翻訳　ウィリアム・A・フレッチャー裁判官
アメリカ司法部の構成と裁判官の任命

翻訳　辻　雄一郎

本原稿は、岡山大学法学会にて二〇一〇年三月十五日に講演されたウィリアム・A・フレッチャー裁判官（連邦第九控訴巡回裁判所・カリフォルニア大学バークレー校　リチャード・W・ジェニングプロフェッサー）の講演を翻訳したものである。脚注はそのままにしてある。本研究は平成二十一年度駿河台大学特別研究費の助成を受けた。

はじめに

今回の講演を主催頂いた岡山大学と中富公一先生に御礼申し上げます。辻　雄一郎先生は今回、私を招待頂き、通訳をしていただきます。辻先生は、数年前、カリフォルニア大学バークレー校ロースクールで、私の学生でした。彼は恥ずかしがるかもしれませんが、彼はアメリカ法の専門家で、在学中から数度、サンフランシスコにある裁判

所の私の執務室を訪問してくれました。彼と再会できて嬉しく思います。今日の講演の話題は、アメリカ司法部の構成と裁判官の任命です(*)。

Ⅰ．アメリカ司法部の構成

アメリカの司法部門は、奇妙な構成をとっています。二つの裁判所制度、連邦と州の裁判所がそれぞれ存在します。二つの制度は、実質的には裁判管轄上、重なりますので、多くの事件において、当事者は、どちらの裁判所に訴訟を提起するのか、を選択できます。二つの制度は、とても複雑ですので、アメリカのロースクールの全ての講義においてこの主題が扱われています。辻先生は、カリフォルニア大学バークレー校のロースクールで私の講義を受講していました。今日は、その概観を示していきます。

A．連邦裁判所

連邦裁判所は、連邦憲法第三編によって授権されます。広範ですが、限定された事物裁判管轄の事件について裁判管轄を有しています。裁判管轄の根拠は、連邦憲法第三篇に規定されています。連邦裁判所は、関係する法が事件の根拠になっている場合、一定の事件を審理することができます。例えば、連邦裁判所は連邦法に関係する全ての事件を審理することができます。当事者の属性（identity）を根拠とする一定の事件を審理することもできます。例えば、政府が当事者の場合、異なる州籍を有する市民同士の紛争です。しかしながら、もし連邦憲法第三編に事件が規定されていない場合、連邦政府は当該事件を審理することはできません。例えば、連邦裁判所は、同じ州籍

を有する州民同士の州法上の争いを審理できません。

連邦司法部は、連邦地方裁判所、連邦控訴巡回裁判所、連邦最高裁判所に分類されます(1)。連邦地方裁判所はトライアル（第一審）として機能します(2)。九四の連邦地方裁判所が存在し、それぞれの州に少なくとも一つの連邦地方裁判所が存在するほか、ワシントン・コロンビア特別地区、プエルトリコ自治区にも存在しています(3)。連邦控訴巡回裁判所は、地方裁判所の判決を審理する控訴審で、現実には、最終審として機能しています。連邦最高裁判所は、連邦法に関係する問題を扱う連邦地方裁判所及び連邦控訴巡回裁判所の判決を審理する控訴審です(4)。

連邦地方裁判所は、一年におよそ三十万件の事件を審理し、連邦控訴巡回裁判所は一年におよそ六万件の事件を審理します。連邦最高裁は、多くの事件を審理しません。連邦最高裁は、事件を審理するかどうか、の裁量権を有しています。一年の間に、連邦及び州裁判所から持ち込まれる、およそ百以下の事件に対して判断を下しています。六七九の連邦裁判所裁判官と、一七九の連邦控訴巡回裁判所裁判官、そして九人の連邦最高裁裁判官が存在します(5)。八七九の連邦裁判所裁判官全体のうち、二〇一〇年二月の段階で、一〇二が空席です(6)。二三の候補者が空席を埋めるために指名されています(7)。

B．州裁判所

連邦裁判所と比較して、州裁判所は、一般的な裁判管轄を有しています。州裁判所は、ほとんどすべての事物裁判管轄権を有しています。州裁判所は、連邦あるいは州法に関係する事件について、当事者の州籍に関わらず、事物裁判管轄権を有しています。しかしながら、連邦法の一定の分野では、州裁判所は、裁判管轄権を有しません。例えば、州裁判所は、連邦刑法(8)、連邦特許法(9)、連邦証券法に関わる事件を審理できません(10)。

州裁判所は、連邦裁判所よりも一般の人に注目されませんが、アメリカでの莫大な事件を審理します。全ての事件の九五％以上が州裁判所に持ち込まれます[11]。州裁判所は、連邦法に関する事件を審理し、アメリカの事件は高い割合で州裁判所に持ち込まれますから、州裁判所は、連邦裁判所よりも連邦上の権利の重要な保護者ということもできるかもしれません[12]。

州裁判所は、連邦裁判所同様、同じ形式で構成されます[13]。例えば、カリフォルニア州裁判所は、上級裁判所（Superior court、トライアルコート）、州控訴裁判所、カリフォルニア州最高裁判所に分けられます。現在、上級裁判所に一六二八の裁判官の籍が存在します。およそ九百五十万の事件がカリフォルニア上級裁判所に持ち込まれました。州控訴審裁判所には、百五の裁判官の籍が存在します。カリフォルニア州最高裁判所には、七つの裁判官が存在します。連邦最高裁判所同様に、上訴を受理するかどうかについて裁量権を有しています[14]。

Ⅱ．裁判官の任命

アメリカの裁判所は、連邦も州も、通常、年齢を経てから、着任します。アメリカの裁判官は、四十、五十、六十歳代で、指名されたり、選挙されたりします。彼らは、指名されたり、選挙されたりする前、普通、民間の弁護士事務所で二十年以上の専門的な経験を有しています。例えば、ロナルド・レーガン大統領は、連邦地裁の裁判官を次の場所から指名しました。四七％が民間の弁護士事務所、一〇％が政府関係の実務家、三％が政治関係、二％が法学部教員、三七％が別の裁判所の裁判官職から指名されました[15]。他の裁判所の裁判官職から連邦裁判所の職に就いた大部分の人は、以前に民間の弁護士事務所の弁護士でした。

アメリカの裁判官が、その職に就く前に実務的な経験を経ていることは、我々の制度上、裁判官の担う役割を鑑みると、重要です。連邦も州もコモンローの伝統に従い、働きます。裁判官は、既存の法ルールを適用するだけでなく、適用される法ルールを創造します[16]。

アメリカでは、裁判官が「アクティビスト」であるべきかどうか、について政治的な議論が進行しています。この議論の根拠は、我々の伝統を概して無視しています。ヨーロッパの裁判官同様、コモンロー上の裁判官が常にアクティビストだったという意味で、アメリカの裁判官は常にアクティビストでした。政治的な討論という視点から見れば、アクティビストの裁判官は、政治家とは一致しないでしょう。

A．連邦裁判所裁判官の指名

連邦憲法第三編では、大統領が連邦裁判官を指名し、上院が、彼らを承認（助言と同意）するかどうかを決定します。その過程は、理論上は単純ですが、現実には複雑です。大統領が連邦司法部へと指名する前に、上院を含めて、様々な政治的要因と結びつく長い審議のプロセスが存在します[17]。

いったん指名されると、連邦裁判所の裁判官候補者は、上院司法委員会の過半数の賛成、そして、上院全議席数の過半数の同意が必要になります。多くの非公開の手続が、遅れたり、あるいは究極的には一票差で否定されたりします。指名手続は、上院に至らない場合もあります。指名手続きが上院には至れば、上院の過半数は承認しただろう場合であっても、上院に指名手続きが至らない場合もあります[18]。

最近の政権では、連邦司法部の指名手続において、多くの党派の争いが引き起こされました[19]。承認された裁判官の数は一様ではありませんが、その範囲は限られています。次の数字は、連邦最高裁への指名を除いています。ロ

ナルド・レーガン大統領は、その二期の間に四百の裁判官を指名しましたが、その九三パーセントの三九三人が承認されました[20]。ブッシュ大統領は第一期で、二四四の裁判官を在任中に指名し、七八パーセントの一九〇が承認されました[21]。クリントン大統領は、その二期の間に、四四〇の連邦裁判官を指名しましたが、八七パーセントの三二四が承認されました[22]。ブッシュ大統領の第二期では、三七三の裁判官のうち、八七パーセントの三二四が承認されました[23]。

しかし、指名から最後の承認までの日数は、この時期に劇的に増加しました。指名から承認まで、通常の日数はレーガン大統領の時期では八九日、H・Wブッシュでは、一〇四日、クリントン大統領では、二三八日、G・W・ブッシュ第二期では三五〇日でした[24]。

個人的に記しておくならば、私自身が連邦控訴第九巡回裁判所の指名手続きは、とりわけ論争を招くものでした。クリントン大統領は、一九九五年四月に、私を指名しました。私が最終的に承認されたのは一九九八年十月でした。つまり、指名から承認まで三年半以上かかりました。この遅延には、多くの理由が存在します。もっとも重要なのは、私の母が、かつてそして現在も、私の指名された連邦裁判所で裁判官だったことです。私に反対する共和党員は、私を指名する引き換えに私の母の辞任を条件として求めました。それほど重要ではありませんが、しかし、それでもやはり現実の理由として、私とクリントン大統領はオックスフォード時代からの友人でした。共和党員は、大統領の友人の指名を遅らせることだけに喜びを感じていました。最後に、私は、カリフォルニア大学バークレー校の教授で、教員の中で、リベラルな政治的見解を有していることで有名でした。

司法上の指名手続きは大きな賭けです。いったん承認されると、連邦裁判所裁判官として、一生、非行による弾劾を除き、その任に就きます[25]。多くの連邦裁判所の裁判官は八十歳代まで十分審理します。例えば、私の母や、ま

だ裁判官職に就いており、彼女は八十七歳ですが、通常の裁判官同様の事件を処理しつづけています。

連邦裁判所の裁判官の弾劾はめったにありません。弾劾による解任手続は、二つの段階を経ます。第一に、下院が裁判官の訴追を過半数で決議し、上院が出席議員の三分の二以上の賛成で弾劾を決定します[26]。一九〇〇年以来、九人の連邦裁判所裁判官が弾劾されました[27]。彼らの五人が、上院で弾劾され、解任されました。二人が弾劾手続きの決定前に辞職し、二人が無罪であると判断されました[28]。

B. 州裁判所裁判官の任命

終生、その任に就く連邦裁判所裁判官と異なり、州裁判所の裁判官は通常、選挙で選ばれます。選挙は州ごとに異なります。しかし、実質上は、全ての州裁判所裁判官は、選挙や指名に関わらず、一定期間、その任に就きます。それから、次の任期もその任に就くために、選挙に立候補しなければなりません[29]。

州裁判所の裁判官の選挙への移行は、十九世紀前半のポピュリズムの形で始まりました。一八三〇年代アンドリュー・ジャクソン大統領の時代に、多くの州が、裁判官を選挙するようになりました。合衆国に加入した二十九州が（当初の十三州を除いて）当初、選挙ではなく、指名手続きを規定していましたが、ジャクソン大統領の時代に、憲法を採択し、裁判官職を選挙するように規定しました[30]。一八四六年から一八六〇年、十九州が、新しい憲法を採択し、裁判官の選挙手続きを規定しました[31]。選挙手続に移行する主要な動機は、裁判所の一定の判決が人々に好まれず、司法部は金持ちのエリートによって牽引され、通常の人々の見解を反映していないというものです。

アメリカをフランス人の立場から見たトゥクビルは、一八三五年に、「州憲法の中には、裁判官は選挙され、しばしば再選される。大胆にも予測すると、いつの日か、治安判事（the magistrate）の独立性が縮小されることで、

司法部のみならず民主的共和制そのものが攻撃される」だろう。[32]彼の予想は、十九世紀後半、州裁判所裁判官の選任が大きく政治化されることによって、概して正確であることが判明しました。

多くの州は、一九〇〇年代初期に、制度改革を行い、政治の影響を減らすように試みました。[33]しかし、州裁判所の選挙は、とても現実的な問題を残しています。例えば、一九八六年、七人のカリフォルニア州最高裁判所の裁判官のうち三人が、死刑に関わる事件についての判決を理由に、解任されることになりました。[34]そして、例えば、連邦最高裁判所は、昨年、ウェストバージニア州最高裁の裁判官がデュープロセスに違反していると判断しました。本件では、州最高裁の裁判官が、裁判官の選挙運動に三百万ドルを被告が寄付する事件を審理し、[35]被告に対する五千万ドルの判決を破棄するように一票を投じました。[36]もし、私がアメリカの裁判官の行政の最大の唯一の弱点を示すべきなら、それは、州裁判所の選挙です。

C. 連邦最高裁判所裁判官の任命手続

連邦最高裁の任命手続を示して、締めくくります。形式的な問題として、連邦最高裁の裁判官は、他の連邦裁判所の裁判官と同じ手続で任命されます。すなわち、大統領が指名して、上院が承認します。しかし、連邦最高裁の裁判官の任命は常に、下級の連邦裁判所の裁判官の任命手続と比べて、激しく政治的でした。連邦最高裁の裁判官の任命手続の政治的性質は、不可避です。なぜなら、我々の法の大部分は、実質上、連邦最高裁によって形成されます。理論上において、連邦最高裁は、連邦憲法の文言を解釈するだけでなく、現実には、歴史上、連邦最高裁自身も、法源の大部分でした。

私は、論争の有る任命手続の例を幾つか挙げます。最初は、ジョゼフ・ストーリーです。彼は十九世紀のもっと

も偉大な裁判官の一人です。ストーリーは、一八一一年十一月に三十二歳で連邦最高裁に任命された、もっとも若い裁判官です。しかし、彼はマディソン大統領が最初に指名した人物ではありませんでした。ストーリーは、四人目の候補者でした。[37] マディソンは、二人にその職を提案しましたが、[38] 断られました。その一人は、将来大統領になるジョン・クインシー・アダムズです。[39] マディソンは、三人目を指名しましたが、上院は拒否しました。[40] 最終的に、マディソンはストーリーを提示し、承認されました。

二人目がルイス・ブランダイスです。ブランダイスは、二十世紀初期のもっとも進歩的で偉大な裁判官です。ブランダイスは、ドイツからのユダヤ人移民の息子で、ボストンの弁護士として大企業相手に勝訴していました。ウィルソン大統領は、ブランダイスを一九一六年に指名しました。[41] 企業側、保守的な共和党員は、指名に反対しました。アメリカ弁護士協会は、ブランダイスを裁判官職に不適合であると非難しました。[42] 長い闘いの末、ブランダイスは、党の一致で、承認されました。[43]

三人目が、ロバート・ボーク裁判官です。レーガン大統領は、ボークを一九八七年、中道派のパウエル裁判官の後任に指名しました。ボークは、イェール大学ロースクールの教授で、法務省の法務次官でした。指名の当時、彼はワシントン・コロンビア特別地区の控訴裁判所の裁判官でした。[44] 専門的見地からは、ボーク氏は、十分に資格がありました。しかし、上院の民主党議員は、ボークの保守主義を懸念しました。上院司法委員会の前の承認聴聞の間に、ボークは、従来の連邦最高裁を、公民権、選挙配分の再配分、女性の権利などを含めて多くの点で批判しました。上院は、党で一致して、指名を拒否しました。

最後に、ウィリアム・ブレナンで締めくくります。その理由は、彼は、どういう見方をしても、偉大な裁判官だからです。そして、私がそのように思う理由は、私がロースクールを卒業してすぐに彼のロークラークになったか

らです。

ブレナン裁判官は、ニュージャージーのニューアークでアイルランドの移民の両親のもとに生まれました。[45] 彼は、ペンシルバニア大学を一九二八年に卒業し、一九三一年にハーバード大学で法学の学位を取得しました。[46] 卒業後、ニュージャージーにて実務を経験したあと、ニュージャージー州の第一審裁判所に任命されました。彼は、その後、すぐにニュージャージー州最高裁判所の裁判官に昇格しました。

一九五六年、連邦最高裁の席が空きました。大統領選挙は六週間前を切っていました。アイゼンハワー大統領は、共和党から再選のために立候補しました。彼は、カトリック教の信者を指名して、若い民主党のアイルランド系のカトリック教徒の政治家、ボストンのジョン・F・ケネディ上院議員の台頭を抑え込もうと考えました。ブレナンは比較的若い、アイルランド系のカトリック教徒で、民主党員でした。上院は会期外で、ブレナンを議会の休会期に指名しました。ブレナンは一九五六年の十月に連邦最高裁の職に就きました。[47] 彼は、一月に指名され、そして一九五七年の三月に上院で承認されました。

アイゼンハワー大統領は、ブレナンの指名を後悔しました。アイゼンハワー大統領の言葉によれば、自分の「二つの最悪の誤りは…連邦最高裁のブレナン裁判官とウォーレン首席裁判官だ[48]」。私は、アイゼンハワー大統領の見解とは異なります。ブレナンとウォーレンは、素晴らしい指名でした。彼らは、いわゆるウォーレンコートの核心として、刑事手続きを現代に持ち込み、第一修正を強化し、人種的平等を促進しました。

個人として、私と私の妻は、ブレナン裁判官を愛しています。彼は温厚で、寛大で、愛すべき人物でした。私たちの最初の娘は、彼の執務室のカーペットで初めてハイハイを覚えました。その生涯において、ブレナン裁判官は、彼の理解する連邦憲法の価値、言論の自由、あらゆる人々が法の前に平等であり、尊厳が保持されなければならな

いという価値に忠実でした。私が、理想的な裁判官を想起すると、ブレナン裁判官が浮かびます。州の裁判官、州最高裁の裁判官であり、連邦最高裁の裁判官として、私たちすべての模範です。

この講演がお役に立てば幸いです。今回招聘頂きありがたく存じます。

（＊）I wish to thank my law clerks, Patrick Nemeroff and Nicole Ries, for their valuable assistance in the preparation of this lecture.

（１）It also includes the Court of International Trade, which is comprised of nine Article III judges and has subject matter jurisdiction to decide civil actions against the United States arising out of any law pertaining to international trade. *See* United States Court of International Trade, *About the Court*, http://www.cit.uscourts.gov/informational/about.htm. Congress has created other courts through its legislative powers that deal in specialized areas of laws. Examples include the Court of Federal Claims, the Court of Appeals for Armed Forces, and the Tax Court. *See* Charles H. Sheldon and Linda S. Maule, Choosing Justice: The Recruitment of State and Federal Judges 148（1997）. These "Article I courts" have limited authority, *see Northern Pipeline Co. v. Marathon Pipeline Co*., 458 U.S. 50（1982）, but serve an important role in the federal government.

（２）In limited circumstances, the Supreme Court has original jurisdiction, for example when adjudicating water rights between states. *See, e.g*., Nebraska v. Wyoming, 352 U.S. 589（1945）.

（３）U.S. Courts, *United States District Courts*, http://www.uscourts.gov/districtcourts.html.

（４）The Supreme Court cannot review state court decisions under state law. Determining whether a state court opinion turns on federal or state law is sometimes difficult. *See, e.g*., Michigan v. Long, 463 U.S. 1032（1983）.

(5) Federal Judicial Center, *History of the Federal Judiciary*, http://www.fjc.gov/history/home.nsf. The number of Article III judgeships is subject to congressional control, as is the jurisdiction of the lower courts. *See* U.S. Const, art. III, sec. 1. For example, in July 2003, 15 new district court judgeships were created by Congress. *See* 21st Century Department of Justice Appropriations Authorization Act, Pub. L. 107–273, 116 Stat. 1758 (Nov. 2, 2002). Federal judges have lifetime appointments, however, and can be removed only through impeachment. This has the practical effect of limiting Congress's ability to shrink the judiciary.

(6) *See* U.S. Courts, *Current Judicial Vacancies*, http://www.uscourts.gov/judicialvac.cfm?target=/vacancies/reports/jdarvac1_current_circuit.html&newtitle=Current%20Judicial%20Vacancies (viewed on February 12, 2010).

(7) *Id*.

(8) *See* 18 U.S.C. § 3231 (2006).

(9) *See* 28 U.S.C. § 1338 (a) (2006).

(10) *See* 15 U.S.C. § 78aa (2006).

(11) *See, e.g*., Keith R. Fisher, *Education for Judicial Aspirants*, 43 Akron L. Rev. 163, 162 n.1 (2010)

(12) *See, e.g*., Henry M. Hart, Jr., *The Power of Congress to Limit the Jurisdiction of Federal Courts: An Exercise in Dialectic*, 66 Harv. L. Rev. 1362, 1401 (1953) ("In the scheme of the Constitution, [state courts] are the primary guarantors of constitutional rights, and in many cases they may be the ultimate ones.").

(13) *See* Judicial Council of California, *Fact Sheet: California Judicial Branch* (March 2009), *available at* http://www.courtinfo.ca.gov/reference/documents/factsheets/Calif_Judicial_Branch.pdf.

(14) *Id*.

(15) *See* Sheldon Gordon, Picking Federal Judges: Lower Court Selection from Roosevelt Through Reagan 348–49

(1997).

(16) “[T]he common law was and is a system in which judges, whether following or distinguishing precedent, play a vital role in creating and expounding principles of law; in its prime, the decided case was one of the basic building blocks of law.” Lawrence M. Friedman, A History of American Law 17 (1973).

“In a common–law system, judges make at least some of the law, even if their theory denies this fact.” *Id*. at 109.

(17) Charles H. Sheldon and Linda S. Maule, Choosing Justice: The Recruitment of State and Federal Judges 148, 199–200 (1997) (describing nomination process for district court judges); *id*. at 184–87 (describing process for courts of appeals judges). The process has become more centralized in the White House over time, as Presidents have sought to achieve a more merit–based selection system. *See* E. Stewart Moritz, *“Statistical Judo”: The Rhetoric of Senate Inaction in the Judicial Appointment Process*, 22 J.L. & Pol. 341, 349 (2006).

(18) *See* Moritz, *supra* note 17, at 352–58.

(19) *See generally* Nancy Scherer, Scoring Points: Politicians, Activists, and the Lower Federal Court Appointment Process 1–8 (2007).

(20) *See* Denis Steven Rutkus and Maureen Bearden, *Nominations to Article III Lower Courts by President George W. Bush During the 110th Congress*, Congressional Research Service Table 7 (Oct. 20 2008), *available at* http://www.fas.org/sgp/crs/misc/RL33953.pdf.

(21) *Id*.

(22) *Id*.

(23) *Id*.

(24) *Id*., Figure 1.

(25)　*See* U.S. Const. art. III, sec. 1; U.S. Const. art II, sec. 4.

(26)　*See generally* T.J. Halstead, *An Overview of the Impeachment Process*, Congressional Research Service (Apr. 20, 2005), *available at* http://www.senate.gov/reference/resources/pdf/98 806.pdf.

(27)　Federal Judicial History, *Impeachments of Federal Judges*, http://www.fjc.gov/history/home.nsf/page/topics_ji_bdy?OpenDocument.

(28)　*Id*.

(29)　Twenty-one states use elections for all judicial positions, and thirty nine states use elections for at least some of their judges. *See* Richard Briffault, *Judicial Campaign Codes After Republican Party of Minnesota v. White,* 153 U. Pa . L. Rev. 181, 181 (2004); Steven P. Croley, *The Majoritarian Difficulty: Elective Judiciaries and the Rule of Law*, 62 U. Chi. L. Rev. 689, 725-26 (1995). Judicial elections in most states are nonpartisan, but seven states hold partisan elections for some positions. American Judicature Society, *Judicial Selection in the States*, http://www.judicialselection.us; Sheldon & Maule, *supra* note 1, at 43. A handful of states select judges through gubernatorial or legislative appointment. *Judicial Selection White Papers: The Case for Judicial Appointments*, 33 U. Tol. L. Rev. 353, 356-59 (2002). In California, Maine, and New Jersey, the governor appoints judges. In Virginia and South Carolina, the legislature appoints judges (in South Carolina, the legislature does so with the aid of a 10-member judicial merit selection commission that screens candidates and reports to legislators). Larry C. Berkson, *Judicial selection in the United States: a special report* (American Judicature Society 2004), *available at* http://www.ajs.org/selection/docs/Berkson%205-09.pdf. In sixteen states, governors directly fill appellate court vacancies, while many others use a “merit selection” process through which governors appoint from slates provided by nominating commissions. Harry O. Lawson, *Methods of Judicial Selection*, 75 Mich. B.J. 20 (1996). Many states use a hybrid system. For example, in

California, while judges of the Supreme Court and court of appeal are appointed by the Governor, trial court judges are elected in a nonpartisan election. American Judicature Society, *Judicial Selection in the States*, http://www.judicialselection.us. Appellate judges in California are appointed for twelve-year terms, but must stand for retention in the next gubernatorial election after their appointment. *Id*.

(30) Croley, *supra* note 29, at 716.

(31) Michael R. Dimino, *Pay No Attention to That Man Behind the Robe: Judicial Elections, the First Amendment, and Judges as Politicians*, 21 Yale L. & Pol, y Rev. 301, 310–14 (2003).

(32) Alexis de Tocqueville, Democracy in America 269 (Doubleday 1969), *quoted in* Croley, *supra* note 29, at 695.

(33) *See* Sandra Day O, Connor, *The Essentials and Expendables of the Missouri Plan*, 74 Mo. L. Rev. 479, 485–86 (2009).

(34) *See* John H. Culver, *The Transformation of the California Supreme Court*, 61 Alb. L. Rev. 1461 (1998); Paul D. Carrington, *Judicial Independence and Democratic Accountability in Highest State Courts*, 61 L. & Contemp. Probs. 79, 83 (1998); Lindsey, Robert, *Deukmejian and Cranston Win As 3 Judges Are Ousted*, N.Y. Times, Nov. 6, 1986.

(35) *Caperton v. A.T. Massey Coal Co*., 129 S. Ct. 2252, 2256–59 (June 8, 2009).

(36) *Id*. at 2263–65 ("We conclude that there is a serious risk of actual bias—based on objective and reasonable perceptions—when a person with a personal stake in a particular case had a significant and disproportionate influence in placing the judge on the case by raising funds or directing the judge's election campaign when the case was pending or imminent.").

(37) *See* Morgan D. Dowd, *Justice Joseph Story and the Politics of Appointment*, 9 Am. J. Legal Hist. 265 (1965).

(38) *Id*. at 270–75.

（39） *Id*. at 275–76.

（40） *Id*.

（41） Edward A. Purcell, Jr., Brandeis and the Progressive Constitution 116–117 (Yale Univ. Press 2000).

（42） *Id*.

（43） *Id*.

（44） Griffin, *Politics and the Supreme Court: The Case of the Bork Nomination*, 5 J.L. & Pol. 551, 557 (1989).

（45） Federal Judicial Center, *Biographical Directory of Federal Judges, William J. Brennan*, http://www.fjc.gov/history/home.nsf.

（46） *Id*.

（47） Stephen J. Wermiel, *The Nomination of Justice Brennan: Eisenhower's Mistake? A Look at the Historical Record*, 11 Const. Comment. 515, 528 (1995).

（48） *Id*. at 534–35 (explaining that "it is probable, if not certain, that Eisenhower never spoke these precise words," but that "there are at least three independent sources who say they heard Eisenhower express thoughts similar to the famous, never uttered quotation"); Hunter R. Clark, Justice Brennan: The Great Conciliator 79–80 (Birch Lane Press, 1995).