度將會影響人們出任高層政府公職的意願；<sup>37</sup> 學者Calabresi更斷言，道德調查的政治只會讓政治任命人事趨於平庸。<sup>38</sup>

當然，獨立檢察官制度並不是一無是處的。它的存在可能對於政府高層人士的犯罪行為產生了相當程度的嚇阻作用；對於若干嫌疑重大、罪行嚴重的案件，獨立檢察官的積極偵辦往往亦有助於正義的迅速實現。<sup>39</sup> 甚至，讓公眾對於道德議題能有更深刻、更開放的討論，並且不再對政治人物懷抱不切實際的道德期望，也未嘗不是醜聞政治可能造成的正面影響。<sup>40</sup> 問題是，獨立檢察官制度從來就不是因應、處理高層政治醜聞所絕對必要，卻會比傳統分權制衡原則下的其他處理模式，更容易受到惡用，從而對憲政文化造成其效益所難以彌補的嚴重傷害。在重新權衡制度的利弊得失之後，美國於1999年為這項昂貴的制度實驗劃下了句點；針對政府高層犯罪的刑事偵查，至此改由檢察總長任命並監督之特別檢察官（special counsel）負責。<sup>41</sup> 這段美國經驗或許告訴我們：政府高層的違法亂紀固然是必須嚴正面對的課題，獨立檢察官制度卻不是這個課題的正確解答。

## 陰謀文化的惡兆

當我們回過頭來檢視《三一九真調會條例》所可能產生的制度效應時，我們很難不對台灣的憲政文化感到憂心。作為一個政治社會趨於極化對立、公民社會與媒體環境又迄未發展健全的新興民主國家，台灣在2004年總統大選以後，遭逢到了「八掛陰謀」所形成的劇烈憲政風暴。針對三一九槍擊事件的各式陰謀指控，不但直接挑戰了選舉民主的正當性，更對台灣社會的良知與理性構成了嚴酷的試煉。雖然各種毫無具體事證支持的陰謀論述，沒有多久便被「只要真相」的蒼白訴求所取代；陰謀論的誘人想像卻已深植在許多人的心中，左右了人們對於所謂「真相」的認知與期待。於是，當專業的刑事鑑識結果出爐之後，許多論者對於此等科學解釋的正確性仍然高度存疑，甚至不信任鑑識專家的公正性。

《三一九真調會條例》在制度政策上最可議的地方，就在於它呼應了對於三一九槍擊事件以及既有刑事偵查程序的雙重陰謀質疑，從而讓陰謀文化得以藉由特別真相調查的名義以及制度管道，持續蠱惑台灣社會的民心。在此，我們看到了《三一九真調會條例》與其他國家之正當的特別調查制度間的關鍵性差別。簡單地說，為了掙脫陰謀論的糾纏而進行真相調查是一回事；基於陰謀論的懷疑想像而啟動調查／偵查程序，卻是另外一回事。前者是為了喚回社會的信心與理智，而以實事求是的公正調查，駁斥陰謀論者的憑空想像；後者卻完全模糊了陰謀論與合理懷疑之間的本質差異，而將國家公權力當成「獵巫」（witch-hunting）的工具。《三一九真調會條例》的制定、內容以及三一九真

調會的組成與運作，再再顯示這項建制與總統大選後出現的「八卦陰謀」現象，有著不容否認的親密關係。將三一九真調會比擬為台灣版之「華倫委員會」的說法，不僅混淆了上述的嚴肅分際、誤解甚或曲解了歷史事實，恐怕更是對於「華倫委員會」的嚴重侮辱：我們怎麼可以把一個麥卡錫式（McCarthyite）的陰謀調查機構，跟一個竭力對抗陰謀論的調查組織相提並論呢？<sup>42</sup>

正因為《三一九真調會條例》「制度化」了選戰激情所蘊生的陰謀文化，即使它才施行沒有多久，卻可能已經對台灣的憲政文化造成了相當的傷害。除了公共論壇充斥陰謀八卦的口水、人民對於政治的失望與疏離、刑事偵查與調查機構之公信力的受損、總統與行政部門之制度權威的弱化、乃至於監察權之威信的蒸發等等負面效應外，潛伏在這項制度中的陰謀幽靈，更腐蝕了社會的良知與理性，進而破棄了「法治」（rule of law）的基本精神。比起美國所經驗過的「醜聞政治」，這種「陰謀政治」的負面效應，顯然只有過之，而沒有不及。

### 制度的根本偏差

也許有人會問：就算以上所提及的惡質文化現象都是可以受到檢證、確認的經驗事實，為什麼我們不僅止於非難真相調查政治中的黨派權鬥以及媒體的推波助瀾，而要將問題進一步歸咎於美國之《獨立檢察官法》或者台灣的《三一九真調會條例》這類的特別調查法制呢？這是一個公允的問題，需要我們加以檢討與說明。概略而言，此等特殊調查制度本身之所以必須對上述的惡質文化現象負相當之責任，基本上是因為它們既不受制衡（unchecked）又無法平衡運作（unbalanced），以至於會對相關的行動者創造出不當的誘因。由於制

度本身就存有這種根本性的偏差，即使相關的政治行動者並沒有特別心懷不軌，此等特別調查制度的運作，難免還是會產出令人抱憾的不良後果。

首先值得我們關注的是此等特別調查制度給予制度操作者的行為誘因。相對於一般的檢察官，獨立檢察官僅須負責偵辦單一案件、卻擁有不受節制的追訴裁量權限，而且還享有無所限制的預算支援；學者Sunstein便指出，這樣的設計其實移除了許多避免刑事追訴權力受到濫用的重要防護機制，從而創造出了一種鼓勵「狂熱辦案」的誘因（an incentive toward zealotry）。<sup>43</sup>在這樣的制度條件下，權力的濫用是無法避免的，因為獨立檢察官為了顧全自己的顏面甚至追求如Archibald Cox的歷史地位，會極盡一切可能去追訴所要偵查的對象，而不再能夠客觀公正地審視全局。<sup>44</sup>相形之下，《三一九真調會條例》就相關之調查／偵查程序所提供的誘因，似乎更加地偏執與強烈。除了複製了「狂熱辦案」的基因外，這部條例另外還排除了其他法律對於調查／偵查權限所設的限制；三一九真調會的運作方向以及基調，相當程度上更已被立法者植基於政黨利益與陰謀想像的預設立場所決定。我們根本無需質疑三一九真調會委員們的信譽、人格與動機——因為就算是再怎麼公正自持的人，恐怕也很難在如此趨近瘋狂的制度下保持理智。

諸如獨立檢察官之特別調查制度的存在，還會促使政治人物（特別是在野黨的政治人物）競相要求啟動此等特別機制，去追查各種針對政府高層犯罪之指控的真相。<sup>45</sup>學者Sunstein指出，這類要求展開獨立刑事偵查的呼籲，看似中立、正直而且無害，又容易吸引公眾的矚目與支持，

所以相當受到政治人物的青睞，甚至往往蔚為風潮；<sup>46</sup> 學者Calabresi則認為，國會議員之所以樂於提出這類要求，是因為他們將毋須為相關指控擔負任何責任，但仍可藉由獨立檢察官的作為，來實現提出指控的政治目的（諸如羞辱政府高層）。<sup>47</sup> 問題是，刑事指控本來就是易於被提出而難以被反駁的；要抹黑一個人的聲譽很容易，要洗刷一個人的污名卻很困難。<sup>48</sup> 在這項制度誘因的加權作用下，不僅獨立檢察官的偵查程序將會更加地「易啟難收」（easy to start and hard to stop），而且刑事司法程序亦難免受到黨派權謀的染指。<sup>49</sup> 這項誘因的存在，其實更突顯了此等特別調查制度的一項弔詭困境：它們雖然試圖超然於政治，卻往往淪為政治鬥爭的工具。學者Calabresi告訴我們，這樣的困境是必然的，因為此等制度根本不可能獨立於政治之外，只徒然讓「指控者」與「被指控者」推卸了他們本來應該要承擔的政治責任。<sup>50</sup>

如果說連獨立檢察官這種在任命程序上起碼還有一定控管機制的調查制度，都還會讓人擔心它會受到黨派政治的惡用，要想藉由深刻糾葛於黨派政治的《三一九真調會條例》，公正地探討、詮釋三一九槍擊事件的真相及其影響，恐怕更是天方夜譚。這部條例對於台灣憲政之制度與文化所造成的傷害，已經不是枝節性的法律修正或者訴諸「低密度」的調查實務運作所能防免的；我們無疑必須積極批判、反省這項立法在制度理念上的根本偏差，才能讓台灣社會早日走出陰謀權鬥的憲政夢魘。

#### 四、結論

借助於對相關制度經驗的比較觀察，本

文概略地論證、反省了《三一九真調會條例》在現實政治脈絡下的成因、意義及其制度後果／文化效應。本文指出，這部條例的詭異建制與說理困境，充分反映了「權力」與「象徵」這兩種層次的黨派權鬥；在其不受制衡又無法平衡運作的基本制度結構下，這種假借真相調查名義所進行的政治惡鬥，尤其呼應、助長了「八卦陰謀」的惡質文化，而特別對我國的基本法治理念與政治審議的公共理性，造成了嚴重的傷害。

本文認為，只要我們跳脫出形式論理的窠臼，認真看待這場憲政風暴的現實政治脈絡及其後果，我們就可以理解這種蒙蔽公理的黨派權鬥是多麼不同於合理的民主試驗，而應該受到違憲審查的非難。但是，我們不能僅冀望於違憲審查的適正運作，因為《三一九真調會條例》的出現，反映的其實是台灣憲政更深層的結構性危機—政治社會的極化對立以及公共理性的匱乏；如果我們的公民社會不對這段爭議歷程進行深刻的批判與反省，仍然繼續縱容政客的權謀惡鬥、繼續放任陰謀文化的生根發展，只怕大法官就算做出再怎麼義正詞嚴的宣告，也很難喚回失落的正義與公理。我們因此還必須努力重建社會的團結與理性—而這是每一位公民無可旁貸的責任。

#### 【後記】

本文寫作於2004年12月初。之後大法官於2004年12月15日公布釋字第585號解釋，宣告《三一九真調會條例》多項條文違憲。惟三一九真調會仍於2005年1月間公布調查報告，強烈質疑三一九槍擊事件的真實性，並提出繼續追查真相、罷免總統、彈劾失職人員及建置獨立檢察官制度

等建議。立法院於備查該項報告後，亦每有組織第二屆真調會以續行調查的動議；惟因政治情勢的快速轉變，相關議案並未獲得積極審議處理，反而有逐漸淡出政治議程的態勢。另一方面，刑事警察局於2005年8月間提出了關於三一九槍擊事件的專案報告，根據相關事證，認定業已身亡的陳義雄為惟一的犯罪嫌疑人；台南地檢署檢察官亦根據此項調查結果，對已死亡的兇嫌作出不起訴處分。有關三一九槍擊事件的正常刑事偵查程序，至此告一段落。

有關《三一九真調會條例》的憲政爭議已經逐漸成為過去。不過，如何擺脫陰謀論的糾纏，重建公義與互信的憲政文化，顯然還需要我們做更深刻的批判、省思以及努力。謹在此感謝台灣新世紀文教基金會贊助本文研究。

【 註 釋 】

- 1.關於憲法法 (constitutional law) 與文化—特別是憲法文化—之間的關係，see Robert C. Post, *Forward: Fashioning the Legal Constitution: Culture, Courts, and Law*, 117 Harv. L. Rev. 1 (2003).
2. See, e.g., Zeev Segal, *The Power to Probe into Matters of Vital Public Importance*, 58 Tul. L. Rev. 941 (1984).
3. See, e.g., Robert Centa and Patrick Macklem, *Securing Accountability Through Commissions of Inquiry: A Role for the Law Commission of Canada*, 39 Osgoode Hall L. J. 117 (2001).
4. Jonathan Simon, *Parrhesiastic Accountability: Investigatory Commissions and Executive Power in an Age of Terror*, 114 Yale L. J. 101, 121 (2004).
- 5.關於監察制度作為獨立檢察官制度的替代選擇，see Michael DeHaven Newsom, *Independent Counsel? No. Ombudsman? Yes: A Parable of American Ideology and Myth*, 5 Wid. L. Symp. J. 141 (2000).
6. See Segal, supra note 2, at 948-49.
- 7.賦與調查委員會之證人刑事豁免權的作法，將使公共調查 (public inquiry) 與刑事追訴程序有明確的區隔；see Gus Van Harten, *Truth Before Punishment: A Defence of Public Inquiries*, 29 Queen's L. J. 242, 276-77 (2003).
- 8.《三一九真調會條例》第八條第一項前段規定：「三一九槍擊事件所涉及之刑事責任案件，其偵查專屬本會管轄。」三一九真調會以及部分論者嘗試為本項規定進行「合憲解釋」，而認為相關刑事案件之偵查是由借調至真調會「協助調查」的檢察官及軍事檢察官負責，並強調真調會的委員並不參與刑案偵查。姑且不論其是否已經超出了合憲解釋的界限，這項說法仍然無法澄清「三一九真調會的運作將會侵及司法程序」的違憲疑慮，因為真調會委員的「自律」根本就不足以確保相關刑事偵查可以不受真調會運作的影響。
- 9.三一九真調會的制度定位是釋憲言詞辯論中的一項重要爭點。雖然有論者主張其為立法權下的調查機構，但是這項主張很難說明何以三一九真調會能夠擁有「檢察官、軍事檢察官依據法律所得行使之權限」（參照該條例第八條第二項規定）。
- 10.美國的《2003會計年度情報授權法》(Intelligence Authorization Act for Fiscal Year 2003) 雖然將九一一委員會 (National Commission on Terrorist Attacks upon the United States) 成員的任命權，

分別賦與總統及參、眾兩院中民主、共和兩黨之領袖，但是九一一委員會是隸屬於國會、不負任何刑事偵查任務的調查委員會。

11. See Segal, *supra* note 2, at 959-61.
12. 支持這個條例的論者經常引用美國之獨立檢察官的制度理念，認為三一九槍擊事件可能有政府高層人士涉案，為了避免刑事偵查受到不當政治干預，有必要將偵查權限移轉至一個獨立機關。問題是，即便不論三一九真調會與美國獨立檢察官制度之間的巨幅差異，三一九槍擊事件的爭議—根據業已失效的美國獨立檢察官法所定要件—也還沒有足夠的理由啟動獨立檢察官的偵查制度，因為論者的懷疑全部是建立在陰謀論之上，根本沒有任何證據顯示政府高層人士有關於本案的犯罪嫌疑。關於美國往昔之獨立檢察官制度（1978-1992；1994-1999）的簡介，see CHARLES A. JOHNSON AND DANETTE BRICKMAN, *INDEPENDENT COUNSEL: THE LAW AND THE INVESTIGATIONS* (2001).
13. 監察委員是由總統提名，經立法院同意後任命的；在其選任過程中，各主要政黨尚且以避免影響監察權的公正性為理由，婉拒舉薦人選。如果經此憲政程序產生的監察委員還可以被論者譏諷為「國王的人馬」，那麼僅由政黨推薦即可出任的真調會委員，又憑什麼不能說是「政黨的僕人」呢？
14. See, e.g., Judith Roof, *Investigating the Special: The Symbolic Function of the Independent Counsel*, 77 *Ind. L. J.* 277 (2002).
15. *Morrison v. Olson*, 487 U.S. 654 (1988).
16. See RICHARD A. POSNER, *AN AFFAIR OF STATE: THE INVESTIGATION, IMPEACHMENT, AND TRIAL OF PRESIDENT CLINTON* 223 (1999).
17. See, e.g., Stephen L. Carter, *The Independent Counsel Mess*, 102 *Harv. L. Rev.* 105 (1988); Lee S. Liberman, *Morrison v. Olson: A Formalistic Perspective on Why the Court Was Wrong*, 38 *Am. U. L. Rev.* 313 (1989).
18. 關於「功能說」之分析方法的簡要介紹，see RICHARD H. FALLON, JR., *THE DYNAMIC CONSTITUTION: AN INTRODUCTION TO AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW* 186-188 (2004).
19. See Richard H. Pildes, *Forward: The Constitutionalization of Democratic Politics*, 118 *Harv. L. Rev.* 28 (2004).
20. 檢討立法手段與宣稱目的間的關連性與關連程度，基本上就是憲法法院在判斷立法者之真正目的時的一種常見作法；see, *Id.*, at 134-35.
21. 關於美國華倫委員會（The Warren Commission）之運作經驗的檢討，see, e.g., Kermit L. Hall, *The Virulence of the National Appetite for Bogus Revelation*, 56 *Md. L. Rev.* 1 (1997); Simon, *supra* note 4, at 128-130。關於美國獨立檢察官制度之運作經驗的檢討，see, e.g., Steven G. Calabresi, *Some Structural Consequences of the Increased Use of Ethics Probes as Political Weapons*, 11 *J. L. & Pol.* 521 (1995); Cass R. Sunstein, *Bad Incentives and Bad Institutions*, 86 *Geo. L. J.* 2267 (1998); Michael B. Rappaport, *Replacing Independent Counsels with Congressional Investigations*, 148 *U. Pa. L. Rev.* 1595

- (2000); Ken Gormley, *Monica Lewinsky, Impeachment, and the Death of the Independent Counsel Law: What Congress Can Salvage from the Wreckage—A Minimalist View*, 60 Md. L. Rev. 97 (2001)。
- 關於加拿大調查委員會之運作經驗的檢討，*see, e.g.*, Centa and Macklem, *supra* note 3。關於以色列調查委員會之運作經驗的檢討，*see, e.g.*, Ariel L. Bendor, *Investigating the Executive Branch in Israel and in the United States: Politics as Law, The Politics of Law*, 54 U. Miami L. Rev. 193, 238-43 (2000)。
22. 美國華倫委員會所提調查報告的效果，為我們提供了一個有趣的實例。根據民意調查，在華倫委員會公布調查報告以前，只有29%的美國公民相信甘迺迪總統被槍殺是奧斯華一人所為；華倫委員會公布其調查報告後一年（1964年），有87%的美國公民相信這個獲得華倫委員會背書的結論。可是到了1966年，只有36%的美國公民還相信華倫委員會的調查報告。*See* Hall, *supra* note 21, at 4-5。
23. 當然，這項機制可能也會有長期性的正面效應，而且如果我們可以從負面經驗中成長與學習，也未嘗不能因禍得福。但是我們接著必須追問：「這一切值不值得？」
24. Centa and Macklem, *supra* note 3, at 159。
25. *See* Sunstein, *supra* note 21, at 2272-73。
26. *See* JOHNSON AND BRICKMAN, *supra* note 12, at 142-43。
27. 這項歷時六年、斥資近六千萬美金、由獨立檢察官Kenneth W. Starr領銜主演的大調查，並沒有查出「白水案」中柯林頓總統的任何罪嫌，卻牽涉出「陸文斯基事件」（Lewinsky Affair）的白宮性醜聞，並導致柯林頓總統被國會以偽證等事由提出彈劾（結果不成立）。
28. *Morrison v. Olson*, 487 U.S. 654, 697 (1988) (Scalia, J., dissenting)。
29. *See* Gormley, *supra* note 21, at 101-04; Archibald Cox & Philip B. Heymann, *After the Counsel Law*, N.Y. Times, Mar. 10, 1999, at A19。
30. *See* Rappaport, *supra* note 21, at 1597-99; L. Darnell Weeden, *A Post-Impeachment Indictment of the Independent Counsel Statute*, 28 N. Ky. L. Rev. 536, 543-51 (2001)。Steven G. Calabresi更將這個結果視為「統一的行政權理論」（unitary executive theory）這項憲法釋義主張的一大勝利；*see* STEVEN G. CALABRESI & CHRISTOPHER S. YOO, *A HISTORY OF THE UNITARY EXECUTIVE: EXECUTIVE BRANCH PRACTICE FROM 1787 TO 2004* 3-4 (2004) (unpublished manuscript, on file with author)。
31. Sunstein, *supra* note 21, at 2267-68。
32. *Id.*
33. Cass Sunstein, *Unchecked and Unbalanced: Why the Independent Counsel Act Must Go*, vol. 9 no.38 *The American Prospect* (1998), available at <http://www.prospect.org/print-friendly/print/V9/38/sunstein-c.html>。
34. Calabresi, *supra* note 21, at 522-24。
35. *Id.*, at 524-26。
36. POSNER, *supra* note 16, at 13, 224-25。
37. Sunstein, *supra* note 33。
38. *See* Calabresi, *supra* note 21, at 528-529。

39.Sunstein, *supra* note 21, at 2275-76.

40.POSNER, *supra* note 16, at 14.

41.*See* JOHNSON AND BRICKMAN, *supra* note 12, at 234-41.

42.詹森總統之所以能夠說服聯邦最高法院首席大法官華倫，去領導一個由總統行政命令所成立的行政調查組織，就是因為詹森總統強調，當時廣為流傳的陰謀論（暗殺甘迺迪總統的幕後黑手是蘇聯／古巴等共產國家）如果無法被有力地駁斥，將會迫使美國在公眾政治壓力下開啟第三次世界大

戰；「華倫委員會」的最重要目的，因此是要借助華倫大法官的公信力，去對抗危險的陰謀論。*See* Hall, *supra* note 21, at 9; Simon, *supra* note 4, at 129.

43.Sunstein, *supra* note 21, at 2279-80.

44.*Id.*

45.*Id.*, at 2276-77.

46.*Id.*

47.Calabresi, *supra* note 21, at 534.

48.Sunstein, *supra* note 33.

49.*Id.*

50.Calabresi, *supra* note 21, at 533-34, 535.◎