



인터뷰 시리즈 #04

무소속의 법률이론가

# 리처드 엡스타인

(Richard Epstein)과의 인터뷰

 자유기업원

무소속의 법률이론가

## 리처드 엡스타인과의 인터뷰

---

스티브 채프먼 (시카고 트리뷴 칼럼니스트)

## 훔 어 보 기

시카고대학교 법과대학의 제임스 파커 홀 수훈 교수<sup>James Parker Hall Distinguished Professor</sup>(호칭의 하나임, 1982년에 시카고대학의 제임스 파커 홀 교수가 되었고 1988년에 수훈교수의 호칭을 받았음)인 리처드 A. 엡스타인(Richard Allen Epstein, 1943~ ) 교수는 미국에서 가장 도전적이며 논리적이고 영향력 있는 법률이론가의 한 사람입니다. 그에게는 세 권의 잘 알려진 저서가 있습니다. 『수용: 개인의 번영과 지배적 다수의 힘』(1985)<sup>Takings: Private Property and Power of Eminent Domain</sup>, 『숨겨진 배경: 고용차별법에 역행하는 사례』(1992), 『정부와의 계약Bargaining with the State』(1993)<sup>Forbidden Grounds: The Case Against Employment Discrimination Laws</sup>, 이 세 권의 책은 정부 권력의 제한이론에 지대한 공헌을 했습니다.

“저는 1991년에 상원의원 조 바이든(민주당, 델라웨어주)이 『수용』 한 권을 운 나쁜 클라렌스 토머스(1991년 사상 두 번째로 흑인 대법관이 된 인물)에게 들고 가 누구라도 이 책을 읽는다면 자격이 확실히 없는 사람이 대법원에 앉아 있다고 믿게 될 것이라고 말한 사실에 대해 어떤 자부심을 가지고 있습니다. 그건 일종의 찬사입니다” 라고 엡스타인은 말했습니다. “하지만 저는 브레이어(1994년 대법관에 임명됨) 인사청문회에서 과장하지 않고, 지명받은 사람에게 그가 규제완화에 대해 엡스타인의 입장에 동의하는지의 여부를 끊임없이 질문했던 사실에 더 자부심을 가지고 있습니다. 마치 그러한 입장이 분별 있는 사람이라면 찬성할 수 없다는 듯이 말입니다.”

엡스타인의 연구는 냉정하고 엄격한 판단력의 사용으로 특징지을 수 있습니다. 어떤 현안이 주어지면, 그는 하나의 주장에 대해 모든 사실과 모든 반증을 충분히 고려하여 연구했습니다. 엡스타인은 “말하는 데는 돈이 들지 않습니다. 자, 토론해 봅시다” 라고 말했습니다. 그의 신간인 『복잡한 세계를 위한 단순한 규칙』<sup>Simple Rules for a Complex World</sup>은 하버드대학 출판사에 의해 출판되었습니다. “제가 옳다는 것에 대한 확신이 서면, 저는 다른 사람들이 당장은 제게 찬성하지 않기를 원합니다. 그렇지 않으면 저는 지도적 입장에 서게 되어 손해를 입게 되는 자기만족의 위험에 빠지게 됩니다. 저는 대부분의 사람들이 동의하지 않는 세계에서 완벽하게 살아 왔습니다.”

## 리처드 엡스타인과의 인터뷰

시카고 트리뷴의 칼럼니스트인 스티브 채프먼이 시카고 대학의 그의 사무실에서 엡스타인을 인터뷰했습니다.

**질문** 박사님은 어떻게 자유주의사상에 정통하게 되셨습니까?

**엡스타인** 저의 지성적 스타일은 언제나 다수 의견에 반대하는 것입니다. 저는 만약에 모든 사람이 옳다고 생각하고 즐거워하는 입장이 있다면 거기에는 아마도 잘못이 있을 것이라고 생각합니다. 그들이 아마도 잘못되었다고 생각하는 이유는 그들이 많은 시간을 서로를 공격하는 대신 자축하는 데 사용하고 있기 때문입니다.

저는 영국에서 법률을 공부했습니다. 영국 법률학교의 가장 큰 장점은, 적어도 1960년대에는, 학생을 혼자 놓아둔다는 것입니다. 저는 저에게 무엇을 생각하라고 말해주는 선생을 갖지 못했습니다. 영국의 방식은 한 무더기의 책을 읽고 교수 앞에서 한 시간동안 이야기하는 것입니다. 그리고 또 다시 한 무더기의 책을 읽고 교수 앞에서 또 한 시간을 이야기하는 것입니다. 유일한 방향 제시는 19세기의 법률 의견들을 읽으라는 것이었습니다.

19세기의 법관들은 모두 강렬한 자유주의적 견해를 가진 수준 높은 지성인들이었습니다. 그래서 저는 제 자신의 무소속적 본능에 공감하는 방대한 양의 책들을 읽었습니다. 제가 예일대학에 돌아왔을 무렵인 1966년 경에는 집단적 정서가 지배적이라는 것을 알게 되었습니다. 저는 제가 매우 다른 길을 걸어왔음을 알게 되었습니다.

외고집과 독립성의 경험에 의해 저는 미국 학생들이 거의 읽지 않는 지식의 원천에 빠질 수 있었습니다. 제 경력에 있어 가장 중요한 점은 일찍부터 지배적인 견해에 동화되지 않았다는 것입니다.

**질문** 박사님의 자유주의적인 수련에도 불구하고 박사님은 순수한 자유주의가 세상이 움직이는 방식을 제대로 설명하고 있지 못하다고 느끼고 있습니다. 박사님이 보는 자유주의의 불충분한 점은 무엇입니까?

**엡스타인** 모든 개인은 자신의 이름으로 재산권을 가지고 있으며 모든 개인은 그들의 재산인 토지, 자본 등을 사용하고 처분할 수 있는 배타적 권리를 가진다고 이야기하는 자유주의 세계가 있습니다. 이곳에서의 협력적 행동은 오직 자발적 교환에 의해서만 이루어집니다. 이는 매우 간결한 세상입니다. 다른 무엇보다 이곳은 우선 공동자원의 급속한 소진을 방지하려는 정부의 간섭을 배제하고 있습니다. 그리고 어떤 목적의



세금이건 강제징수방식인 정부 조세체제를 금지하고 있습니다.

반대편의 극단을 보면, 국가가 B를 더 잘 살게 하기 위하여 A의 것을 빼앗아 B에게 주는 제도를 생각할 수 있습니다. 이렇게 하면 A의 상황은 나빠질 것입니다. 많은 사람들은 이를 법률행동에 의해 중개되는 도둑질이라고 여깁니다.

전통적으로 주장되어 온 자유방임과 복지국가는 누군가에 의해 설명될 수 있는 단지 두 가지의 존립 가능한 대안이었습니다. 그리고 대부분의 사람들은 우리가 세금, 경찰력 등이 전혀 없는 세상을 가지지 못한다는 것을 명백히 알고 있기 때문에 광범위한 정부 규제가 있고 세제나 다른 사회통제 제도에 의해 막대한 금액의 재분배가 이루어지고 있는 세계를 받아들여야 한다고 느끼고 있습니다.

제가 『수용』이란 책에서 말한 것은, 아니, 세 번째 방법이 있습니다. 세 번째 대안은 정부의 규제와 세금을 저항의 문제, 공공의 선의 문제, 협력의 문제를 극복하는데 사용하도록 허용하는 것입니다. 그러나 이러한 강압적 권력을 사용하는 대가로 강압을 받는 개인들에게 적어도 강압이 없던 이전보다 더 잘 살 수 있는 혜택을 제공해야 한다는 것입니다.

당신은 천진난만한 자유방임 사상을 비웃듯이 이 이론을 비웃을 수는 없습니다. 당신은 더 이상 어떤 정부도 가지지 않겠다고 주장할 수 없습니다. 당신은 더 이상 공공의 하천이 공해에 의해 파괴되고 있다고 말할 수 없습니다. 당신은 더 이상 합리적 방법으로 지하의 원유와 가스를 추출해 낼 수 없다고 주장할 수 없습니다. 당신은 더 이상 관대한 파산법을 가질 수 없다고 주장할 수 없습니다.

본질적으로 제가 『수용』이나 『정부와의 계약』에서 다시 한번 주장하고자 하는 것은 우리는 재분배가 만연하지 않고도 강요된 교환의 세계를 가질 수 있고 뉴딜 정책에 휩싸이지 않고도 자유방임을 포기할 수 있다는 것입니다. 제대로 구성된 세제 이론은 이를 달성할 수 있을 것으로 보입니다. 완벽하게 해 낼 수는 없지만 상대적으로 일률과세<sup>flat tax</sup>(하나의 세율을 가지는 과세제도)가 누진과세<sup>progressive tax</sup>(소득증가에 따라 세율이 증가하는 과세제도)보다 더 제대로 구성된 이론에 가까울 것입니다.

다른 방법으로 여기에 대해 질문을 해봅시다. 정치적 의사결정은 어떻게 이루어집니까? 자유주의 세계에서는 정치적 결정에 이르기 위해 모든 개인의 만장일치의 동의를 필요로 합니다. 우리는 만장일치제를 택했던 옛날 폴란드 의회에서는 종종 만장일치를 얻기 위해 외로운 반대자를 창 밖으로 집어 던졌다는 사실을 알고 있습니다. 다른 한편으로 다수결 원칙의 만연으로 51%의 사람들은 49%의 모든 재산을 사실상 몰수할 수 있습니다. 이것은 뉴딜 정책에서 경험한 것입니다.

지배적 다수의 타협이란 다수가 소수의 반대자들의 의견에 공정한 평가를 할 수 있을 때 온건함을 가질 수 있을 것입니다. 우리는 집단의 부담이라는 명목으로 어느 누구도 좋지 않게 만들지 않아도 되는 입장을 가질 수 있는 것입니다.

**질문** 『수용』은 법원이 헌법수정조항 제5조의 수용 조항을 해석하는 방식에 지대한 영향을 주었습니다. 이러한 효과에 고무되셨습니까?

**엡스타인** 지성적 수준에서 이야기하자면 많이는 아닙니다. 수용의 사례들을 이해하기 위해서는 이를 하나하나 지역적으로 분류해 보아야 합니다. 이 책이 나오기 전에는 모든 경제관련 사건은 주의회에서 결정한다는 것이 기본적인 태도였습니다. 당신이 매우 좋지 않은 불이익을 당한다면 당신이 할 수 있는 모든 것은 결과를 바꾸기 위한 정치적 노력입니다. 하지만 당신에게는 어떤 법률적 청구권도 없었습니다.

첫번째 돌파구가 된 사례는 “놀런 대 캘리포니아 연안 위원회(1987)” 건입니다. 이 사건은 언제나 존재해 왔지만 그동안 명쾌한 해답을 얻을 수 없었던 문제를 현안으로 제기했습니다. 미국의 토지사용제도를 뒷받침하는 허가와 승인제도에서 나오는 우려하는 결과의 범위가 무엇인가 하는 것입니다.

이 사건은 해안에 면한 조그마한 오두막집을 가지고 있는 개인에 대한 것입니다. 그는 이웃들과 같은 멋진 집을 짓고 싶었습니다. 정부는 “당신 토지의 전면에 시민들이 충분히 드나들 수 있는 토지사용권을 준다면 집을 지을 수 있도록 해 주겠소. 허가를 원하면 토지사용권을 포기하십시오” 라고 말했습니다.

자유주의자들은 이 계약이 불공정하고 비상식적인 이유를 설명하기 위해서 매우 이상한 입장을 취했습니다. 스칼리아 판사는 이런 이유를 설명하느라 무척 노력했습니다. 어떤 단계에서 그는 정부가 이런 지역의 재산권 문제에 대해 무엇을 할 수 있는지에 대해 철저한 재조사를 할 것이라고 말했습니다. 그러나 정부가 시민들과 협상에 이른 다른 사안들은 그렇지 않았으므로 그는 왜 이 특별한 상호작용의 사례만이 거부되어야 할 것인지를 충분히 설명하지는 못했습니다.

당신은 고전적 계약법의 가장 어려운 사례를 다루고 있습니다. 이 경우에는 양측에 명백히 이익이지만 그럼에도 불구하고 이것이 가능한 최대의 이익은 아닙니다. 이 경우는 모든 사람들이 생각하는, 정부의 규제에 의해 재산이 없어지거나 규제되는 편에는 잠재적 이익이 없는 수용의 상황과는 다릅니다.

두 번째로 큰 사건은 5년 뒤의 “루카스” 건입니다. 또 다시 스칼리아가 이 사건을 맡게 되었고 또 다시 매우 비원칙적이고 지성적으로 혼란스러운 결과를 가져왔습니다. “루카스” 건에서 토지 소유자는 정부에게서 다음과 같은 말을 들었습니다. “

협상은 없습니다. 당신에게는 해안에 면한 소유지 어디에도 집을 짓는 것을 허가할 수 없습니다. 해안에 피해를 줄 우려가 있기 때문입니다. 우리는 관광과 레저를 위해 이 땅을 비워 놓는 것이 더 낫다고 생각합니다.” 토지 소유자는 “이것은 토지수용입니다” 라고 말했습니다.

수용법에 능숙하지 못한 사람에게는 무슨 이런 일(수용의 제외)이 다 있겠습니까? 이것이 매우 어려운 사례라고 보이지는 않습니다. 사실 토지 소유자는 하급심에서는 패했고 대법원에 상고해서 승소했을 뿐입니다. 그러나 조심스레 말하자면, 그가 승소한 이론이 장기적인 정치적 영역에서의 평정을 의미하는 것은 아닙니다.

대법원은 그의 청구를 심각하게 받아들여야 하는 이유를 그가 모든 것을 잃어버리기 때문이라고 판정했습니다. 그 땅은 그가 언젠가 집을 지을 수 없다면 주거지로서의 가치가 없습니다. 하지만 대법원은 만약 그가 단지 매우 작은 집을 지을 수 있는 허가를 받았다면(아마도 토지 뒤편의 눈에 잘 띄지 않는 곳에) 주 정부는 얼마간 원하는 것을 얻을 수 있었을 것이라고 말했습니다. 대법원은 완전한 제한에 대해서는 완전한 보상을 하고 일부의 제한에 대해서는 그 크기가 얼마이든 보상은 없도록 하는 원칙을 만들었습니다. 그렇다면 완전한 제한이 있었던 사례에 관하여는, 이 사례는 아니었지만, 정부가 합리적 방법으로 규제할 수 있는 어떤 관습법상의 민폐가 다소간 있지 않았느냐고 마땅히 질문할 수 있습니다.

그러나 스칼리아의 판결이 끔찍한 의견인 것은, 본질적으로 부분적 토지사용 제한의 전체 영역이 현재 헌법에 규정된 정밀조사의 한계를 벗어난 것이라고 말할 수 있습니다. 만약 누군가에게 초고층 빌딩을 지을 수 없고 4층 짜리 건물을 지을 수 있다고 하거나 집을 지을 수 없고 조그마한 천막이나 오두막집을 지을 수 있다고 한다면 그들에게 아무 것도 할 수 없게 하는 것과 같습니다.

정말로 필요한 것은 정부가 토지사용의 규제를 부과하고자 할 때에는 언제나 사실에 입각하여 의견을 청취하고 매우 단순한 입장을 취해야 한다는 것입니다. 정부는 반드시 규제를 정당화하거나 손해에 대해 보상해야 합니다. 이러한 상황이라면 정부는 더 이상 항의를 받지 않을 것입니다. 그러나 이렇게 하고 있는 곳은 아무 데도 없습니다.

지금 우리는 “놀런” 건과 “루카스” 건에서 다소 우스꽝스러운 일련의 규칙들을 찾아낼 수 있습니다. 궁극적으로 다른 두 가지 사건보다 더 큰 의미를 가질 수 있는 마지막 큰 사건은 “돌런” (1994년) 건입니다. 사실을 보면 “돌런” 건은 “놀런” 건의 상황이 더욱 복잡해진 사례입니다. 정부는 허가를 보류하려고 노력했습니다. 그러나 이 건은 순수한 강요의 사례(정부의 이해만을 고려한 것이 아닌 공익을 고려한 측면도 있는 사례)는 아닙니다. 만약 당신이 이 땅의 대부분을 차지하게 되면 공공하

천의 흐름을 상당부분 불법적으로 만들게 되므로 적절한 조정이 반드시 필요하다는 존중할만한 주장이 있습니다. 렌퀴스트 판사는 올바른 태도를 보였습니다. 그는 이 사건이 우리가 정부가 무엇이 있게 하고 어떻게 있어야 하는 것을 결정하는 절대적인 자유재량 체제를 참을 수도 없고 참아서도 안 된다는 것을 보여주는 일련의 상황이라고 말했습니다. 하지만 그는 그가 만들어 냈어야 하는, 부분적으로 좋은 이유(방해가 되는 물의 흐름을 방지하는 것)와 부분적으로 좋지 않은 이유(다른 곳에서 흘러온 물이 돌린의 토지를 통해 자연스럽게 흐르도록 하는 토지사용권의 도출)의 상호작용의 심리적 구조를 이해하지 못했습니다.

당신은 이 사건의 두 구성요소를 타협시키기 위한 건설적인 규제와 협상의 악용에 대해 대화할 필요가 있습니다. 이것은 아직 법정에 가지 않은 단순한 것입니다. 당신에게 필요한 것은 당신이 노력하는 것이 양측세계의 가능한 최선의 상태라는 것을 나타내는 강력하고 정제된 이론입니다. 토지의 효용가치는 최대화하고 해로운 공해발생은 최소화하여, 긍정적인 면과 부정적인 면을 합했을 때 가능한 한 긍정적인 면이 부정적인 면보다 많도록 운영하는 것을 말합니다. 이것이 수용법안 정책이 나아가야 할 방향입니다.

**질문** 당신은 돌린 건의 결과에 고무되셨습니까? 이러한 결정에 사용된 이론에 대해서는 아십니까?

**엡스타인** 저는 그들이 이 사건에 대해 행한 철저한 재조사에 확실히 용기를 얻었습니다. 저는 렌퀴스트 판사가 이 사건에서는 이 강에 면해 있는 토지를 가지고 있는 사람들이 자기 토지의 일부분을 포기할 경우 보상을 받는 상황이 기본적으로 어떤 불공정함을 가지고 있으며 이 사람은 아무런 보상 없이 땅을 내어놓도록 강요받은 유일한 사람이라는 사실을 직관적으로 안다는 사실에 고무되었습니다. 문제는 렌퀴스트 판사가 차별적이고 남용되는 것으로 보이는 이러한 특정한 관습이 왜 사회적 소모를 가져오는지를 이해하지 않는 데 있었습니다.

대중을 설득시킬 수 있는 유일한 방법은 사람들이 수용의 사건에서 정부가 이기면 모든 사람의 돈을 절약할 수 있고 개인이 잃는 것은 조금밖에 없다고 생각하는 사고의 틀을 벗어나는 것이 시급하다는 것을 이해시키는데 있습니다. 전형적으로 일어나는 일은 정부가 1달러를 잃을 때 개인은 5달러나 10달러를 잃게 됩니다. 이런 일이 매년 수백 번 일어나게 되면 지역사회의 사회복지를 크게 누출하게 됩니다.

재산권을 이해하는 방법은 지역사회의 복지를 좌절시키기보다는 증진시키기 위해 고안된 권리제도와 같습니다. 논리 정연한 이론은 공공의 이익이란 모든 개인들의 이익의 총체이며 이러한 개인들의 이익은 재산권이 존중되며 정부에게 개인의 손실 전부를 보상하고 개인의 재산을 취할 수 있도록 허용하는 세계에서 적절히 놓여지고



조직될 수 있다는 것을 당신이 이해할 수 있도록 해 줄 것입니다.

**질문** 『정부와의 계약』이라는 책에서 박사님은 공공주택 계획의 총기소탕정책(복지계획의 일환으로 공공주택을 제공하되 총기소지를 하지 못하도록 하고 필요한 경우 가택수색 등을 규정한 정책)과 같은 주제를 다루지 않았습니까?

**엡스타인** 정부와의 계약에 대한 문제는 “놀런” 건이나 “돌런” 건에 대한 토론에서 나타난 것으로 가장 잘 이해할 수 있습니다. 이 문제는 정부가 토지소유자와 같이 어떤 종류의 감축을 위해 이런저런 조항의 인허가 형태로 개인의 의지를 가지고 놀려서 상황인 것입니다. 경찰의 총기소탕문제는 바로 헌법수정조항 제4조(개인, 주택 등에 대한 근거 없는 수색, 압류, 침범을 받지 않을 권리 등을 규정한 조문)와 관련된 현안입니다.

보편적으로, 수색해야 하는 상황에서는 당신은 수색할 지역에 대한 어떤 종류의 특별한 정보를 필요로 합니다. 만약 당신이 공공주택계획에서 총과 마약을 찾으려 한다면 특정화하는 것이 불가능하다는 것을 알게 될 것입니다. 그럼에도 불구하고 수색을 강행하는 것은 강렬한 충동으로만 여겨집니다.

자유주의자들과 같이, 저는 독단적으로 일제 소탕작전을 벌이는 경찰에 대해 매우 신경이 거슬립니다. 정부와 계약을 통해 숙박을 주어야 할까요? 가능한 해답이 있습니다. 이것이 민간의 주택계획이라고 가정합시다. 그리고 토지소유자가 모든 거주자들에게 이렇게 말했다고 합니다. “자, 보십시오. 저는 여러분들을 다 수용하려고 합니다. 그러나 여기 주변에는 너무 많은 총들이 있습니다. 저는 사람들을 보호하지 않으면 좋은 입주자들을 모시고 있을 수가 없습니다. 그래서 제가 요구하는 규칙 중의 하나는 제가 개인경찰과 함께 아무 때나 들어가서 당신들의 소유를 조사하고 만약 총이 발견되면 바로 쫓아내겠습니다.”

이것에 대한 제 견해는 이렇습니다. 만약 어떤 거주자들이 그런 조건을 좋아하지 않는다면 그들은 다른 주택을 찾아서 다른 곳으로 이주할 것입니다. 이제 논쟁을 위해 100% 개인이 소유하고 운영하는 주택건설계획이 이런 종류의 규정을 가지고 있다고 가정합시다. 그러면 정부가 임대계약에 똑같은 종류의 규정을 가질 수 없다고 말하는 것은 아주 이상하고 특이한 것입니다.

그러나 정부가 개인기업에게 그렇게 할 수 없도록 하는 조건을 부과하거나 당신이 이 곳에 살기를 희망하기 때문에 다른 사람의 주머니에서 당신에게 공공보조금을 지급하기 위해서는 정부가 당신의 동의를 받아야 한다는 식이라면, 일은 훨씬 어려워질 것입니다. 이것은 이런 문제의 근원이 되는 헌법 사상에 대한 저항을 무마하는데 사용해 온 정부보조금의 일정한 교차작용의 형태입니다. 정부는 총기소탕의 합리적

근거가 공공대중이 주택제공비용을 제공하고 있기 때문이라고 주장하고 있습니다.

1926년, 이와 관련한 문제가 “프로스트와 프로스트 트럭수송회사 대 캘리포니아 철도위원회” 건으로 현안으로 대두되었을 때, 문제가 된 것은 캘리포니아 정부가 단지 자신의 상품을 시장에 수송하는 개인 수송업자에게 “당신이 우리가 공공수송업자에게 제시한 규정과 같은 효율에 동의하지 않는다면 공공 고속도로의 사용을 허가할 수 없습니다” 라고 말할 수 있는가의 여부였습니다. 그때 서덜랜드 판사가 이런 특별한 조항을 파기하면서 주장했던 것 중의 하나는 우리 개인의 집과 아파트에 대한 터무니없는 수색과 몰수에 대해 권리를 포기하지 않는다면 공공 고속도로를 사용할 수 없다고 말하는 정부를 결코 허용할 수 없다는 것이었습니다. 이 말은 전적으로 옳다고 생각합니다. 정부 독점의 위험은 너무 크기 때문에 어떤 종류의 구속을 정부에 부과해야 합니다.

**질문** 시카고 주택당국은 사람들에게 총의 소유금지와 가택수색을 허용하는 조건으로 임대를 허가할 수 있을까요?

**엡스타인** 당신 질문의 첫 부분은 수색과 압류문제를 포함하지 않았으므로 상대적으로 문제가 없는 것처럼 보입니다. 하지만 다른 부분은 아주 민감하며 저도 어떤 조항이 있는지 보고 싶습니다. 저는 전문적이라는 말을 듣기는 싫지만, 이 문제에 대해서는 입장을 완전히 정리하지 못했습니다. 그렇지만 당신에게 두 가지 논지를 던지겠습니다.

하나는, 당신이 분명히 이런 일이 일어나기를 원치 않는다는 것입니다. 이것은 정부 소유의 건물뿐만 아니라 유사한 정부권력을 사용하는 방법의 선례를 만듭니다. 어디에든 정부는 있으며 그들은 이렇게 말할 수 있습니다. “자, 여러분에게 총이 있는지를 살피기 위해 정부가 여러분의 차와 집을 수색하지 못하게 한다면 여러분은 국립 공원에 들어올 수 없습니다.”

다른 하나는, 이러한 공공주택에 살고 있는 사람들은 자신들에게 요구되고 있는 것이 그들이 교환에서 얻을 수 있는 것보다 더 많은 부담이 된다는 것을 잘 알고 있다는 것입니다. 그리고 공공주택에 사는 90%의 입주자들은 이런 조건들을 자포자기 상태로 받아들입니다. 이런 상황은 적어도 감시되고 제한된 환경, 특히 정부가 주목할 만한 상당 수준의 위험을 피할 수 있도록 해 준다면 그들도 이러한 조건을 받아들일 것임을 믿으라고 강요하고 있습니다.

제게 더 나은 해결안이 있습니다. 실질적인 공공주택정책의 결함은 계약 만료기간이 있다는 것이며 이 기간 중에는 정부가 혼란을 야기하는 입주자를 쫓아낼 수 없습니다. 그들을 쫓아낼 수 있는 유일한 길은 이웃들이 증언해야 하는 재판을 통하는 길

입니다. 멸절한 사람이라면 보복의 위험을 감수하지 않을 것입니다. 그 대신 우리는 좋지 않은 추방정책으로 나쁜 입주자가 선한 입주자를 몰아내게 되는 공공주택계획을 가지게 된 것입니다. 이러한 경우를 시카고에서 볼 수 있습니다. 이 문제는 수색과 압류가 없는 추방정책에 의해 해결할 수 있습니다. 임대계약기간을 통해 조절할 수 있다고 생각하는 정부 특유의 해결방법의 무능함은 정부가 기업경영을 책임진다는 것이 얼마나 어려운지를 분명하게 보여줍니다.

비헌법적인 조항들과 계약의 어려움에 대한 최고의 해결책은 언제나 정부의 활동범위를 제한하려는 노력입니다. 주택건설계획을 운영하는 것은 정부가 유용한 서비스를 제공할 수 있는 상황이 아닙니다.

**질문** 정부가 좋은 서비스를 제공하지 못하는 다른 예인 시민권에 대해 얘기해 봅시다. 박 사님은 흑인과 소수민족들이 도움을 받기보다는 불이익을 더 많이 받았다고 주장한 적이 있습니다. 어떤 면에서 그렇습니까?

**엡스타인** 만일 인종관계의 일에 관여하는 주정부가 있다면 반드시 아래쪽을 보아야 합니다. 이러한 사실은 남부의 짐 크로우 건의 경우에서 분명하게 나타났습니다. 짐 크로우 건은 몇 가지의 법에만 해당된 사건이 아닙니다. 이 사건은 주정부의 심한 간섭이 직·간접으로 그의 생활 전반에 걸쳐 영향을 준 상황입니다.

현대에는 적어도 소수민족에 관한 한 정부의 적대감 문제를 다룰 필요는 없습니다. 그러나 그 영향이 당신이 원하는 것인지 아닌지에 대해서는 의문을 가질 필요가 있습니다. 만약 민권법이 통과된다면 언제나 모든 흑인과 백인에게 영향을 줄 것이라고 가정할 수 있습니다. 하지만 한 가지 눈에 띄는 자료는 흑인 인구의 상류층과 하류층의 폭이 점점 넓어진다는 것을 보여줍니다. 이 사실에 대한 한 가지 가능한 설명은 민권법이 상류의 분배를 받는 사람들을 도와주고 하층에 가까운 사람에게는 해가 되는 경향이 있다는 것입니다. 상층에 있는 사람들은 직장을 얻을 수 있고 잘 해나가고 있습니다. 그들은 해직될 가능성이 적다는 사실도 잘 알고 있습니다. 그들은 당신이 정부가 제시한 인종별, 성별, 고용할당 등을 맞추는 데 도움을 주고 그래서 당신은 반드시 그들을 고용할 것입니다.

그러나 운이 좋지 못한 사람들의 경우는 이와 다릅니다. 만일 당신이 고용차별반대법 때문에 종업원들을 해고할 수 없다는 것을 알고 있다면, 이러한 경향은 그들을 고용하는 것보다도 더 좋지 않게 될 것입니다. 해고비용은 너무 높습니다. 그래서 커다란 분산효과가 생기는 것입니다. 이 법에 의해 부유한 흑인은 더 부유해지고 가난한 흑인은 더 가난해집니다.

이런 법령들의 두 번째 역할은, 사실상 소수민족 노동자들이 시장을 형성하는 오래

된 훌륭한 경쟁제도를 더 이상 이용할 수 없게 만드는 것입니다. 만일 당신이 흑인이라면, 라이벌인 백인에 비해 아무리 금액을 적게 부르고, 당신의 좋은 면을 보여주어도 일자리를 얻을 수 없습니다. 그 선택은 당신에게 있지 않습니다. 당신은 고용주가 가진 커다란 위험을 보상해 줄 수 없습니다. 이 말은 바깥에 있는 사람은 기회를 더 갖기 위해 가격삭감의 기술을 사용할 수 없다는 것입니다.

또 다른 문제는 민권법이 구조적으로 주어진 시장에서 동료들과 비교할 수 있는 표준화된 테스트에 의존하는 것을 불가능하게 한다는 것입니다. 이 법의 최종적인 영향은 사람들이 고용 또는 다른 개인적인 결정을 할 때 인종이나 다른 어떤 것에 기준을 두고 정형화하도록 강요한다는 것입니다.

계약의 자유를 방해하는 법이 있으면, 그것은 전체적인 생산수준을 감소시키게 되고 전체적인 관료적 논쟁수준을 증가시킬 것입니다. 소수에 속해 있는 사람들 전체는 똑 같은 숫자의 다수에 속해 있는 사람들에 의해 희생될 것입니다. 모든 이에게 골고루 돌아가지 않는 상황이라면 당신이 분배문제에 아무리 분명하더라도 사람들은 항상 부족함에 불만을 느끼게 됩니다.

오늘날 미국인들에게 있어서 매우 분명한 것 중 하나는 사회의 모든 집단이 자신을 분배의 희생물이라고 생각한다는 것입니다. 만일 당신이 백인남녀와 흑인남녀, 그리고 다른 소수 민족들에 대한 포괄적인 조사를 한다면 모든 사람이 자신이 한 일의 가치에 비해 적게 받는다고 생각한다는 것을 알 수 있을 것입니다. 이것은 의욕의 문제가 있다는 의미입니다. 모든 사람을 동시에 만족시킬 수 있는 방법은 없기 때문입니다.

우리가 해야 할 일은 이런 순환에서 빠져나갈 수 있는 길을 찾는 것입니다. 우리가 유일하게 할 수 있는 일은 정부로 하여금 가능한 한 고용관계에서 손을 떼게 하는 것입니다. 고용주가 독점적인 태도를 가지고 있는 아주 드문 경우를 제외한다면 말입니다.

**질문** 민권법이 없었다면 사람들이 어떻게 더 나아질 수 있을까요?

**엡스타인** 한 가지는, 아마 이용 가능한 취업의 기회는 증가할 것입니다. 최저한도에 있는 사람들을 고용하는 비용이 감소될 것이기 때문입니다. 1960년에 다양한 민권법의 수정이 있는 이후 흑인의 실업률이 얼마나 증가했는지를 보면 상당히 놀랄 것입니다.

모든 것들이 계속 진행되기 때문에 복잡하게 얽힌 어떤 사회문제에서도 사후에 이를 설명하는 일은 매우 어렵습니다. 그러나 만약 당신이 미국에서 일정 기간 동안의 흑인생활의 개선정도를 조사해 본다면 1975년에서 1994년까지의 기간보다는 1946년에

서 1964년까지의 기간동안 더 많은 개선이 있었다는 것을 알 수 있게 될 것입니다. 앞선 기간동안의 커다란 개선은 다음 두 가지 사실에 기인합니다. 하나는 사람들을 이리저리 움직이게 하는 일련의 시장개방 원칙이며, 다른 하나는 과거의 차별대우가 잘못이었다는 새로운 지배적 사회여론입니다. 직접 자료를 조사해 보면 알겠지만, 그 시기에는 교육을 통한 통제 등이 실시되었고 다른 사람들에 비해 상대적으로 흑인들의 소득수준이 매우 빨리 증가했다는 것을 알 수 있습니다. 기본적으로는 1963과 1964년에 민권법안이 통과되어 균등에의 접근이 이루어진 것입니다.

하지만 고용이 모든 것을 다 이야기해 주는 것은 아닙니다. 단지 노동시장에서 아직 운이 좋은 사람들의 임금수준만을 보게 된다면, 당신은 법안의 통과에 의해 고용주들에게 고용비용을 상승시키게 되는 것과 관련된 모든 방해효과를 간과하게 됩니다. 당신은 흑인 남녀의 높은 실업률을 빠뜨리게 될 것입니다.

그래서 저는 동부 63번가 사람들에게 이렇게 말합니다. “당신은 충분한 급여와 안정된 생산적 소득에 대한 희망을 원하십니까? 아니면 실행가능성도 없고, 고용조건이 없는 상태로 여러분을 놓아둘 수도 없는 선전뿐인 법안에 의존하겠습니까?”

**질문** 이것은 많은 도시 내부의 문제가 흑인 중산층들이 거주지 분리를 깨뜨린 사실에서 기인한다는 윌리엄 줄리어스 윌슨의 이론과 관계가 있습니까?

**엡스타인** 부분적으로는 그렇습니다. 그가 말한 것은 민권법의 통과 이후에 흑인사회가 더 큰 양극화를 보인다는 것입니다. 잘 사는 사람은 더 잘 살게 되었고, 가난한 사람들의 사정은 더 나빠졌습니다.

제가 빌(윌리엄) 윌슨의 의견에 매우 반대하는 것은 인종차별 금지를 규정한 어떤 법령이나 법규가 전체 상황을 바꿀 수 있겠는가 하는 것입니다. 빌은 아직 뉴딜정책이 마법을 잃지 않았다고 믿고 있고, 주택공급이나 교육분야에서 정부차원의 거대한 계획이 국민 스스로가 하는 것보다 국민을 더 잘 살 수 있게 해 줄 것이라고 믿고 있습니다. 인종주의 요법이 아무런 좋은 효과를 거두지 못할 것이라는 그의 생각은 맞습니다. 그러나 전반적인 어설픈 사회공작이나 사회공학이 마찬가지로 좋은 효과를 가져오리라는 그의 생각은 잘못된 것입니다.

당신이 정말로 해야 할 일은 전체적인 정부의 부담을 줄이는 것입니다. 사람들이 원하는 곳에서 살게 하면, 일반적으로 언제나 그랬듯이, 1946년과 1960~64년의 기간에서처럼 주택자본은 향상될 것이고 소득수준은 높아질 것입니다. 이 시기는 상대적으로 규제가 심하지 않았고 정부의 간섭도 온건한 수준인 가운데 전후 성장의 혜택을 누릴 수 있었던 시기였습니다. 자유시장은 아니었습니다. 아무도 이 시기가 자유시장이었다고 가장하지는 않습니다. 그러나 그때는 거대한 사회가 출발되기 훨씬 이



전이었습니다.

**질문** 힘 있는 고용주들이 도심을 떠나는 이유 중의 하나가 민권법 때문이라고 생각하십니까?

**엡스타인** 고용주들은 노동력을 따르기 때문에 대답하기가 어려운 질문입니다. 그러나 고용인들이 만약 노동력을 향상시키기 위해 제대로 일하지 않는 사람들을 해고하고자 할 때 모든 종류의 불이익에 노출되는 환경에 처해 있다면 도심에 머무를 아무런 이유가 없습니다.

이와 관련된 많은 강력한 효과들을 민권법으로는 치유할 수가 없습니다. 교육과 고용의 결과는 30년 전에 비해 매우 커졌습니다. 그리고 이것은 인종차별 금지에 기초한 효과입니다. 기술이 축적되어 있는 사람과 그렇지 못한 사람과의 임금격차는 40년 전보다 더 심화되었습니다.

한 가지 말할 수 있는 사실은 당신이 민권법이 가져 온 확실한 해악의 정도를 파악하지 못한다면, 마치 정부가 균형 면에서나 긍정적인 결과를(특히 남용의 가능성이나 정부의 선의에 관련한 행정비용을 고려한다면) 보여주는 것처럼 보이는 그럴 듯한 결과나 설명에 대해 생각할 수 없게 될 것입니다.

**질문** 민권법이 의도하지 않은 결과로 나타났다고 인식하는 새로운 여론이 형성되었다고 보십니까?

**엡스타인** 제 생각에는 민권 관련법이 법 집행에 있어 5년 전이나 10년 전에 비해 그리 열성적이지 않다고 봅니다. 그것은 사람들이 제가 말했던 것을 귀담아 들어서 그런 것은 아닙니다. 그들이 모든 개인적인 경우들을 보았고 어떤 구조적인 개선안을 찾으려고 노력했으며 모든 일들이 30년 전보다 나아지지 않았다는 생각을 가졌기 때문입니다. 그래서 사람들은 아주 실용적인 결론에 이르렀습니다. “민권법은 매우 훌륭한 생각이지만 우리가 희망했던 것만큼 효과적이지는 않습니다.” 사람들은 반대하는 것이 아니라 덜 열성적이게 된 것입니다.

민권법에 대해서는 상대적으로 거의 토론이 없었습니다. 물론, 적극행동계획(여성차별, 소수민족차별 철폐 등을 추진하는 계획)에 대한 열망은 많았습니다. 이 토론은 이전보다 훨씬 경쟁적이었습니다. 적극행동에 대해 저는 두 가지 생각을 가지고 있습니다. 저는 민간회사, 민간연구소에 관한 국내정책에서는 이 방법이 최고라고 생각하지 않습니다. 그러나 저는 정부가 관여해서 ‘그것은 어리석은 생각입니다’ 라고 하는 것을 극단적으로 싫어합니다. 지금 우리가 해야 할 일은 그런 일이 일어나지 않도록 하는 것입니다.

그래서 저의 일반적인 자유주의적 본능은 이 문제를 다음으로 미루는 것입니다. 만일 민간회사가 적극행동계획을 원한다면 그것은 그들의 일입니다.

**질문** 학교운영에 관한 적극행동에 관해서는 어떻게 생각하십니까? 만일 입학시험에서 소수민족 학생들이 이미 입학이 허가된 다른 학생들보다 평균점수가 낮다면 어떻게 하겠습니까? 여기에 대한 적절한 접근방법은, 예를 들면 로스쿨에서라면 말입니다.

**엡스타인** 고용평등위원회(Equal Employment Opportunity Commission(EEOC))나 사립학교에 대한 보상청구가 없었다고 해도 지금보다는 조금 완화된 형태이지만 여전히 적극행동을 볼 수 있을 것입니다. 여전히 로스쿨에 지나치게 백인학생이 많은 것을 참을 수 없다는 도덕적 주장도 있을 것입니다. 저는 대부분의 학교에 그런 부분이 있다고 생각합니다. 그러나 예산 억제는 더 강화되었을 것이고 특혜입학허가는 지금보다 줄어들었을 것입니다.

현재 적극행동의 입장은 두 가지 방향으로 강화됩니다. 법이 요구하는 것이 무엇이든 여기에 찬성하는 핵심 지지자가 있습니다. 그리고 만일 행동을 함께 하지 않으면 그 단체가 제7조 소송이라는 오명을 뒤집어 쓸 두려움 때문에 그 행동에 동참하려는 다수의 개인이 있습니다.

책에서 유명한 시어즈 로벅사 사건(‘국가노동관계 위원회’ 대 ‘시어즈 로벅사’ 소송건)의 경우를 포함해서 많은 경우를 볼 수 있습니다. 각 회사들은 적극행동 프로그램을 가지고 있거나, 소위 차별정책에 관련되어 고소를 당했습니다. 현재의 법률체제 아래에서는 법의 강화에 대항하는 안전한 곳은 없습니다.

공공연구소와 관련해서는 어려움이 더욱 큼니다. 어떤 범위에서는, 저는 공공연구소를 폐지하기를 원합니다. 저는 주정부가 주립대학교를 매각해야 한다고 생각합니다. 기부금을 주고 그들이 스스로 운영하게 하는 것입니다. 그러나 그들이 존재하는 동안에는 그들을 마주보고 “당신들은 주정부의 기금을 받고 있고 상대적으로 자율적임에도 불구하고 경쟁자인 민간연구소에 비해 아무 것도 하지 못합니다. 당신들은 많은 부문에서 낮은 평가를 받고 있습니다” 라고 말하기는 매우 어렵습니다.

공공연구소에 대한 법률적 압력이 가능하다면 적극행동의 문제를 완전하게 밀고 나갈 수 있습니다. 저는 이 주제에 대해 일반화할 수 없습니다. 어떤 주에서는 정책이 상대적으로 상식에 기본을 두고 있고 다른 주의 경우에는 매우 완전히 독단적입니다. 공공부분에 관련해서 최선의 정책이 무엇인지를 밝히려는 일은 매우 힘들고 불가능에 가까운 작업입니다.

# Takings Exception

---

Richard Epstein interviewed by Steve Chapman

Richard A. Epstein, the James Parker Hall Distinguished Service Professor of Law at the University of Chicago, is one of the most provocative, controversial, and influential legal theorists in the country. His three best known books, 『Takings: Private Property and the Power of Eminent Domain』(1985), 『Forbidden Grounds: The Case Against Employment Discrimination Laws』(1992), and 『Bargaining with the State』(1993), are powerful contributions to the theory of limited state powers.

“I took some pride in the fact that Sen. Joe Biden(D Del.) held a copy of Takings up to a hapless Clarence Thomas back in 1991 and said that anyone who believes what’s in this book is certifiably unqualified to sit in on the Supreme Court. That’s a compliment of sorts,” says Epstein. “But I took even more pride in the fact that, during the Breyer hearings, there were no such theatrics, even as the nominee was constantly questioned on whether he agreed with the Epstein position on deregulation as if that position could not be held by responsible people.”

Epstein’s work is characterized by a relentless and rigorous use of reason. While developing a position on a given issue, he is constantly searching for an argument that fully accounts for the facts at hand and all possible rebuttals. “My attitude is talk is cheap, so let’s debate,” says Epstein, whose newest book, Simple Rules for a Complex World, was just published by Harvard University Press. “When I’m confident I’m right, I want people to disagree with me out of hand. Otherwise, I run the risk of a kind of complacency which can lead to the loss of a cutting edge. I’m perfectly used to living in a world in which most people disagree.”

Chicago Tribune columnist Steve Chapman interviewed Epstein at his University of Chicago office.

**Reason** How did you get acquainted with libertarian ideas?

**Epstein** My intellectual style has always been that of a contrarian. I think that if there’s a position everybody thinks is right and is happy with, then they’re probably wrong. And the reason they are probably wrong is that they spend too much time on self-congratulation instead of attacking each other.

I studied law in England. The great advantage of English law schools, at least in the 1960s, was that they left you alone. I didn’t have teachers who told me what to think. The English system was to read a bunch of stuff and then talk to a tutor for an hour and then read another bunch of stuff and then talk again with the tutor for another hour. The only direction I got was being told to read the 19th-century judicial opinions.

These 19th-century guys were all high-powered intellectuals who had strong libertarian views. So I read a huge amount of things which resonated with my own maverick instincts. By the time I came back to Yale and I heard what the dominant collective sentiment was circa 1966, I knew that I had gone off on a very different path.

The experience of being wayward and independent allowed me to dip into a set of sources that few American students read. I think the most important thing about my career was that I was not socialized early on to the dominant views.

**Reason** Despite your libertarian leanings, you feel that pure libertarianism isn't quite up to explaining the way the world works. What do you see as its shortcomings?

**Epstein** There is the kind of libertarian universe in which every individual has property rights in his or her own name, and all individuals have the exclusive right to use and dispose of their possessions -land, capital, so forth. Coordinated behavior takes place only through voluntary exchanges. That's a pretty austere world. Among other things, it precludes any government interference to prevent the premature exhaustion of common and pooled resources. And it prohibits any government system of mandatory taxation for any purpose whatsoever because it would be a forced exaction.

On the opposite extreme, there is a system in which you say the state can take from A and give to B because it wants to make B better off. It's quite willing to make A worse off to do so. That looks to most people like theft mediated by legislative behavior.

The traditional accounts of laissez faire and the welfare state have basically said that those are the only two viable alternatives that somebody can describe. And since it's perfectly clear to most people that we cannot have a world with zero taxation, zero police force, and so on, they feel we have to accept the world in which there is extensive government regulation and massive amounts of redistribution through taxation and other systems of social control.

What I said in Takings is, No, there's a tertium quid, a third alternative that allows government regulation and taxation to be used to overcome the holdout problems, the public goods problems, the coordination problems. But the quid pro quo is that if you want to use these coercive powers, you have to provide benefits to the individuals who have been coerced that leave them at least as well off as they were before the coercion takes place.



You can't ridicule this theory the same way that you can a naive version of laissez faire. You can no longer argue that you can't have any state at all. You can no longer argue that public rivers are going to be destroyed by pollution. You can no longer argue that it's impossible to extract oil and gas from underneath the earth in any kind of a sensible fashion. You can no longer argue that it's impossible to have a decent bankruptcy law.

Essentially the point that I'm trying to make in Takings -and I come back to it again in Bargaining with the State- is that you can have a world with forced exchanges without having a world of rampant redistribution, that you can abandon laissez faire without falling into the lap of the New Deal. A well-ordered theory of taxation is supposed to accomplish that. It doesn't do it perfectly, but it gets damn close to it with flat taxes relative to progressive taxes.

Another way to put this is to ask, How are political decisions made? The libertarian world is one which requires the unanimous consent of all individuals in order to reach a political decision. We know that in the old days of the Polish parliament, which required unanimous votes, they often got unanimity by taking the lone dissenter and throwing him out the window. On the other hand, rampant majoritarianism means that 51 percent can indeed confiscate the wealth of all 49 percent, which is what you get under the New Deal.

What the eminent domain compromise says that makes me a moderate is that we will allow the majority to have its way so long as it's willing to buy off its dissenters at a fair valuation. We can bring ourselves to a position in which we stop anybody from being made worse off by virtue of collective impositions.

**Reason** Takings has significantly influenced the way the courts interpret the Takings clause of the Fifth Amendment. Are you encouraged by the impact?

**Epstein** On an intellectual level, not very. To figure out what's going on with takings cases, you have to break them down almost area by area. Before the book came out, the basic attitude was that all matters of economic affairs were decided in the legislature. If you turned out to be very badly disadvantaged, all you could do was use political efforts to change the outcome. But you had no judicial recourse whatsoever.

The first of the breakthrough cases was Nollan v. California Coastal Commission 1987. It raised an issue which has always been present but has never been explicitly answered : What's the extent to which you have to worry about extraction from the permit and approval system which undergirds the land-use

system in the United States?

This was the case of an individual who had a small shack on a piece of beach-front property. He wanted to build a nice fancy house like his neighbors. The government said, “We’ll let you build that house as long as you give us a lateral easement in the front of your property for our citizens at large to move to and from. You want the permit. You surrender the easement.”

So libertarians were in a very odd position of trying to explain why it was that this contract was unjust and unconscionable. Justice Scalia tried very hard to do that. On one level, he said, we’re going to give a higher level of scrutiny toward what governments do in these local property matters. But he was not able to fully articulate the reasons why this particular transaction is objectionable whereas other bargains that governments enter into with their citizens are not.

You’re dealing with the hardest case in classical contract law : the one in which it turns out that the gains to both sides are evident, but nonetheless not as large as possible. This is different from the kinds of takings situations that most people think about where property is just wiped out by virtue of government regulation or there’s no potential gain to the regulated party.

The second big case came up five years later in Lucas. And once again, you’ve got a Scalia opinion and once again you’ve got a very fractured, intellectually confused result. In Lucas, a landowner was just told by the state : “No bargains here. You’re not allowed to build a home anywhere on your entire plot of beach-front land because we’re afraid that it might damage the coast. We think it’s better that the land be vacant for the benefit of tourism and leisure.” The landowner said, “That’s a taking.”

To people not versed in takings law, what else can the darn thing be? It doesn’t seem like it’s a very difficult case at all. In fact, the landowner lost in the lower courts, winning only when it came up in the Supreme Court. But he won on a theory which, to put it mildly, does not promise long-term serenity for the political realm.

The Court ruled that the reason we should take his claim seriously is that he’s completely wiped out. The land had no residual value once he couldn’t build on it. But, says the Court, if he had been told that he could only build a very small house -perhaps tucked off in the back of the land- then the state could more or less get what it wanted. So what the Court did was make a rule : full compensation for full wipeouts and no compensation for partial wipeouts, no

matter how large. Then, with respect to those cases in which there are complete wipeouts, they ask (and rightly so) whether or not there is some kind of a common law nuisance that the state regulation was designed to prevent in a reasonable fashion, which wasn't the case.

But what Scalia did and what was so terrible about the opinion was to say essentially that the whole area of partial land-use restrictions is now beyond constitutional scrutiny. If you tell somebody they can't build a skyscraper but they can erect a four-story building that they can't build a house but they can build a little tent or shack then there's nothing they can do about it.

What was really needed was a coherent hearing which started from the ground up and took the very simple position that any time you impose a restriction on land use, the state has to either justify the restriction or pay for the value that is being deprived. Under those circumstances, the state will no longer have an incentive to hold a claim. But that was never done.

So now we have a set of rather funny rules that derive from Nollan on the one hand and Lucas on the other. The last of the big cases, which may ultimately be more significant than the other two, was the Dolan case 1994. On its facts, Dolan was a more complicated version of the Nollan situation -the state was trying to withhold a permit. But it wasn't a pure case of exaction. There was a respectable argument that if you covered over large portions of the land, it would increase the amount of illegitimate runoff into a public creek, and some adjustment ought to be made for that. Justice Rehnquist had the right attitude. He said, Look, this is a certain set of circumstances in which it turns out that we cannot and should not tolerate a regime in which the state has perfect discretion over what it does and how it does it. But he could never figure out which frame of mind he should bring to a transaction which was imposed in part for good reasons to prevent nuisance runoff and in part for bad reasons to extract an easement so that flood waters from other places could run peacefully by the Dolan land.

You need to have a way of talking about the relationship between constructive regulation and abusive bargaining to settle out the two components in the case. That is simply something which is not yet in the courts. What you need is a very strong and well-articulated theory which indicates that what you're trying to do is get the best of both possible worlds : to maximize the useful value of land and to minimize the amount of harmful pollution, so that when you sum up the positives and the negatives, you manage to get as many positives and as few negatives as is possible. That's what the policy of takings law should be.

**Reason** Were you encouraged by the resolution of Dolan, if not the theory behind the decision?

**Epstein** I was certainly encouraged by the higher level of scrutiny that they brought into it. I was encouraged by the fact that Justice Rehnquist intuitively knew that there was something fundamentally unfair about a situation in which everybody else who had land that fronted this river was paid if they were to surrender any portion of it and that this is the only guy who's going to be forced to give his land without compensation. The problem was that Rehnquist did not understand why it was that the particular practice that seems to be discriminatory and abusive was socially wasteful as well.

The only way you'll persuade the public to understand the urgency of the takings cases is to get people out of the frame of mind where they think that for every dollar that the public body wins, the individual loses a dollar. What typically happens is the public wins \$1.00 and private owners lose \$5.00 or \$10. If you do that hundreds upon hundreds of times each year, you have a major drain on the social welfare of the community.

The way to understand property rights is as a system of rights designed to advance community welfare rather than to frustrate it. A coherent theory would allow you to understand that the public interest is the sum of all private interests and that those private interests are properly arranged and organized in a world which respects property rights but allows the government to take them so long as it compensates for the full extent of the losses.

**Reason** How does your book, *Bargaining with the State*, address topics such as gun sweeps of public housing projects?

**Epstein** The bargaining with the state problem is best understood by a reference to the discussion about Nollan and Dolan. It has to do with the situation in which the state conditions permits and licenses of one form or another on the willingness of individuals to play ball with some kind of reduction in land ownership. The police sweep question seems to be a straight forward Fourth Amendment kind of issue.

Normally, in a search situation, you require some kind of particular information about the places to be searched. People realize that if you're trying to look for guns and drugs in a public housing project, that particularization is not going to be possible. Yet there seems to be a strong impulse for trying to have the search nonetheless.

As a libertarian of sorts, I'm extremely nervous about having police sweeps that are done in unauthorized ways. Does this tie into bargaining with the state? Here's a possible answer : Suppose this was a private housing project and it turned out that the landlord said to all of the tenants, "Look, I'm willing to take you in, but there are so many guns around here that I'll never be able to keep my better tenants unless I protect them. So one of the rules that I'm going to require is that I can come in at any time with my private police force and inspect your premises and throw you out on your ear if it turns out that you have guns."

My attitude to that is, if some tenants don't like those terms, they can find another housing project and go elsewhere. Now let's suppose for the sake of argument that 100 percent of all privately owned and operated housing projects have these kinds of provisions. It would be very odd and idiosyncratic to say that the government couldn't include the same kind of provision in its leases.

But things become much more difficult if it turns out that the government wants to impose a set of conditions that private firms don't do, and the way they try to get your consent is to give you a public subsidy from other people's pockets so that you're willing to live in this place. It's the constant interplay between government subsidies being used to buy off resistance to constitutional ideals that is at the root of this problem.

In 1926, when this issue came up in a case called *Frost and Frost Trucking v. the Railroad Commission of California*, the question was whether or not California could say to a private carrier who just hauled his own goods to market, "We're not going to let you on the public highway unless you agree to the same rate regulation that we post on public carriers." One of the arguments that Justice Sutherland made when he struck down that particular condition was that we would never allow the government to say that you can only use the public highways so long as you're prepared to waive your rights against unreasonable search and seizure with respect to your private houses and apartments. I think that's absolutely correct. The dangers of government monopoly power are so enormous that some kind of constraint has to be imposed upon them.

**Reason** Should the Chicago Housing Authority be able to make granting you a lease in public housing contingent on your not possessing guns or allowing searches of your apartment?

**Epstein** The first part of your question is relatively non-problematic because it doesn't involve the search-and- seizure question. The other part is right there at the cusp and I would have to see what the provisions would be. I hate to sound



professorial, but I haven't made up my mind about this on a concrete level. But let me give you two arguments.

One is that you clearly don't want to allow this thing to happen at all. It sets a precedent for the use of similar government powers, not only with respect to state buildings. Since the government is everywhere, they can say, "Well, we won't let you enter a national park unless you allow the government to inspect your private cars or homes for guns."

On the other hand, the folks who live in these projects have a pretty good sense as to whether or not the things asked of them cost them more than the things they get in exchange. And you find that 90 percent of the tenants in public housing are desperately in favor of these kinds of conditions. That pushes me to believe that, at least under guarded and limited circumstances, they can have this, especially if the government can show the level of peril that can be averted is substantial enough to get noticed.

I have a better solution. The true vice of public housing is that at the expiration of the lease, the government cannot expel disruptive tenants. The only way you can expel them is to have a trial that requires the neighbors to testify. No sane person will take the risk of retaliation. Instead, you get public housing projects in which a bad eviction policy means that the bad tenants drive out the good tenants and you have what you see in Chicago. You can stop the problem by the eviction policy without the search-and-seizure issue. The inability to come up with a solution unique to government, to think through the terms of a lease the government could offer and make stick, makes it clear how difficult it is for the government to be in charge of a business enterprise.

The first best solution to the problem of unconstitutional conditions and of difficult bargaining is always to try and restrict the government's sphere. Running housing projects is not a situation in which the government is providing a useful service.

**Reason** Let's talk about another area in which you think the government is not providing a good example : civil rights. You've argued that blacks and other minorities have been hurt more than they've been helped. How is that?

**Epstein** If you have a state which gets in the business of race relations, you have to look at the down side. That seems pretty clear in the case of Jim Crow legislation in the South. Jim Crow was not a case of a few laws ; it was a situation in which the heavy hand of the state acted on all areas of life directly or indirectly.

In the modern context, you don't have to deal with the problem of government malevolence, at least with respect to minorities. But you do have questions about whether or not the effects are the ones you desire. It's usually assumed that if you pass a civil rights law, it will affect all blacks and all whites. But one of the things that's quite striking about the data is that the spread between the top and the bottom of the black population has gotten greater. One possible explanation is that civil rights laws tend to help those people who are in the upper end of the distribution and tend to hurt those individuals who are toward the bottom. Those people on the top are the people who get hired, and you know they'll do pretty well. You know that there's less likelihood that you will want to fire them. They help you meet whatever requirements as far as quotas and so forth, and so by all means you hire them.

But the case is different for those individuals who are less fortunate. If you know that you can't fire them because of anti-discrimination laws, the tendency is to let them languish rather than hiring them at all. The dismissal costs are just too high. So you get a huge dispersion effect. Well-off blacks are made better off and poor blacks are made worse off by these laws.

The second thing these statutes do is say, in effect, that minority workers are no longer allowed to use good old fashioned competitive mechanisms to achieve entry into a market. If you're black, you can't get a job by underbidding a rival white worker and showing you're every bit as good. That option is not open to you -you can't compensate the employer for his perceived greater risk. That means that people who are on the outside cannot use price-cutting techniques to improve their chances.

Another problem is that the civil rights laws systemically make it impossible to rely upon standardized testing to figure where people stand relative to their peers in a given market. The net effect is to force people back on stereotypes -racial or otherwise- when they make hiring or other personnel decisions.

When you have a statute which interferes with contractual freedom, it's going to reduce the total level of output and increase the total level of bureaucratic wrangling. Everybody who's a minority member is going to be victimized by that just the same as everybody who's a majority member. You have a situation in which there's less to go around and, no matter how clever you are with matters of distribution, people are always going to feel aggrieved when there's a shortage.

One of the things that is very clear about Americans today is that every group in society regards itself as a victim of discrimination. If you run a comprehensive

survey of white males, white females, black males, black females, and members of other minority groups, you can't find people who don't feel that they are getting paid less than what they are worth for the work that they do. That means that you have a real morale problem because there is no way that you can satisfy everybody simultaneously.

What we have to do is find a way to get out of this cycle. The only way in which we can do it is to keep the government as far removed from employment relations as possible, except under those very rare circumstances where we think that there's an employer who has a monopoly position.

**Reason** How would people be better off if we didn't have civil rights laws?

**Epstein** For one thing, the number of job opportunities that would be available would probably increase because the cost of hiring somebody who's marginal will be reduced. When you look at the numbers, it is quite striking how much the black unemployment rate rose after the various civil rights reforms of the 1960s.

In any complicated social problem it's very difficult to make after-the-fact explanations because all sorts of things are going on. But if you're trying to figure out the level of black improvement in the United States in real terms, it was better in the period between 1946 and 1964 than in the period 1975-94. The greater improvement in the first period can be attributed to two things. One was a series of open-market principles that allowed people to move back and forth. The other was the emergence of a new dominant social consensus that the past practices of discrimination were just a mistake. You can check the data, but I think it will show you that, when controlled for education, etc., the ratio of black earnings relative to others rose very rapidly during that period. Basically, close to parity was achieved by 1963, 1964 with the passage of the civil rights acts.

Since then, the employment figures don't tell the full story. If you only look at the wages of those who are still lucky to be in the labor market, you're going to miss all the preclusive effects associated with the passage of laws that make it costly for employers to hire. You're going to miss the higher unemployment rates for black men and women.

So I'm telling folks out on East 63rd Street, "Would you rather have a steady job at decent wages and hope for constant productivity gains? Or would you rather depend on the law to give you a boost that it cannot deliver and leave you without any kind of employment options?"

**Reason** Does this have any implications for William Julius Wilson's theory that many of the problems in the inner city stem from the fact that middle class blacks all moved out once housing segregation broke down?

**Epstein** Part of it. What he does is document the greater polarization of the black community after the passage of civil rights legislation. Those who were doing very well do better, those who were doing very poorly do even worse.

Where I disagree very vehemently with Bill Wilson is on what kind of non race specific statutes or legislative measures you would want to change the overall situation. Bill is somebody who still believes that the New Deal charm has not yet lost its magic and you can find some massive government program for housing, or for education and so forth, which will do better for people than they would do for themselves. He's right to think that race-specific remedies will not have any desired effects. But he's wrong to think that comprehensive social tinkering or engineering will do any good either.

What you really ought to do is to reduce the total level of government burden, let people live where they choose, and it will turn out that, in general over time, the level of the housing stock will improve and the level of incomes will increase, just as they did in the period between 1946 and 1960-64. That was a relatively unregulated period in which you had the benefit of the post-war growth and of moderate levels of government intervention. It wasn't a free market. Nobody pretends that it was. But there was far less going on than there was once the Great Society started up.

**Reason** Do you think one of the reasons big employers moved out of the inner city was because of the civil rights laws?

**Epstein** It's hard to say, because employers will follow their labor force. But there's certainly no reason to stay around in the inner city if it turns out that hiring workers under these circumstances will expose you to all sorts of penalties if you try to upgrade the work force and to fire people who turn out not to do well. But it would be a terrible mistake to assume that's the only thing that's going on.

A lot of it has to do with a powerful effect that no civil rights law can cure : The returns to education and employment are much greater now than they were 30 years ago. And this is a non-race-based effect. The gap in earnings between people who have quantitative skills and people who don't have quantitative skills is greater today than it was 40 years ago.

What one could say is that while you cannot measure for certain the level of harm that the civil rights statutes have done, still you cannot think of any benign outcomes or explanations that make it appear as though, on balance, they've been a net positive particularly if you take into account the possibility of abuse and the administrative costs associated even with their beneficent intentions.

**Reason** Do you think there's a new consensus emerging that recognizes the unintended consequences of civil rights legislation?

**Epstein** My sense about the civil rights stuff is that the case for enforcement is less enthusiastic now than it was five or 10 years ago. And it's not because people are taking what I've said to heart. It's because they see all the individual cases and they try to look for any systemic improvement and they just have a sense that things are not better than they were 30 years ago. So they basically have come up with a very pragmatic conclusion : "Well, it may have been a great idea but it's not working as well as we hoped." It's not that they are opposed to it, but they are less enthusiastic.

There is relatively little discussion about civil rights as such. Of course, there's more anxiety about affirmative action programs. That debate is much more closely contested than it has been before. I am of two minds with respect to affirmative action. I may not think it the best thing in the world with respect to internal policies of individual firms or institutions, but I'm extraordinarily reluctant for the government to come in and say it's just a stupid idea, now what we ought to do is to prohibit it from taking place.

So my general libertarian instincts carry over to this question : If a private firm wants to have an affirmative action program, then that's their business.

**Reason** What about affirmative action with regards to schooling, where minority candidates whose grades and entrance exams may be below the average non-minority applicant are granted admission? What would be the appropriate approach, say, for a law school?

**Epstein** If there were no EEOC and no recourse against private schools, you would still see affirmative action, but a little bit more tempered than you do today. There would still be moral claims saying that it would be intolerable to have a law school which is overly white. I think most schools would do some of it, but the budget constraints would be a bit tougher and the preferences for admission would be a bit smaller than they are now.



The current position on affirmative action is reinforced in two directions. It has a cadre of genuine supporters, who'd be in favor of it no matter what the law required. And then it has a large number of individuals who are willing to go along with it for fear that if they don't, they will enmesh their institution in an ugly Title VII suit. There are many cases on the books, including the most famous of them -the Sears Roebuck case- where it turns out a firm a) has an affirmative action program and b) is sued to the hilt with respect to its so-called discriminatory policies. It's very difficult under current law to find yourself a safe harbor against the enforcement of the statutes.

With public institutions, the difficulties are enormous. To some extent, I would like public institutions not to exist. I think that states ought to sell off their universities. Give them endowments and let them run. But if they do exist, it becomes very difficult to look them in the eye and say, "You get some state funding so, even though you are relatively autonomous, you can't do anything that a private rival institution is able to do. You've got many fewer degrees of latitude."

It's quite possible that public institutions, if pushed by legislative pressures, can go absolutely overboard on questions of affirmative action. I can't make any generalizations on the subject. In some states, the policies are relatively rooted in common sense and in other cases they may be absolutely tyrannical. Trying to figure out what the optimal policy is with respect to the public sector is something which should always be regarded as a daunting task, verging on impossibility.

---

### 리처드 엡스타인과의 인터뷰 (비매품)

1998년 3월 30일 1판 1쇄 발행

2020년 9월 3일 1판 2쇄 발행

저자 스티브 채프먼

발행자 최승노

발행처 자유기업원

주소 서울특별시 영등포구 국회대로62길 9 산림비전센터 7층

전화 02-3774-5000 · 팩스 0502-797-5058




---

\* 이 자료는 1998년 3월 30일 자유기업센터 발간물의 PDF 버전입니다.