

美国白宫法律顾问制度研究*

吴 玄

内容提要:美国白宫法律顾问是总统在国会授权下建立的。该制度始于罗斯福时期,并在在 20 世纪下半叶美国政府管理模式的变化中发展起来。随着总统权力的扩张,白宫法律顾问的职责范围也随之扩大,并在总统决策中发挥愈加重要的作用。作为美国现代国家治理体系的重要组成部分,白宫法律顾问广泛参与到总统事务中,协助总统及其行政班子应对各种国内外挑战,为其行动提供宪法上的支持。由于其重要性,许多国家都相继建立起了国家首脑法律顾问制度。该制度对于我国国家治理体系现代化也具有一定的借鉴意义。

关键词:白宫法律顾问 国家治理体系 总统职权 美国宪政

吴玄,清华大学法学院博士后研究人员。

一 问题的提出

在我国现阶段,国家治理体系现代化,是全面深化改革的两大总目标之一,也是我国现阶段改革的主要任务。推进国家治理体系与治理能力现代化,是对我国现代化进程中所发现的新问题新挑战的回应。这一目标就是要打破传统的治理思维方式,形成以制度化、体系化、系统化、法治化为其核心的现代治理路径。^[1] 在思考我国现代化国家治理体系道路的时候,适当地放眼域外,对法治先进国家的发展道路加以考察,是十分有必要的。

自 20 世纪中期,现代化、信息化与全球化高速发展,世界各国政府所面临的国际形势与社会矛盾趋于复杂。为应对挑战,美国总统推行了一系列改革,建立和完善了以总统为

* 感谢美国国会法律图书馆全球法律研究中心资深外国法专家张岚女士及其同事,为本文提供了全面翔实的资料。

[1] 2013 年 11 月 12 日中国共产党第十八届中央委员会第三次全体会议通过的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》首次提出了“国家治理体系现代化”这一概念。在《决定》第一部分提出“全面深化改革的总目标是完善和发展中国特色社会主义制度,推进国家治理体系和治理能力现代化”。《决定》第九部分也提到:“建设法治中国,必须坚持依法治国、依法执政、依法行政共同推进,坚持法治国家、法治政府、法治社会一体建设。”

核心的现代国家治理体系。该体系以总统行政办公室(Executive Office of the President,简称 EOP)为中心,下设白宫办公厅(White House Office)。同时,总统在白宫办公厅下设立了白宫法律顾问(White House Counsel),以满足美国法治传统与制度理性的要求。

白宫法律顾问又被称为“总统的律师”,他们直接服务于总统。近些年来几乎所有影响美国的重要宪政事件都有其身影。如奥巴马所言,这些“内部顾问(in-house Counsel)”作为总统唯一可靠的法律意见来源,已经成为总统核心幕僚团的成员,在政府决策中发挥着重大作用。^[2] 本文期望通过对于美国白宫法律顾问制度的研究,为我国国家治理体系现代化提供借鉴。

二 白宫法律顾问制度的起源与发展

自美国建国以后直至 20 世纪初,总统并没有专属的法律顾问。^[3] 依据 1789 年《司法法(Judiciary Act of 1789)》,^[4]新设立的司法部长(Attorney General)^[5]负责向总统和其他内阁成员提供法律咨询。

总统获得法律意见的另一个渠道是法院,各州法官经常为总统出具所谓“咨询意见”,但联邦法院除外。1793 年国务卿托马斯·杰弗逊代表华盛顿总统致函联邦最高法院,希望大法官解释 1778 年的《美法条约》。公函列出了 29 个具体问题。杰伊首席大法官和其他联席大法官认为,杰弗逊的这一请求超过了联邦法院的职权范围。根据宪法授权,联邦法院只处理对立当事人之间的争议引发的问题。因此,最高法院答复:“宪法为政府三大部门设定的分界线——要求它们在某些方面互相制约监督——我们只是终审法院法官——上述界限可以作为有力依据,阻止我们逾越司法权限,作出答疑解惑的不当之举。”^[6]

进入 20 世纪后,伴随总统行政权的扩张和现代国家治理体系的建立,白宫法律顾问制度也相应地发展起来。作为总统的直属机构,白宫法律顾问制度的源头可以追溯到罗斯福的“新政”改革。1939 年国会通过了《政府重组法(Reorganization Act of 1939)》。^[7] 依据第三章规定:“总统有权设置行政助理(Administration Assistant)职位,并为其规定职

[2] 白宫 2011 年 6 月 2 日声明,资料来源:<http://www.whitehouse.gov/the-press-office/2011/06/02/president-obama-announces-new-white-house-counsel-kathryn-ruemmler>,访问时间:2014 年 3 月 13 日。

[3] 依据传统,司法部长是总统和政府的法律顾问。在罗斯福之前,美国总统在长时间内一直没有直属的行政机构。

[4] 资料来源:<https://americanspaces.state.gov/government/overview/8.html>,访问日期:2014 年 4 月 16 日。

[5] 该职位也译为联邦总检察长,由 1789 年《司法法》设立,是一个非全职性职务。直至 1814 年才成为总统内阁成员。其任务是为美国国会和总统提供法律咨询,但随着美国官僚机构的扩大,工作量的增加,至 1819 年时已不堪重负,无法继续充当国会和政府的法律顾问。因此,1870 年 7 月 1 日美国设立司法部。在司法部长(总检察长)之下,另外设置司法部副部长(Solicitor General),其任务是在法律纠纷中在联邦最高法院代表美国政府,不过在比较重要的法律案件中,仍由司法部长(总检察长)出席审判。参见《元照英美法词典》,北京大学出版社 2013 年版,第 116 页。

[6] [美]琳达·格林豪斯著:《美国最高法院通识读本》,何帆译,译林出版社 2013 年版,第 7 页。

[7] Presidents Committee on Administrative Management, Report with Special Studies, 1937. 也可参考 Frederick Mosher, *The President Needs Help*, University Press of America, 1988, p. 23.

责。”^[8] 这为白宫法律顾问的创设提供了法律依据。^[9]

为了打造一个高效权威的总统直属机构,罗斯福总统邀请好友塞缪尔·卢瑟曼(Samuel Rosenman, 1943 - 1946 年担任白宫法律顾问)法官加入这个团队。^[10] 该职务创设之初没有明确的职责,也没有运作模式可以借鉴。顾问和总统本人对这个机构未来的发展都没有清晰的设定。因此,该制度在发展过程中也经历过许多曲折。一般研究者将白宫法律顾问的发展分为“总统特别顾问”和“专业法律顾问”两个阶段:

(一) 总统特别顾问(1943 - 1971 年)

这期间白宫法律顾问的头衔是“总统特别顾问(Special Counsel to the President)”。该名称体现出临时、非常规以及实验性质。与此相伴的是职责的不确定以及团队规模上的限制。

1. 多变的职务名称

作为法律顾问制度的奠基人,卢瑟曼来到华盛顿后被授予的职位是“总统特别顾问”。^[11] 此后历届总统都采用这一名称,直至约翰逊政府时期,梅耶·弗雷德曼(Myer Feldman, 1963 - 1965 年担任白宫法律顾问)被授予“总统法律顾问(Counsel to the president)”一年后,迈克菲森接替他的职位,名称又变回了“特别顾问”,并直至其任期结束。^[12] 尼克松当选初期,首席助理约翰·厄立希曼(John Ehrlichman, 1969 - 1970 年担任白宫法律顾问)被授予“白宫法律顾问”的头衔。^[13] 在这一时期,“特别顾问”的头衔更多的是意味着一种荣誉的而非职位。

2. 不确定的职责

很长一段时间内,白宫法律顾问的职责都没有明确。在实际工作中,他的大部分时间忙于总统的各种公共事务,如起草向国会递交的文件以及政策讲话,法律事务只占很小一

[8] Part III, Ch. 36, 53 Stat. 561 (1939).

[9] 参见 Part I of Reorganization Plan No. 1. 资料来源: <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/index.php?pid=15748&st=reorganization+plan&stl>, 访问日期:2014年2月15日。

[10] 卢瑟曼在罗斯福担任纽约州州长时就与他保持着良好的私人关系,被人们称为“州长的法律顾问”。1932 年被罗斯福任命为纽约高等法院(New York Supreme Court)法官之后,Rosenman 继续为罗斯福提供法律意见。有关他的生平,参见 Samuel B. Hand, *Counsel and Advice: A Political Biography of Samuel I. Rosenman*, Garland Publishing, Incorporated, 1979, pp. 72 - 79.

[11] 根据克利福德的回忆,罗斯福总统曾考虑用一个更为确定的名称“总统法律顾问(Counsel to the president)”将该职务常规化。但遭到司法部长巴德勒的反对,在他看来“该职位会削弱司法部长作为总统首席法律顾问的职能”。参见 Clark Clifford & Richard Holbrook, *Counsel to the president, A Memoir*, Random House, 1991, p. 54. 以及 Daniel Meador, *The president, the Attorney General and the Department of Justice*, University of Virginia, 1980, p. 130. 根据该书的描述,司法部长巴德勒告知罗斯福基于宪法向总统提交法律意见的权利归属于司法部长,罗斯福对此表示赞同,因此直至巴德勒前往墨西哥之后才公布卢瑟曼的任命。

[12] “总统需要特别顾问,如同杜鲁门政府中的克利福德,肯尼迪政府中的 Sorensen 与麦克·菲德曼,约翰逊政府中的怀特,现在轮到我了。”Lyndon B. Johnson, *The Vantage Point, Perspectives of the Presidency*, Holt, Rinehart and Winston, 1971, p. 273.

[13] 之后,总统又将同一头衔授予三名独立的顾问。事实上,这三名“特别法律顾问”(Murray Chotiner, Charles Colson 与 Harry Dent)主要忙于政党政治,工作范围并不涉及任何法律与政策问题。在迪恩 1970 年至 1973 年担任法律顾问期间,“特别法律顾问”Colson 与 Dent 并没有就任何法律问题向总统提出过建议。参见 Jeremy Rabkin, *At The President's Side: The Role of the White House Counsel in Constitutional Policy, Law & Contemporary Problems*, vol. 56, No. 4, 1993, p. 63.

部分。在卢瑟曼看来,自己与其说是白宫法律顾问倒不如是总统讲话的起草人更为贴切。他的继任者们也大都面临相似的情况。克拉克·克利福德(Clark Clifford, 1946-1950年担任总统法律顾问)参与了杜鲁门政府大部分的政治性事务。^[14]特奥多尔·索伦森(Theodore Sorensen, 1961-1963年担任白宫法律顾问)在肯尼迪作为参议院议员时就是其首席助手,进入白宫后,他仍然负责起草总统讲话稿,并为包括古巴导弹危机在内的白宫重大决策提供咨询。^[15]约翰逊总统的“特别顾问”哈利·迈克菲森(Harry McPherson, 1965-1969年担任白宫法律顾问)的工作范围也几乎涉及到所有白宫事务。^[16]

在这一阶段,白宫法律顾问们一直遵循着卢瑟曼确立的模式。“特别顾问”们与其说是律师,不如被认为是总统的亲信。他们是与总统关系紧密的私人朋友,深受信赖,其职责涉及到白宫的所有事务,为总统提供咨询意见。

(二)专业法律顾问(1971年至今)

白宫法律顾问发展的第二个阶段始于1971年,尼克松总统任命约翰·迪恩(John Dean, 1971-1973年担任白宫法律顾问)为“总统法律顾问(Counsel to the President)”。这个时期白宫法律顾问逐渐摆脱职责模糊,层级不清的特点,向专业化、团队化和稳定化发展。

1. 专业化趋势

迪恩与之前的“特别顾问”最大的一个不同点在于任命之前与总统没有任何私人关系。他是一个在华盛顿没有任何人脉和背景的边缘人物。^[17]这种“局外人”的身份促使他不受琐事干扰,专注于总统法律方面的事务以及自身团队的建设。在他的推动下,白宫法律顾问也从一个虚职逐渐转变为独立而拥有实权的官僚机构。

“水门事件”后总统们对于法律咨询的重视使得在顾问人选上也变得更加慎重。福特总统选择了他的亲密老友与专业助理菲利普·布琛(Phillip Buchen, 1974-1977年担任白宫法律顾问)担任这个白宫核心团队的重要角色。^[18]卡特总统将该职务委任给竞选顾问罗伯特·利普舒茨(Robert Lipshutz, 1977-1979年担任白宫法律顾问)。^[19]1979年,

[14] 特别顾问没有任何实权。其职责仅仅是向总统提交意见,而不是作为政府官员参与决策。参见 Clark Clifford, Richard Holbrook, *Counsel to the president, A Memoir*, Random House, 1991, p. 75。根据回忆, Clifford 曾向其助手 George Elsey 表示:“将特别顾问被简单的认为是总统的律师是不全面的。”参见 Clark Clifford, Richard Holbrook, *Counsel to the president, A Memoir*, Random House, 1991, p. 259。

[15] 索伦森参加过很多肯尼迪政府的重大事务,但是这些并不涉及法律咨询。参见 Arthur Schlesinger, *A Thousand Days, John Kennedy in the White House*, Houghton Mifflin Harcourt, 2002, p. 960。

[16] 约翰逊总统提到迈克菲森参与了暂停对越南轰炸的讨论,以求的北越回到和平谈判中来。参见 Lyndon B. Johnson, *The Vantage Point, Perspectives of the Presidency*, Holt, Rinehart and Winston, 1971, pp. 410, 418-419, 540。

[17] 事实上,迪恩在被司法部长米切尔推荐给总统之前,根本没有见过总统以及白宫幕僚长。参见 John Dean, *Blind Ambitions*, Simon & Schuster, 1976, p. 10。在尼克松总统就废除学校种族歧视的政策中,面对专业的法律问题,总统选择向白宫顾问(White House Counselor)噶尔门寻求咨询,而后的职责并不涉及法律领域。参见 Bradley Patterson, Jr., *the Ring of Power, the White House Staff and Its Expanding Role in Government*, Basic Books, 1988, pp. 40-43。

[18] 福特与布琛在大学时代是好友,福特参加参议院选举和副总统的任命时均得到了布琛的协助。参见 Gerald Ford, *A Time to Heal*, Harper & Row, 1979, p. 57, 109。

[19] 利普舒茨之所以未获得总统的重用,是因为在司法部长贝尔看来,他是一位“和蔼谦恭的退休老律师”,而缺乏“自信与进取心”。参见 Colin Campbell, *Managing the Presidency, Carter, Reagan and the Search for Executive Harmony*, University of Pittsburgh Press, 1986, p. 88。

卡特用一名老练的华盛顿律师劳埃德·卡特勒(Lloyd Cutler, 1979 – 1982 年担任白宫法律顾问)接替了利普舒茨。^[20] 老布什任期内总统法律顾问一直由博伊登·格雷(C. Boyden Gray, 1989 – 1993 年担任总统法律顾问)担任。格雷与老布什属于世交,^[21] 在里根政府中就一直担任布什副总统的法律顾问,建立了极其亲密与信任的工作伙伴关系。格雷在老布什政府中参与审议了《新清洁空气法修正案(new Clean Air Act amendments)》、《美国残疾人法(Americans with Disabilities Act)》和《新民权法案(1991 Civil Rights Act)》。^[22]

2. 层级化清晰

此外,白宫法律顾问的专业性还体现在其在白宫幕僚团中位置的确立。随着总统直属机构的专业化分工趋势愈发明显,其内部层级制也逐渐确立。总统幕僚长成为白宫办公厅的管理者,统辖各个专业的顾问所组成的幕僚团队。法律顾问在日常工作中受幕僚长的领导。

因此,幕僚长对法律顾问的人选也拥有一定的发言权。在里根的第二届任期中,唐纳德·雷根(Donald Regan)被任命为白宫幕僚长,他随后将自己的高级助手彼得·威尔森(Peter Wallison, 1986 – 1987 年担任白宫法律顾问)推荐为白宫法律顾问。^[23] 一年后,雷根因“伊朗门”^[24]事件被迫辞职,前参议院议员霍华德·贝克尔(Howard Baker)成为新任幕僚长,并选择前助手卡尔瓦豪斯(A. B. Culvahouse, 1987 – 1989 年担任白宫法律顾问)担任白宫法律顾问。^[25]

3. 团队化发展

为了适应专业化需要,白宫法律顾问建立起了自己的专业团队——白宫法律顾问办公室(the Office of White House Counsel)。在尼克松时代之前,白宫直属机构的工作人员不存在专业上的分工,所有职员都是各个顾问共用的。迪恩第一次有了自己的全职助手,随后白宫法律顾问办公室雇佣了两名辅助律师。^[26]

白宫法律顾问团队规模也随着专业化程度的提升而稳步扩大。1980 年,法律顾问拥有一个由 6 名律师组成的团队。^[27] 1986 年,菲尔丁的团队拥有 8 至 10 名律师。^[28] 1987

[20] 卡特勒很快投身到众多管理事务中,包括列席国家安全委员会(National Security Council)会议,处理伊朗人质危机以及与苏联的《战略武器条约(Strategic Arms Treaty)》等事件。参见 Colin Campbell, *Managing the Presidency*, Cater, *Reagan and the Search for Executive Harmony*, University of Pittsburgh Press, 1986, p. 88. Jimmy Carter, *Keeping Faith: Memoirs of a President*, University of Arkansas Press, 1995, p. 518, 526。

[21] 参见 Mary McGrory, *Gray's Finger Pointing Counsel*, *Washington Post*, Mar. 28, 1989, p. A-2。

[22] 参见 Philip Combs, *The Distant Drum of C. Boyden Gray*, *Washington Post*, Mar. 31, 1989, p. D-1。

[23] 参见 Eric Effron, *Culvahouse Assumes Key White House Legal Post*, *Legal Times*, Mar. 9, 1987. 转引自 Jeremy Rabkin, *At The President's Side: The Role of the White House Counsel in Constitutional Policy*, *Law & Contemporary Problems*, vol. 56, No. 4, 1993, p. 63。

[24] 1986 年,里根政府不顾国会禁令秘密与伊朗接触,通过向伊朗提供武器的方式换取黎巴嫩真主党武装释放美国人质。事件被披露后大批白宫官员受到牵连。

[25] 卡尔瓦豪斯曾是贝克尔在参议院的立法助手,在贝克尔退休后就职于华盛顿的一间律所。1987 年卡尔瓦豪斯就任法律顾问时,整个政府已经失去了对局势的控制,完全陷入“伊朗门”事件带来的灾难性后果中,因此,他并没有过多的机会发挥法律顾问的作用。Vicki Quade, *The President Is His Only Client*, *The Barrister*, vol. 15, Winter/Spring 1988。

[26] 参见 John Dean, *Blind Ambitions*, Simon & Schuster, 1976, p. 28, 30。

[27] 参见 Jimmy Carter, *Keeping Faith: Memoirs of a President*, University of Arkansas Press, 1995, pp. 470 – 480。

[28] 参见 David O. Stewart, *The President's Lawyer*, *A. B. A. J. Apr. 1*, 1986, p. 23。

年,这一数字增长到了 14 名并一直保持到老布什政府时期。^[29] 克林顿政府中,有一名总统法律顾问,一名“总统常务副法律顾问(Deputy Counsel)”、两名“总统助理法律顾问(Associate Counsel)”和“总统法律顾问助理(Assistant Counsel)”以及 13 位助理律师。^[30] 如今,白宫法律顾问办公室拥有 33 名雇员,其中 21 名是专业律师。

在与总统幕僚长和首席国内政策顾问的职责分离出来后,建立一支专业化和规模化的团队成了总统法律顾问的唯一职责。现在总统法律顾问团队已经完全由专业律师组成,只涉及法律事务。这在一定程度上也限制了白宫法律顾问对于总统的影响力,他不能越级幕僚长或者民主政策顾问进入其他领域。如格雷所言:“作为法律顾问,我的职责是解释法律问题而非涉足政治议题。”^[31]

三 美国总统设立法律顾问之理由

白宫法律顾问的创设始于二战后总统对于自身权力的强化,一些学者将这一运动其称为“一元化”行政。^[32] 在这个过程中,总统的行动迫切的需要法律上的支持。同时,美国社会对于宪法问题的讨论和立法机构中政党政治的影响使得总统无法从传统的顾问机构获得协助。这些因素促使总统转而求助于直属机构,也使得白宫法律顾问在美国现代国家治理体系中占据越来越重要的地位。

(一) 总统对官员道德问题的关注

白宫法律顾问受到重视的第一个因素是总统开始对官员职业道德的关注。受到官员丑闻困扰的总统要求行政体系内部加强对政府雇员的监督,法律顾问是协助其处理相关事宜的得力干将。

美国政府官员的职业道德与信息披露的基本体系由 1978 年制定的《政府道德法(Ethics in Government Act)》^[33] 与 1989 年老布什政府通过的《政府道德改良法(1989 Ethics Reform Act)》^[34] 构成。该体系主要包含两个方面:

[29] 参见 Vicki Quade, *The President Is His Only Client*, *The Barrister*, vol. 15 Winter/Spring 1988, p. 44.

[30] 但实际上法律顾问人数可能更多,为了避免规模过于庞大而被国会质询,总统法律顾问团队成员并不在《美国黄页大全》上全部显示。而且,由于任命仅需总统同意,相较于总统提名经国会通过的司法部职位,白宫法律顾问团队更容易招募成员。参见 *The Federal Yellow Book for Winter 1993* (dated January 20, 1993)。

[31] 格雷作为法律顾问的职责是在总统提名官员的过程中负责评议 FBI 的背景调查和其他相关文件。因此,当总统提名的国防部长托尔被参议院否决后,格雷被指责将关注点仅仅放在是否有不端行为,而忽视了参议院民主党人可能借此进行政治攻击。对此,格雷回答道:“我不是政治性官员。……我的职责不是做出政治决断。在政治上,对于托尔的提名我从一开始就不负任何责任。”参见 Philip Combs, *The Distant Drum of C. Boyden Gray*, *Washington Post*, Mar. 31, 1989.

[32] 所谓“一元化(unitary executive)”行政理论是指总统拥有宪法所赋予的对于行政分支的最高控制权,以及对武装部队的最高指挥权,总统要利用各种手段确保法律得以忠实的执行。参见 Christopher Kelley, *Rethinking Presidential Power-The Unitary Executive and the George W. Bush Presidency*, Presented at 2005 meeting of the Midwest Political Science Association, 2005, pp. 11 - 12.

[33] 参见 Suzanne Garment, *Scandal, The Crisis of Mistrust in American Politics*, Times Books, 1991, pp. 43 - 47.

[34] 1989 年《政府道德改良法》加强了公示要求并为前政府官员进行游说或咨询设置了更多的限制。具体内容参见 <https://www.govtrack.us/congress/bills/101/hr3660>, 访问日期:2014 年 3 月 8 日。

一方面,法律对官员财产状况公示制度做了详细规定,任何人都可以很便捷查出官员是否存在可能的“利益冲突”。另一方面,国会立法创设了“独立检察官”制度。该职务由哥伦比亚特区上诉法院的特别小组任命,拥有无限预算,无任职期限,不受政府部门的监督与制约,也没有相关问责机制的束缚。独立检察官一旦任命,无论最后罪名成立与否,都会对政府的声誉产生影响。

作为行政分支的首脑,总统应对官员的道德问题负责。由于财产公示涉及到复杂的税务程序,白宫法律顾问承担了为官员提供技术指导的职责,并且在被提名的官员接受国会与媒体审查之前进行预先的评估工作。^[35]从老布什政府开始,白宫法律顾问团队的大量资源都被用于官员“道德”事务。对政府官员道德与财产公示事务的管理构成了白宫法律服务的重要部分。

(二)司法部独立性的加强

虽然白宫法律顾问通常被描述为“总统的律师”,但是依据宪法传统和相关法律规定,总统的官方律师是司法部长。自从华盛顿时代开始,司法部长作为总统的内阁成员,就担负着为行政部门提供法律咨询的职责。20世纪80年代,白宫法律顾问成为总统首要的法律意见来源。这一方面是白宫法律顾问相较于司法部的优势体现,另一方面由于司法部自身选择与总统保持一定的距离。

白宫法律顾问相较于司法部优势主要有三点:

第一,作为总统的私人法律顾问,白宫法律顾问完全效忠于总统,而司法部长有着本部门利益的考虑。后者职责包括代表联邦政府向联邦最高法院提出诉讼及犯罪指控、处理有关和联邦政府的法律事务,以及向总统或政府部门部长就法律问题提供意见或建议。但这两项职责有时会发生矛盾。20世纪初,为了更有力的推行政策,总统往往任命党派忠诚度可靠的人担任这一职位。^[36]在此期间司法部与白宫形成了良好的合作关系。^[37]“水门事件”导致两位司法部长因为党派操纵司法部的罪名而被判刑。^[38]之后的总统在选择司法部长时尽量避免政党化倾向。^[39]在任命听证会上,媒体和国会对司法部独立性的深切关注也使得多位司法部长声称将与白宫保持距离。司法部逐渐成为一个“政治中

[35] 根据 Fielding 估计,他的办公室比前五年多筛选了 4800 名候选人的经济状况以避免出现可能的利益冲突。参见 David O. Stewart, *the President's Lawyer*, A. B. A. J. Apr. 1, 1986。

[36] 哈定、艾森豪威尔、肯尼迪和尼克松任命自己的竞选经理为司法部长,威尔逊、杜鲁门和两位罗斯福总统则将这一职位给了本党主席或党内积极分子。参见 David O. Stewart, *the President's Lawyer*, A. B. A. J. Apr. 1, 1986, pp. 20 - 21。

[37] 1971 年伦奎斯特被提名为最高法院法官时,他对于自己曾经在尼克松政府的司法部的行为辩护。在回应参议院议员爱德华·肯尼迪的质询:“你同样服务于大众”时,伦奎斯特说道:“当我担任副司法部长职位时,我的当事人是总统与司法部长”。参见 David O. Stewart, *the President's Lawyer*, A. B. A. J. Apr. 1, 1986, p. 194。

[38] 1974 年,国会调查委员会的主导者 Sam Ervin 提出一项议案,要求限制总统在司法部长任免上的权利,以将司法部塑造造成“一个监察委员会”。国会并不愿意诉诸于这样极端的方式,但它通过扩张联邦机构与部门的诉讼权利来表达对司法部的不信任。参见 David O. Stewart, *the President's Lawyer*, A. B. A. J. Apr. 1, 1986, p. 199。

[39] 福特总统选择了芝加哥大学校长 Edward Levi,一个既没有政党背景也没有总统特殊关系的候选人。卡特总统任命的司法部长 Bell 曾经担任过 15 年联邦法官,并且没有参与卡特的竞选活动。参见 Griffin Bell, Ronald J. Ostrow, *Take Care of the Law*, Morrow, 1982, pp. 63 - 66。

立地带”^[40]

第二,白宫法律顾问的运作方式较为灵活,且不易受到外界干扰。在实际运作中,白宫顾问是总统的法律意见的重要,甚至唯一来源。相较于司法部长而言,白宫法律顾问离总统更近,更容易得到总统的支持,更符合白宫行政机构的“内部顾问”的角色。^[41]司法部长与其他司法部高级官员的任命需要国会的批准,并受国会监督。而法律顾问及其助手均为总统任命,并且在履职期间受到“行政保密原则(Executive Privilege)”的保护,可以拒绝国会的质询。此外,白宫法律顾问是行政分工高度化和专业化发展的产物,责任单一,目标明确,效率更高。

第三,司法部工作的延续性与高专业性削弱了总统对司法部的影响力。自 1870 年建立以来,司法部逐渐建立起了法律专业化和政治独立的制度传统。由于工作性质和法院的关系等原因,司法部成员需要高度的稳定性。即使是拥有强烈党派色彩的尼克松政府,为了保持司法部工作的延续性也在其第一届任期时保留了约翰逊政府的司法部成员。^[42]助理司法部长(Assistant Attorney General)的职责之一就是保障该机构的工作远离民选政府的政治压力。^[43]

除却白宫法律顾问自身的优势之外,在水门事件之后,司法部也开始愈加强调自身的独立与专业化倾向。这凸显了白宫自己的法律顾问的重要性。首先,白宫法律顾问逐渐成为总统与行政机关法律代表唯一的联系渠道。^[44]其次,随着司法部刻意地与总统保持距离,白宫法律顾问逐渐成为总统获取独立的指导与法律意见的重要来源。在一些事务上,总统甚至完全不再与司法部商议。白宫法律顾问已经成为总统的一个重要的拥有独立性的参谋,司法部逐渐沦为执行者。^[45]

后水门时代,白宫对于法律服务的需求更加复杂化,而与司法部的紧张关系使得总统最终选择建立自己的法律团队。^[46]这些白宫专属律师们的工作范围不仅限于政府内部道德伦理事务,而且也开始接手处理其他原先由司法部负责的法律事务。

[40] 参见 Cornell Clayton, *The Politics of Justice, the Attorney General and the Making of Legal Policy*, M. E. Sharpe, 1992, pp. 143 - 45. 有关 Bell 的回答,参见 Nancy Baker, *Conflicting Loyalties, Law and Politics in the Attorney General's Office, 1789 - 1990*, University Press of Kansas, 1992, pp. 151 - 56.

[41] 介于没有总统承认相较于公众信赖的司法部办公室,他更依赖于私人顾问。因此,白宫法律顾问对总统决策的影响是隐性的。他们在总统的决定中尽量不留痕迹。凭借律师保密守则和“行政保密原则”作为依据隐藏在总统的交流档案。关于法律顾问的建议细节都是难以获得的。此外,总统可以像对待其他白宫幕僚一样以个人喜好与需求撤换法律顾问。而且法律顾问的职责随着政府的更替也变化多样。参见 Jeremy Rabkin, *At The President's Side: The Role of the White House Counsel in Constitutional Policy, Law & Contemporary Problems*, vol. 56, No. 4, 1993, p. 88.

[42] 参见 Rebecca Mae Salokar, *The Solicitor General: The Politics of Law*, Temple University Press, 1991, p. 55.

[43] Frank Wozencraft, *OLC: The Unfamiliar Acronym*, A. B. A. J. vol. 33, 1971.

[44] 参见 James Strine, *The Office of Legal Counsel: Legal Professionals in a Political System*, Johns Hopkins University, 1992, pp. 117 - 118.

[45] 参见 Nancy Baker, *Conflicting Loyalties, Law and Politics in the Attorney General's Office, 1789 - 1990*, University Press of Kansas, 1992, pp. 146 - 147, 161 - 163.

[46] 水门事件中,总统要求司法部司法部长解除“独立检察官”Archibald Cox 的职务,遭到拒绝。因此,造成了总统与司法部的关系紧张。也影响了之后的总统与司法部的关系。

(三) 总统需面对重大的宪法问题

如果说政府内部监督制度的建立使得总统迫切需要一个自己的法律团队,而白宫与司法部的微妙关系提升了该团队在专业领域的作用,那么白宫法律顾问获得重要地位则根源于总统对宪法问题的关注。总统对于宪法问题的关注主要原因如下:

第一,联邦最高法院对于宪法问题处理不力。20世纪60年代以来宪法问题在美国政治领域中变得愈加重要。联邦最高法院扮演着越来越重要的角色。激烈的争议始于1973年关于堕胎的罗伊诉韦德案(Roe v. Wade)。在回应这些数量巨大的宪法争议时,最高法院因为司法的保守性与程序性因素未能及时满足社会的期望。^[47]

第二,社会压力要求总统就宪法争议表明立场。宪法争议不仅使得美国社会陷入两极分化的境地,^[48]也加大了两党的政治分歧。20世纪50年代至60年代,南方的民主党人坚决反对布朗诉教育委员会案(Brown v. Board of Education)的判决和早期废除学校内种族隔离的运动,而许多共和党人成为了民权联盟的领军人物。而在20世纪70年代,这一切发生了逆转,共和党的总统们谴责“配额”(quota)制度并要求限制“强制校车”(forced busing)的实行,^[49]而民主党的总统候选人们则将其作为政党策略加以辩护。^[50]1976年,共和党将平权法案(Equal Rights Amendment)作为施政纲领,而民主党转而赞同堕胎。^[51]1980年,共和党赞成生命优先原则,而民主党支持选择优先。^[52]总统候选人们在竞选阶段就必须在这些问题上表明立场以获取选票。

第三,两党分别执掌白宫与国会的情况使得党派分歧进一步演变为国家机构间的斗争。原则上,与共和党的总统一样,民主党的总统应当有很多理由为总统特权辩护。因为白宫常常掌握在共和党手中,因此不论总统是何党派,民主党占多数的国会往往会对总统的主张不屑一顾。基于同样的原因,共和党的总统在面对本党并不占优势的国会注定会采取强硬的姿态。^[53]

在这些事件中,总统必须回应选民的期待。但由于宪法问题的敏感性与复杂性,总统经常有着种种顾虑并保持着政治上的高度谨慎。^[54]在总统是否介入,何时介入、如何介入宪法争议的决策过程中,法律顾问是唯一的参与者。虽然总统大多系法律人出身,但涉

[47] 参见 Martin Shapiro, *The Supreme Court from Burger to Rehnquist*, *The New American Political System*, Anthony King ed., 2d ed., AEI press, 1990, p. 23.

[48] Karen O' Connor, Lee Epstein, *The Rise of Conservative Interest Group Litigation*, paper prepared for delivery at the annual meeting of the Midwest Political Science Association, April 28 - May 1, 1982.

[49] “配额制”与“强制校车”是废除种族隔离和种族歧视所采取的措施,前者是指在法律规定的企业或政府部门,必须雇佣一定比例的有色人种;后者是为了确保有色人种青少年能自由选择学校,学生不论种族必须乘坐校车。

[50] 参见 Hugh Davis Graham, *The Civil Rights Era: Origins and Development of National Policy, 1960 - 1972*, Oxford University Press, 1990, pp. 443 - 449.

[51] 参见 Jeremy Rabkin, Jeremy Rabkin, *At The President's Side: The Role of the White House Counsel in Constitutional Policy*, *Law & Contemporary Problems*, vol. 56, No. 4, 1993, p. 90.

[52] 参见 Jeremy Rabkin, Jeremy Rabkin, *At The President's Side: The Role of the White House Counsel in Constitutional Policy*, *Law & Contemporary Problems*, vol. 56, No. 4, 1993, p. 91.

[53] 参见 Benjamin Ginsberg, Martin Shefter, *Politics By Other Means*, Basic Books, 1990, pp. 16 - 19.

[54] 参见 Cornell Clayton, *The Politics of Justice, the Attorney General and the Making of Legal Policy*, M. E. Sharpe, 1992, pp. 143 - 145.

及到宪法问题还是需要该领域专家的协助,因此历任白宫法律顾问都是宪法领域的专家,他们为总统应对宪法问题给予了强有力支持。

综上所述,美国传统的政治文化限制了总统将司法部长作为亲信对待。此外,总统还必须从与国会的“党派争端”中脱身,应对紧迫的宪法问题带来的社会压力。白宫自己的法律顾问正是从根本上满足了总统对于这些问题的需求,因此在总统的直属机构中担当重要角色。

四 白宫法律顾问的职责

在创设之初,白宫法律顾问不是一个专业化职位,其职责完全由总统决定,在各届政府中也经常发生变化。自“法律顾问”的职位被正式确立开始,其职责也被固定下来。

白宫法律顾问又被称为“总统的律师”,这说明一方面,他们和普通律师一样向当事人提供专业法律意见;另一方面,当事人是总统,因此涉及的法律问题比较特殊,大部分都集中在宪法领域。白宫法律顾问的职责也集中在对宪法的实施与解读。

白宫法律顾问的主要职责有以下方面:

(一) 为总统行使权力寻求宪法依据

美国宪法条文简洁,是一部具有高度稳定性的法典。其条文的弹性给宪法解释留下了非常大的空间,但这也产生了各种分歧。白宫法律顾问的首要职责就是站在总统的立场上解释宪法和法律,为总统的行为提供理论上的支持和宪法依据。白宫法律顾问对于法律的解释范围很广泛。这在布什政府时期的“反恐战争”中显得尤为突出。

首先,白宫法律顾问要承担宪法的解释任务。根据美国宪法第二条,总统是美国陆军、海军和民兵的总司令,有权使用武装力量对抗他国或其他政府的军队。9.11 事件彻底暴露了美国政府在针对“非国家或无国籍战斗人员”进行的恐怖袭击的漏洞。为应对新的恐怖主义威胁,国家必须弄清措辞简单而又模糊的宪法条款的真实含义。总统、法院、国会、学界和媒体都投入进了这场历史大争论中。作为总统的首席法律顾问,白宫法律顾问是这场争论的主要参与者和主导者。

其次,白宫法律顾问还负责解释国会立法、总统行政命令以及国际公约。9.11 事件发生后,总统与国会合作,很快通过了《107-40 公法法案(Public Law Act 107-40)》,该法给了总统“使用美国军事力量的授权(Authorization for Use of United States Armed Forces, AUMF)”。规定总统可以“针对任何他所认定的计划、授意、实施和协助恐怖分子发动 9.11 袭击的国家、个人和组织采取必要和适当的武力对抗……以保证美国未来不受到国际恐怖主义的袭击。”^[55] 白宫法律顾问协助总统扩充了该法的适用范围,以支持美国针对伊拉克的战争。此外,白宫法律顾问提供的法律解释还涉及到军事法庭的建立^[56]

[55] Public Law 107-40, 115 Stat. 224, September 18, 2001.

[56] 参见 Bradley H. Patterson, *To Serve the President, Continuity and Innovation in the White House Staff*, Brookings Institution Press, 2008, p. 73.

以及对于“敌对战斗人员”的身份认定。^[57]

最后,针对具体法律的实施问题,白宫法律顾问就“法案签署声明(signing statement)”的效力与司法部进行了长期的争论。1994年,副司法部长Walter Dellinger向白宫法律顾问Abner Mikva建议:“如果总统向国会和公众声明他将拒绝执行正在签署的法案,那么这个行为是违宪的。如果总统反对国会制定的法案,应当直接行使否决权。”^[58]2006年8月,美国律师协会(ABA)也就该问题提交了一份报告,与司法部长持有相似的观点。

作为“法案签署声明”的起草者,白宫法律顾问Fielding在与白宫幕僚团成员进行讨论后作出了回应。他继续坚持“法案签署声明”的合宪性:“不必担心‘声明’的问题,因为总统不能修改宪法,而且适时向国会和民众发表自己的看法是总统政治德行的表现。”^[59]

(二)协助总统任命官员

在美国,总统作为国家元首(政府首脑)拥有行政官员的任命权。^[60]包括政府内阁成员在内的各级官员都应由总统任命,但必须经过参议院表决通过才能生效。

白宫主要从候选人的个人品格,政治能力以及私人财政状况等方面考虑提名人选。^[61]白宫法律顾问团队设有专门的律师,负责审查候选人的个人行为与财政情况。他们要负责收集信息以评估潜在的利益冲突。如果发现问题,将向白宫法律顾问和总统办公厅主任汇报。调查的具体内容包括:家庭婚姻忠诚度,是否酗酒,为家政人员所缴纳的社保税等。1993年克林顿的提名的两位司法部长候选人因为雇用非法移民,并没有缴纳相应的社保税而遭国会否决。^[62]因此,在进入国会批准程序之前,白宫法律顾问要确保候选人没有任何污点,以免令总统陷入尴尬的境地。

当任命涉及到检察官、联邦法官或者政府其他机构的法律顾问,白宫法律顾问是候选人背景审查的首要机构。很长一段时间内,有关政府司法官员的任命都被认为属于司法部职权范围,审查过程也是白宫与司法部合作。随着总统对于政府官僚体系的控制加强,从1981年开始这项工作完全由白宫法律顾问接手。^[63]

[57] Executive Order 13440 of July 20, 2007, 72 Federal Register 40707, July 24, 2007.

[58] Walter Dellinger, Opinion Memorandum for Hon. Abner J. Mikva, counsel to the president, November 2, 1994.

[59] 参见 Bradley H. Patterson, *To Serve the President, Continuity and Innovation in the White House Staff*, Brookings Institution Press, 2008, p. 76.

[60] 美国宪法第2条第2款:“总统有权提名,并于取得参议院的意见和同意后,任命大使、公使及领事、最高法院的法官,以及一切其他在本宪法中未经明定,但在未来将依法律的规定而设置之合众国官员……”

[61] 参见 Bradley H. Patterson, *To Serve the President, Continuity and Innovation in the White House Staff*, Brookings Institution Press 2008, p. 69.

[62] “保姆门(Nannygate)”事件,1993年克林顿总统先后提名佐伊·贝尔德(Zoë Baird)与金伯·伍德(Kimba Wood)为司法部长候选人,经曝光他们孩子的保姆是非法移民,并且两人未支付相应的社保税,因此遭到国会否决。之前白宫法律顾问发现了该问题,但未引起总统的重视。该事件致使克林顿政府的司法部长难产。对于提名人家政人员的审查也变得更加严格。参见 David Johnston, Parts of Attorney General-Designate's Record Disturb Some Clinton Backers, *The New York Times*, January 13, 1993. Lewis, Neil A., Woman in the News: Clinton Completes Cabinet And Points to Its Diversity: Getting Things Done: Zoe Baird, *The New York Times*, December 25, 1992.

[63] 这项集权措施引发了司法部官员的不满,1977年,卡特政府的司法部长贝尔将此视为“对于司法部权力范围的粗暴侵犯”,他声明该行为“等同于将筛选变成一项政治选择……我考虑辞职。”参见 Griffin Bell, Ronald J. Ostrow, *Take Care of the Law*, Morrow, 1982, p. 42.

通过调查筛选出名单后,白宫法律顾问办公室将在白宫举行面试。普通法官和法律顾问的面试由白宫法律顾问团队的一般成员主持。当任命涉及上诉法院法官时,白宫法律顾问和副顾问会邀请一位前国会听证委员会的书记员共同参与面试。在每周的最高级别的司法事务会议上,法律顾问向总统汇报结果,并最终确定提名人选。

提名做出后,白宫法律顾问与法律事务助理要与任命委员会的成员就审议流程和时间进行磋商。实际运作中,由于政党政治和官僚体制等原因,国会听证程序的效率与白宫的期望存在很大落差,因此白宫法律顾问需要经常与国会沟通并敦促委员会的工作。^[64]

(三)对总统赦免案的审议

宪法第 2 条赋予总统发布“缓刑和赦免的权利……”白宫法律顾问负责审核所有提交到白宫的赦免申请。正常的赦免流程是首先申请人将赦免的“正式申请”提交给司法部负责赦免事务的律师,后者撰写一份 500 字的报告,由司法部长呈交白宫。在白宫内部,法律顾问与内部工作人员讨论后向总统提交一份说明。

在克林顿任期的最后一天,总统对 140 多人给予特赦,涉及 36 个判决。其中包括克林顿的兄弟罗杰、中情局前局长多伊奇、白水案重要人物麦克杜加尔等。^[65]尤其是对于富豪里奇的赦免,被认为有政治献金的嫌疑。社会组织“司法观察(Judicial Watch)”因此向法院起诉,要求政府公开相关文件。联邦地区法院支持司法部的主张,引用“总统通讯保密权”对抗公开申请。“司法观察”继续上诉,2004 年 5 月,哥伦比亚上诉法院赞同地区法院援引“总统通讯保密权”对白宫文件的保护,但是否决了将这一保护延伸到司法部内部文件的主张。上诉法院指示地区法院对司法部文件做出区分。^[66]

(四)白宫雇员的职业道德督导

对于新当选的总统和他的幕僚团队,与白宫雇员联系紧密的职业道德问题是一个陌生的领域。因此,法律顾问成为白宫“官方指定的特别道德机构”,负责协助总统和白宫各个部门处理相关事宜,同时也肩负着白宫雇员的道德监督与教育事项。从尼克松政府开始,法律顾问还参与编写了白宫内部员工手册。该手册列出相应的工作规则,便于新雇员快速熟悉工作。

(五)联邦法律简报的审查

自 20 世纪 70 年代开始,总统注意到越来越多的政治问题被提交到联邦最高法院。在这些案件中,最高法院会要求司法部就相关问题提供相应的政府法律简报(government briefs)。总统希望能够更多地获得相关法律问题的信息,因此要求司法部长与司法部常务副部长(司法部法律顾问办公室主管)将该简报也呈送白宫。最初这项要求很少被提起,司法部也不愿意将这些文件完全交给白宫。在总统与内阁各个部门的权力争夺中,白

[64] 参见 Bradley H. Patterson, *To Serve the President, Continuity and Innovation in the White House Staff*, Brookings Institution Press, 2008, p. 70.

[65] 关于赦免名单总统没有按照惯例征求白宫法律顾问的意见。资料来源: http://www.washingtonpost.com/wp-srv/aponline/20011012/aponline135239_000.htm, 访问日期 2014 年 4 月 10 日。

[66] 地区法院最后认定 4341 页文件中,915 页不属于保护范围,应当公开。案件最后的结果是,司法部公开了这 915 页文件,但是所有相关内容都被涂黑。United States District Court for the District of Columbia, *Judicial Watch, Inc. v. U. S. Department of Justice*, Memorandum Opinion of March 28, 2003, p. 3.

官法律顾问与司法部之间关于法律与政治的争论是最激烈的。“毫无疑问,如果总统的幕僚们占了上风,所有司法部面临的议题都应当遵循政治性高于法律性的原则。那么作为全国政策决定中心的白宫自然将有权主宰一切。”^[67]

这场争论持续了30年后,双方终于达成了协议:白宫将审查所有简报。在2008年“哥伦比亚特区禁枪违宪案”中,司法部常务副部长提交给法院的政府法律简报事先经过了白宫法律顾问的审查。^[68]

(六) 总统应急手册的编订与执行

白宫法律顾问应当负责所有与总统有关的法律事务,其中也包括危机时刻的法律应对措施。所谓“应急手册(Emergence Book)”是指当总统的健康状况可能会危及权力行使时白宫的应对策略。该手册源于1981年里根遇刺事件。白宫的混乱状况使得法律顾问菲尔丁认识到有必要编写一本手册,对相关法律规定和流程进行说明。^[69]

老布什成为总统后,他的法律顾问格雷继续完善了这本手册。在这本被描绘为“全面指南”的小册子里,包含了从假设总统遇刺到继承人任职的全部过程。总统幕僚长、法律顾问、白宫医生、副总统幕僚长、秘书处主管和其他少数人都拥有一本手册。在此之后历届总统的法律顾问都会为该手册补充最新的内容。这也成为唯一一份在新老总统间流传的白宫法律文件。

综上所述,除却某些专属于白宫的特权之外,大部分白宫法律顾问有关法律方面的职权都源于司法部。这一方面体现了总统要求一个高效的法律机构以迅速面对各种挑战,毕竟,离总统更近忠诚度更高是白宫法律顾问所具备的特殊优势;^[70]另一方面,总统权力的扩张和政府行政部门官僚化的矛盾迫使总统选择避开内阁部门,转而建立自己的直属行政机构,而白宫法律顾问则填补了总统对于法律问题咨询的空白。

五 白宫法律顾问制度的影响

白宫法律顾问制度具有很强的时代与地域特色。该制度一方面其体现了公共权力运作方式理性化与运作主体专业化的特点,另一方面也是总统制权力扩张的产物。自美国白宫法律顾问制度建立之后,很多国家相继建立了类似的国家元首(或政府首脑)法律顾问制度。一些国家都与美国有着相似的政治组织模式,在法律顾问制度的权责范围、运作方式上,也受到了美国制度的影响。

(一) 建立类似白宫法律顾问制度的国家

1. 墨西哥。1976年墨西哥《联邦公共管理法》(Law of the Federal Public Administra-

[67] Griffin Bell, Ronald J. Ostrow, *Take Care of the Law*, Morrow, 1982, pp. 29-30.

[68] 参见 Bradley H. Patterson, *To Serve the President, Continuity and Innovation in the White House Staff*, Brookings Institution Press, 2008, p. 72.

[69] 参见 White Burkett Miller Center of Public Affairs, *Report of the Miller Commission on Presidential Disability and the Twenty-Fifth Amendment*, University Press of America, 1988, p. 7.

[70] 在白宫看来,司法部“太过遥远”,在“20个街区之外”。当总统提出“我们该怎么办?”时,白宫法律顾问必须快速准确地找到解决办法。而这一要求是司法部无法满足的。参见 Bradley H. Patterson, *To Serve the President, Continuity and Innovation in the White House Staff*, Brookings Institution Press, 2008, p. 67.

tion)》设立了总统法律顾问办公室,法律顾问可以直接向总统汇报工作。这个机构的主要职能是:为总统指派的事务提供法律技术上的支持;就与外国签订的协议与向国会递交的立法议案提供法律咨询;对法规、行政命令和其他法律文件进行审查;代表总统进行诉讼。

2. 土耳其。根据 1982 年的“总理组织法(Başbakanlık Teşkilatı Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun)”^[71],土耳其总理府设有法律服务部(Hukuk Hizmetleri Başkanlığı),其职责是:为政府部门提供法律、财务和刑事程序以及法律纠纷方面的法律服务;当总理就职权问题与其他部门发生纠纷时,提供法律咨询;就总理府或国务院行使权力提供法律意见;在诉讼中代表总理;在国际法院和仲裁机构捍卫土耳其总理的权利。

3. 俄罗斯。1991 年,俄罗斯联邦总统叶利钦命令在总统办公室下建立了国家法律部(State Legal Department)^[72]。该部门拥有 306 位雇员,主要任务是在总统行使职权时提供法律协助。部门的负责人享有总统助理级别。2004 年做了修改:由总统法律顾问领导;拥有 3 名副部长,15 个下属部门;工作集中在法律领域,主要任务包括向总统提供法律咨询、起草法案以及与国家立法机构就法律草案进行协商等。^[73]

4. 阿根廷。基于 2002 年第 357 号法案,阿根廷设立了法律事务副国务卿(Undersecretary of Legal Matters)。其职责主要有:为所有总统指派的事务提供法律咨询;协助总统提出立法动议;在总统签署前,对法规、行政命令和其他法律文件进行审查;向总统办公室的其他部门提供法律咨询。

5. 巴西。2003 年 5 月 28 日,巴西通过了第 10683 号法令,设立了民事办公室。该机构的主要职责有:协调和整合政府法案;事先对总统行为进行合宪性合法性审查;分析议案的优点、适当性与兼容性,为政府部门适用提供指导;对联邦公共机构的行为进行评估与监督;促进政府文件的保存与公开。

上述这些国家中,墨西哥、阿根廷与巴西都与美国一样实行完全总统制。总统既是国家元首,又是政府首脑,拥有独立的最高行政权,一切重大决策均由总统一人决断,因而总统构成国家政权结构的中心。因此,这些国家的法律顾问是作为国家元首(政府首脑)的直属机构,直接向国家元首负责。俄罗斯虽然属于半总统制国家,但是在近些年的政治实践中,随着总统的权威越来越大,也建立了直接向总统负责的庞大法律顾问机构。

(二)司法部作为国家领导人法律顾问的国家

除上述这些国家外,还有一些国家采纳了政府法律顾问的制度,不为国家领导人专设个人法律顾问,由政府行政机构中的法律部门承担国家元首(政府首脑)法律顾问的职责。

1. 英国。总检察长(Attorney General)^[74]承担该法律咨询的职责,该机构被要求“向

[71] Law No. 3056 (Oct. 10, 1984, as last amended by Law No. 6332 of June 30, 2012), 18550 RESMÎ GAZETE (Oct. 19, 1984), <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.3056.pdf>, 访问日期:2014 年 2 月 17 日。

[72] Decree of the Russian Federation President No. 322 of Dec. 27, 1991.

[73] Decree of the Russian Federation President No. 669 of May 28, 2004.

[74] 在英联邦国家,总检察长是官方的首席司法官员,即司法部长。但由于该职位通常先于司法部设立,所以一般译为总检察长,而非司法部长。该职位源自中世纪国王的法律代理人(King's Attorney)。其职责是为王室与政府等机构提供法律咨询,代表王室起诉和应诉,代表政府参加诉讼活动等。参见《元照英美法词典》,北京大学出版社 2013 年版,第 116 页。

首相和内阁提供高水准的和及时的法律协助”。^[75]

2. **法国**。总统和总理的内阁中都设有司法顾问(Advisor for Legal Matters)一职,但法律没有确立这两个机构的职责范围。^[76]

3. **德国**。联邦总理(政府首脑)法律意见来源众多,除了联邦司法部长(Federal Minister of Justice)作为官方法律顾问向政府提供法律咨询外,总理也可以委托私人律师事务所提供相应意见。此外,总统(国家元首)府也下辖法律事务部门,该机构仅就宪法问题向总统提交法律意见。^[77]

4. **日本**。内阁法制局(Cabinet Legislation Bureau)负责向首相与其他内阁成员提供法律意见。^[78]

5. **加拿大**。联邦司法部(Department of Justice)负有义务为联邦政府及其下属机构提供法律意见。此外,总理办公室可以临时任命“特别法律顾问”。^[79]

6. **澳大利亚与新西兰**。总检察长(Attorney General)是司法部的负责人,也是内阁成员;但承担政府首席法律顾问的是副总检察长(Solicitor-General),后者也是政府的出庭律师。^[80]

7. **印度**。司法和法律部的法律事务司(Department of Legal Affairs in the Ministry of Law and Justice)负责中央政府的法律咨询工作,政府的首席法律顾问由司法部长(Attorney General)担任。^[81]

8. **以色列**。司法部长(Attorney General)负责向政府部门和国家元首(政府首脑)提供法律建议。他的职责还包括为国家元首提供法律备忘录以及法案的评估。^[82]

9. **希腊**。宪法规定设立国家法律顾问(Legal Council of the State),该职位负责政府的法律事务咨询以及在诉讼中代表国家。^[83]

在依法治国已经成为世界主要潮流的今天,政府在决策过程中应当考虑法律因素。

[75] 参见英国总检察长办公室网站,资料来源:<https://www.gov.uk/government/organisations/attorney-generals-office>, 访问日期:2014年2月7日。

[76] 参见法国总统网,资料来源:<http://www.elysee.fr/la-presidence/le-cabinet-du-president-de-la-republique/>(Fr.)。访问日期:2014年2月7日。

[77] 参见德国总统网,资料来源:http://www.bundespraesident.de/EN/Home/home_node.html; jsessionid = 128CA2DD7C7D8A1DBFC6C631F5E464D6.2_cid293, 访问日期:2014年2月7日。

[78] 参见日本内阁法制局网站,资料来源:<http://www.clb.go.jp/english/about.html>, 访问日期:2014年2月8日。

[79] About Us, Department of Justice. 资料来源:<http://www.justice.gc.ca/eng/abt-apd/index.html>。访问日期:2014年2月7日。

[80] 参见 Ministerial Responsibilities of the Attorney-General, Australian Government Directory, 资料来源:http://www.directory.gov.au/directory?ea0_lf99_120.&organizationalUnit&dac9b0ad-29b4-4501-80b8-340c085f5b94, 访问日期:2014年2月7日。

[81] Constitution, Supreme Court of India. 资料来源:<http://supremecourtindia.nic.in/constitution.htm>, 访问日期:2014年2月7日。

[82] 参见 Gad Barzilai, The Attorney General and the State Prosecutor: Is Institutional Separation Warranted? 资料来源:<http://en.idi.org.il/analysis/idi-press/publications/hebrew-policy-papers/the-attorney-general-and-the-state-prosecutor-%E2%80%94-is-institutional-separation-warranted/>, 访问日期:2014年2月7日。

[83] 参见 Global Legal Research Center Law Library of Congress, *Legal Counsel to the Head of State in Foreign Countries*, p. 4。

而各个国家的法治传统,政府架构和政治理念都不相同,因此,世界各国领导人获取法律咨询的方式是多样的。美国白宫法律顾问模式开创了一种新的路径,并已经获得了一些国家的肯定和借鉴。如何将其与政府体系相协调是该制度发挥作用的关键。

六 结 论

白宫法律顾问制度是美国总统在面对新时期挑战的应对措施。自 20 世纪中期以来,国内外局势的复杂化使得总统被赋予了更大的期望与责任,他必须在传统的行政机构之外寻求新的支持。通过制度上创新,总统建立了自己的直属机构。白宫法律顾问的权限很大程度上取决于总统在宪政体系中的地位。这也防止了该机构的无限扩大。在推行总统的政策时,该机构需要与政府的其他法律机构合作。

在实际运作中,白宫法律顾问以其灵活高效的运作,专业素养以及忠诚赢得了总统的信任。他们在美国总统行政体系中起到了重要作用。白宫法律顾问因为社会实际问题而创设,在实践中发展,进而又对美国的宪政体系产生影响。该模式不仅在美国获得了成功,在其他一些国家也获得了肯定。许多国家均设立了国家元首法律顾问制度。

我国正在推行国家治理体系现代化建设,国家治理体系的现代化与法治中国是密不可分的。在建设法治中国的前提下,国家治理的各个领域与环节都应当在法治的框架下展开。中共中央十八届三中全会的《决定》首次提出“普遍建立法律顾问制度。完善规范性文件、重大决策合法性审查机制。”近年来我国一些地方党政机关已经开始了法律顾问制度的尝试。^[84] 在此时,重新审视美国白宫法律顾问制度的建立与发展流程,对于我国国家治理现代化转型与法治中国建设也具备一定的启示与借鉴。

[Abstract] The White House Counsel is appointed by the president with congressional authorization. The system was established in the Roosevelt era and developed with the changes of the U. S. government management model in the second half of the 20th century. With the expansion of presidential power, the responsibilities of White House Counsel are also expanding, and today the Counsel is playing an important role in presidential decision-making. As an important part of U. S. modern state governance system, the White House Counsel assists the Head of State (head of government) to deal with a variety of domestic and international challenges and provides constitutional support for his action. Because of the success of this system, many countries have established similar advisory system. China can also learn from this system in the modernization of its own state management system.

(责任编辑:支振锋)

[84] 2011 年 9 月 16 日,湖南省委省政府法律顾问团正式宣布成立。