

DEREGULATORY
TAKINGS AND
THE REGULATORY
CONTRACT

THE COMPETITIVE TRANSFORMATION
OF NETWORK INDUSTRIES IN THE UNITED STATES

美国公用事业的
竞争转型
放松管制与管制契约

[美] J. 格里高利·西达克 丹尼尔·F. 史普博◎著
宋华琳 李碛 等◎译



世纪出版集团 上海人民出版社

DEREGULATORY
TAKINGS AND
THE REGULATORY
CONTRACT

THE COMPETITIVE TRANSFORMATION
OF NETWORK INDUSTRIES IN THE UNITED STATES

美国公用事业的
竞争转型
放松管制与管制契约

[美] J. 格里高利·西达克 丹尼尔·F. 史普博◎著
宋华琳 李鸽 等◎译

图书在版编目(CIP)数据

美国公用事业的竞争转型：放松管制与管制契约 /
(美)史普博(Spulber, D. F.), (美)西达克
(Sidak, J. G.) 著; 宋华琳等译. — 上海: 上海人民出
版社, 2012

(政府管制文丛)

书名原文: Deregulatory Takings and the
Regulatory Contract: The Competitive Transformation
of Network Industries in the United States
ISBN 978-7-208-10560-7

I. ①美… II. ①史… ②西… ③宋… III. ①公用事
业—管理—研究—美国 IV. ①F299.712.41

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 020576 号

责任编辑 毛晓秋 袁晓琳
装帧设计 水玉银文化



世纪文景

美国公用事业的竞争转型：放松管制与管制契约

J. 格里高利·西达克 丹尼尔·F. 史普博著 宋华琳 李钊等译

出 版 世纪出版集团 上海人民出版社
(200001 上海福建中路 193 号 www.ewen.cc)
出 品 世纪出版股份有限公司 北京世纪文景文化传播有限责任公司
(100013 北京朝阳区东土城路 8 号林达大厦 A 座 4A)
发 行 世纪出版股份有限公司发行中心
印 刷 北京华联印刷有限公司
开 本 635×965 毫米 1/16
印 张 42.5
插 页 2
字 数 531,000
版 次 2012 年 6 月第 1 版
印 次 2012 年 6 月第 1 次印刷
ISBN 978-7-208-10560-7/F. 2089
定 价 99.00 元

政府管制是一个跨学科的话题(代总序)

17年前我开始研究政府管制的时候,虽然是用产业组织理论从自然垄断产业入手,却已经发现政府管制的出现,无论在其发源地美国还是在当时私有化和放松管制盛行的欧洲和日本,其背后都涉及复杂的政治博弈、行政立法以及政府再造的过程;11年前我在翻译《管制与市场》的时候,更明显地认识到政府管制机构的性质已超越了传统的三权分立中的一般行政机构的定位,它居然融准立法、准司法和行政执法于一身,游走于政府干预和市场调节之间;到5年前我在策划这套《政府管制文丛》的时候,结合我亲历中国政府管制改革实践近10年的切身感受,再次坚信在缺乏正式行政立法程序和行政机构组织法的前提下,要推动政府管制制度的建立和改革,必须整合国内经济学、法学(尤其是行政法学)、政治学和公共行政管理等学科的学者,开展跨学科的研究。在大力介绍政府管制国外经典著作的同时,也集中展现国内学者的优秀研究成果。

政府管制(Government Regulation),作为政府行政机构依法律授权对微观市场和社会主体(包括厂商和个人)之可能危害合同双方和社会公共利益的行为进行直接干预的手段,与传统的政府行政职能有明显的差别。它既不同于政府直接管理其预算举办的提供公共产品之公企业的行为,不同于政府通过利率、税率、汇率等参数调节社会主体之投资、储蓄和消费的宏观调控行为,也不同于政府通过财政补贴和支付转移弥补居民收入差距的社会管理行为。因此,在经济学者看来,政府管制是管制机构借助市场准入和价格管制、污染排放限额及排污权交易、制定产品和服务

的质量标准等管制工具,以弥补因自然垄断、负外部性和信息不对称等而造成的市场失灵的制约性行政行为。然而,在法学尤其是行政法学者看来,行政管制机构的管制政策制订权、其在管制政策执行过程中广泛扮演的厂商和消费者利益协调者角色以及其在司法程序中的前置裁决权,早已突破了传统行政机构的单纯执法权限制,以致惊呼传统行政法体系面临终结!同时,随着政府管制体系的快速成长,政治学者发现政府其他行政权力在急剧萎缩,并发出“管制型国家”到来的判断;对公共行政管理学者而言,政府管制机构的性质、职能、设置,及其与其他行政机构之间的横向和纵向权力关系的配置,也都成为崭新的研究课题。实际上,这些问题也早已成为世界性的政府行政管理体制改革实践中的热点。

我国也概莫能外。当西方国家如火如荼地实践政府管制体系改革之时,恰逢我国改革开放时代来临。随着自然垄断产业和城市基础设施产业的改革、金融证券市场的建立,以及其他产业的高速度和粗放型增长而造成的生态环境恶化、食品药品建筑物等产品和服务质量的失控、工作场地安全事故频发等,对我国快速建立政府管制制度提出了紧迫的要求。而随着世界贸易、气候变化等国际组织的加入,我国政府管制的建立也面临同样紧迫的压力。在一次次的政府机构改革过程中,我们开始不断发现以“监督管理局”(简称“监管”,有的学者更愿意用“监管”或“规制”代替“管制”)命名的政府机构脱颖而出。在这些机构中,具有管办分开性质的管制机构如电力监管委员会、药品食品监管局、保险监管局、证券监管局、安全生产监管局等,已经具有上述政府监管机构的基本特征;但其监管的效果尚不尽如人意。

尽管如此,对研究政府管制的国内学者来说,的确是天赐良缘。短短十余年来,他们已经广泛分布在各类研究机构和大专院校;他们或著书立说,或积极参与到这场革命性的政府行政改革过程中,为国内政府管制制度的初创立下了汗马之功。依个人之见,这一研究和参与的现象基本上可分为三个阶段和两个群体。第一个阶段是以经济学家为主体的经济性管制制度改革的研究和参与,他们为电信、电力、航空等原自然垄断产业

的改革和管制制度的建立提供了丰富的理论和政策的支持。第二个阶段是以行政法学者为主体的社会性管制制度改革的研究和参与,他们为食品、药品、环境保护以及一般性产品和服务的质量管制提供了大量的立法援助。第三个阶段是这两个群体的跨学科合作,在管制理论研究和政府管制政策制定,以及行政审批改革和政府机构改革等方面都发挥了更大的作用。

但如上所言,政府管制制度的建立和改革依然是一个留有巨大创新余地的研究领域,对所有新老进入者都是一个极大的挑战,因此需要开展独立的和跨学科的持续研究。如今,在著译者、出版社和本人的持续磨合下,这套《政府管制文丛》中的第一批译著终于要出版了。作为主编者,愉悦的心情自不待言。在此,衷心感谢已经或将陆续为这套丛书提供作品的著译者,也衷心感谢慧眼识珠的出版人,衷心期待这套丛书能够得到学术界和政策界的广泛青睐。

是勉为之序。

余 晖

2010年7月11日

于北京知行斋

献给我们的家人。

前 言

随着天然气、航空、铁路、公路、银行、证券业的放松管制，电信和电力行业也经历了明显的放松管制进程。美国网络型产业的转型预示着可观的收益。解除对价格、产品和新企业进入的政府控制，以市场机制取代之，将会带来显著的生产效率、配置效率提高，并促进技术和服务供给方面的创新。由市场来配置产品和服务还会避免成本高昂的行政过程，而这些成本支出在公共管制中是不可避免的。但问题的关键是，网络型产业的放松管制进程能否满足这些美好的愿望？ xiii

传统的美国公用事业领域的特点是将私人所有权、公司管理和对定价、服务义务和市场准入的公共控制相结合。放松管制一般被理解为公共控制的放松过程。这种类型的放松管制最有可能获得竞争的利益。然而，其他以放松管制名义行事的公共政策却有着侵犯私人所有权并增强公共控制的效果。我们不能指望此类公共政策会产生足够的市场竞争收益。在本书中，我们把那些具有降低或破坏私人所有权价值的危险，同时没有相应公正补偿措施的放松管制政策称为“放松管制的征用”（deregulatory takings）。我们进一步研究了管制契约重新谈判的问题，这种重新谈判改变了公用事业公司运营的条件和期限。我们认为，防止私人财产被征用的宪法保护以及对违约的有效救济，是网络型产业竞争性转型的合适基础。 xiv

指出放松管制的征用和违反管制契约等问题，并不意味着我们主张减缓放松管制的进程，恰恰相反，放松管制的进程需要加快。通过

公用事业转型引入竞争意味着管制者必须保持克制。他们应该逐步消除管制，而不要去试图“管理”竞争。这一目标要求管制者对称地对待在位者与进入者：管制者应当消除“在位者负担”和人为的进入壁垒。竞争的收益并非是源于管制者把收入从公用事业投资者重新分配给用户，也并非源于鼓励进入者自由地使用在位者设施的网络接入的管制政策。这些行为代表了强化管制的一种新版本，而不是放松管制。

网络型产业中的投资者进行大规模的设施投资，缘于他们期望能够从管制者那里得到合理的机会，以回收投资成本并获取具有竞争性的投资收益。那些用于建设美国电话系统和电力系统的投资，其绩效和可靠性不证自明。这些系统完全适应其所处的管制环境，但在一个竞争市场当中，却并不一定是最优的。这些系统中所表现出来的无效率，往往源于管制的绩效激励和价格控制。但是，这种无效率并不意味着管制者现在可以免除他们对被管制企业过去进行投资的责任。相反，就像在私人契约中一样，终止协议最快捷和最可靠的途径，是对缔约方的预期进行补偿，并允许缔约方寻求最有效的合同替代安排。

我们提出了放松管制争议中的主要议题。我们证实，在对放松管制征用所致合理补偿的计算与违反管制契约的有效救济之间，存在根本上的同一性。我们进一步探讨了放松管制后网络设施的接入价格问题。研究表明，“有效成分定价”（efficient component pricing）与基于投资的预期收益的估算密切相关，对预期收益的估算构成了放松管制征用的公正补偿和违约损害救济的基础。当公共政策制定者寻求把一个网络型产业向竞争开放时，这些等价原则会为他们提供某种指导。

我们希望本书不仅对各级政府机构中的公共政策制定者有用，而且

xv 也对法学、经济学和政治专业的学生和研究者有所裨益。我们的分析意在财产权和契约的法学研究，特别是对国家和私人企业之间的关系处理上有所贡献。我们的分析还提出了管制经济学问题，但更多关注的是管制实施机制，而不是去除这些管制的过程。我们力图为管制控制的

重构和解除提供指南。最后，我们的分析提出了放松管制过程中的公共选择问题，其中包括收入分配和司法问题。

如果没有前期的关注和反馈，在放松管制征用和管制契约领域的研究就无法取得进展。感谢几家法律评论的编辑人员，他们耐心地允许我们在相关期刊上发表文章，以形成和提炼我们的思想，这些文章构成了本书的重要基石。我们感谢《纽约大学法律评论》、《哥伦比亚法律评论》和《耶鲁管制》杂志。^[1]本书中的一小部分利用了发表在《哈佛法律和公共政策》杂志和《南加利福尼亚法律评论》上的文章，我们同时也感谢这两家刊物的编辑人员。^[2]

在本书写作过程中，我们得到了许多同事的建议，和他们的交谈让我们获益匪浅。1996年3月，美国企业协会召开了关于征用的研讨会，我们衷心地感谢有关与会者的反馈。我们特别感谢，奥利弗·E. 威廉森(Oliver E. Williamson)和斯蒂芬·F. 威廉斯(Stephen F. Williams)法官对我们在这一领域原创的工作论文给予的书面评论。同时，我们还要感谢1996年11月在哥伦比亚法学院举办的电信法律会议的与会者，以及1997年3月在加利福尼亚伯克利大学 Haas 学院举办的产业组织研讨会的与会者，他们对其他早期的论文作出了评论。我们也感谢凯洛格管理学院和耶鲁管理学院中，参加我们管理战略和管制课程的学生们，他们对我们讲座中提出的和本书有关的话题展开了生动的讨论。

xvi

我们感谢我们的一些朋友和同事，他们有益的评论、批评和有价值的讨论有助于改善我们现在的工作。他们是威廉·巴尔(William Barr)、威廉·J. 鲍莫尔(William J. Baumol)、基思·伯纳德(Keith Bernard)、索尔韦格·伯恩斯坦(Solveig Bernstein)、拉姆森·V. 贝特法哈德(Ramsen V. Betfarhad)、马克·B. 比尔鲍尔(Mark B. Bierbower)、罗伯特·T. 布劳(Robert T. Blau)、乔安妮·G. 布卢姆(JoAnne G. Bloom)、塞弗林·博伦斯坦(Severin Borenstein)、保罗·卡普西奥(Paul Cappuccio)、查尔斯·H. 卡拉瑟斯 III(Charles

H. Carrathers III)、迈克尔·A. 卡文(Michael A. Carvin)、凯瑟琳·K. 库姆斯(Katherine K. Combs)、爱德华·科默(Edward Comer)、罗伯特·W. 格兰代尔(Robert W. Grandall)、迈克尔·J. 克里斯蒂娜·福布斯(Michael J. Christina Forbes)、爱德华·J. 富尔(Edward J. Fuhr)、理查德·D. 加里(Richard D. Gary)、理查德·吉尔伯特(Richard Gilbert)、戴维森·W. 格兰特(Davison W. Grant)、路易斯·哈里斯(Louis Harris)、托马斯·W. 黑兹利特(Thomas W. Hazlett)、维克托·L. 侯(Victor L. Hou)、威廉·T. 莱克(William T. Lake)、亚历克斯·C. 拉森(Alex C. Larson)、兰斯·利贝曼(Lance Leibman)、保罗·W. 麦卡沃伊(Paul W. MacAvoy)、费迪南德·C. 迈耶斯(Ferdinand C. Meyers Jr.)、伊莱·M. 诺姆(Eli M. Noam)、西奥多·B. 奥尔森(Theodore B. Olson)、托马斯·帕克(Thomas Parker)、马克·A. 佩里(Mark A. Perry)、刘易斯·F. 鲍威尔 III(Lewis F. Powell III)、乔治·L. 普利斯特(George L. Priest)、约翰·W. 罗(John W. Rowe)、艾伦·施瓦茨(Alan Schwartz)、迈克尔·森科斯基(Michael Senkowski)、霍华德·A. 谢兰斯基(Howard A. Shelanski)、大卫·S. 西布莉(David S. Sibley)、梅林达·莱登·西达克(Melinda Ledden Sidak)、马歇尔·史密斯(Marshall Smith)、欧文·M. 斯特尔查(Irwin M. Stelzer)、劳伦斯·E. 斯特里克林(Lawrence E. Strickling)、帕梅拉·斯特罗贝尔(Pamela Strobel)、约翰·索恩(John Thorne)、丹尼斯·特林布尔(Dennis Trimble)、利·特里波里(Leigh Tripoli)、丹尼尔·E. 特洛伊(Daniel E. Troy)、哈尔·R. 瓦里安(Hal R. Varian)、约翰·维克斯(John Vickers)、M. 爱德华·惠兰 III(M. Edward Whelan III)、约翰内斯·W. 威廉斯(Johnnes W. Williams)、迈克尔·A. 威廉斯(Michael A. Williams)、詹姆斯·Q. 威尔逊(James Q. Wilson)、格伦·A. 沃罗奇(Glenn A. Woroch)、沃德·W. 维斯特(Ward W. Wueste)等,以及剑桥大学出版社挑选的匿名评阅人。我们感谢吉萨·

麦克唐纳(Keitha Macdonald), 她为书稿付印准备工作提供了有力的帮助。我们也感谢丽贝卡·阿门达里兹(Rebecca Armendariz)、马克·奥本斯坦(Mark Obenstine)和安东尼·约瑟洛夫(Anthony Yoseloff)有价值的辅助研究。

本书中, 我们的一些洞见是在提供专家证词的过程中出现的。在代表美国科技(Ameritech)、中部与西南部公司(Central & South West Corp.)、新纽约州能源协会(The Energy Association of New York State)、通用电话电子公司(GTE)、香港电信有限公司(Hong Kong Telecommunications Limited)、太平洋贝尔(Pacific Bell)、PECO 能源公司(PECO Energy Company)和美国电话协会(United States Telephone Association)等单位进行的管制审议过程中, 作为专家见证人的一些著名学者的反对证明, 以及在现场直播的交互讯问, 都有助于本书法律和经济推理过程的明晰。特别是, 那些礼貌地对我们的某些分析提出异议的学者, 他们是威廉·J. 鲍莫尔(William J. Baumol)、尼古拉斯·伊科诺米季斯(Nicholas Economides)、大卫·L. 卡舍曼(David L. Kaserman)、约翰·W. 梅奥(John W. Mayo)、托马斯·W. 梅里尔(Thomas W. Merrill)、贾纳兹·奥多瓦(Janusz A. Ordover)、弗雷德里克·沃伦-博尔顿(Frederick Warren-Boulton)和罗伯特·威利格(Robert D. Willig)。我们希望通过对他们学术批评的反馈来表达对他们的专业尊重, 就像他们对待我们一样。我们非常高兴有这样一个机会把我们的理论如此迅速地付诸实践, 也非常高兴得到著名同行的仔细评阅。我们希望本书有关管制制度的首次披露有助于介绍我们的理论工作, 这种理论工作不仅仅是所谓的“黑板经济学”, 希望我们的分析和结论对管制者、立法者和法学家都有所裨益。

xvii

最后, 我们感谢凯洛格研究生管理学院院长唐纳德·P. 雅各布(Donald P. Jacobs)的鼓励支持。我们特别感谢美国企业家协会会长克里斯托弗·C. 德穆思(Christopher C. DeMuth)先生对我们这项具有一定争议的研究的坚定支持。感谢剑桥大学出版社斯科特·帕里斯

(Scott Parris)的编辑工作,是他的帮助使本项目开花结果。最后,我们特别感谢妻儿在我们为完成本书而拒绝陪伴他们时表现出的耐心和理解。

J. 格里高利·西达克

丹尼尔·F. 史普博

注 释

[1] J. Gregory Sidak & Daniel F. Spulber, *Deregulation and Managed Competition in Network Industries*, 15 Yale J. on Reg. (forthcoming 1998); J. Gregory Sidak & Daniel F. Spulber, *Givings, Takings, and the Fallacy of Forward-Looking Costs*, 72 N. Y. U. L. Rev. (forthcoming 1997); J. Gregory Sidak & Daniel F. Spulber, *The Tragedy of the Telecommons: Government Pricing of Unbundled network Elements Under the Telecommunications Act of 1996*, 97 Colum. L. Rev. 1081 (1997); J. Gregory Sidak & Daniel F. Spulber, *Deregulatory Takings and Breach of the Regulatory Contract*, 71 N. Y. U. L. Rev. 851 (1996); Daniel F. Spulber, *Deregulating Telecommunications*, 12 Yale J. on Reg. 25 (1995).

[2] William J. Baumol & J. Gregory Sidak, *Stranded Costs*, 18 Harv. J. L. & Pub. Pol'y 835 (1995); Robert W. Crandall & J. Gregory Sidak, *Competition and Regulatory Policies for Interactive Broadband Networks*, 68 S. Cal. L. Rev. 1203 (1995).

目 录

前 言	1
-----------	---

第 1 章 争议的性质	1
-------------------	---

征用的图景	1
-------------	---

管制与契约	2
-------------	---

分析的范围	6
-------------	---

第 2 章 放松管制和网络定价	19
-----------------------	----

自然垄断和网络型产业	19
------------------	----

沉淀成本、进入壁垒和搁置成本	23
----------------------	----

在位者负担	28
-------------	----

开放接入和强制分类定价	42
-------------------	----

结论	46
----------	----

第 3 章 隔离与困境	56
-------------------	----

管制隔离的论证结构	59
-----------------	----

自然垄断论说	62
--------------	----

进入壁垒论说	73
--------------	----

杠杆作用论说	80
--------------	----

交叉补贴论说	85
--------------	----

结论	90
----------	----

第 4 章 管制契约	103
------------------	-----

管制契约的经济基础	103
-----------------	-----

管制契约的核心要素	113
-----------------	-----

管制契约的存续期间	126
-----------------	-----

Charles River Bridge 案和 Munn v. Illinois 案的契约基础	128
在市政当局和公用事业之间的明示契约	135
最高法院中的管制契约	140
从市政特许到州公用事业委员会的演进	152
与主权者缔约	154
得克萨斯州的管制契约	159
Winstar 案和明确无误的管制契约	161
结论	167
第 5 章 对违反管制契约的救济	186
当管制者违反管制契约时,公用事业对损害赔偿的期待	186
竞争与损害的减轻	188
对契约的修正:以激励性管制取代回报率管制	193
拒绝制定回溯性费率的规则	195
主权豁免	196
错误和不可能	201
管制契约和防止欺诈法	204
允诺禁反言	209
结论	211
第 6 章 征用和受管制公用事业的财产权	223
财产权保护的经济理念	223
征用条款的司法理念	225
管制征用以及对在位受管制公司基于投资期待的破坏	227
对网络设施的物理性侵害	233
公正补偿和对公用事业费率的管制	243
取消在位者负担的违宪性条件	256
Market Street Railway 案的不适用性	257

<i>Northern Pacific Railway</i> 案和管制者对已投入财产 预期用途的重新界定	262
对 <i>Jersey Central</i> 案中斯塔尔法官协同意见的错误 解释	267
结论	271
第 7 章 放松管制征用的公正补偿	287
公正补偿和自愿交易	287
基于投资的预期、机会成本和放松管制征用	288
放松管制的“给予”和对等补偿的抗辩	290
结论	293
第 8 章 有效成分定价规则	296
有效成分定价规则的经济分析	298
基本框架	301
基准情况	302
可竞争市场的情况	305
容量的竞争	307
产品差异化	311
结论	315
第 9 章 由市场决定的有效成分定价规则	319
分类定价的网络要素定价	322
联邦通信委员会《第 1 号报告与命令》和在位本地交换 运营商总成本的收回	345
结论	349
第 10 章 对有效成分定价的批评的答复	359
在 1996 年互联规则制定中联邦通信委员会对有效成分 定价规则的批评	359
学界对有效成分定价规则的支持者	360
政府对有效成分定价规则的支持者	361
由市场决定的有效成本定价规则, 不受对有效成分定价	

规则的误导性批评影响365

有效成分定价规则的创设者是否反对由市场决定的
有效成分定价规则?391

结论 402

第 11 章 等效原则416

预期损害赔偿417

公正补偿418

投资者估价419

有效成分定价规则422

结论423

**第 12 章 全服务长期增量成本定价和前瞻性成本的
谬误425**

强制性网络接入的全服务长期增量成本定价
问题426

受管制的网络定价和前瞻性成本的谬误440

结论446

第 13 章 放松管制征用和有效资本市场450

对有效资本市场理论的简短回顾450

公用事业承担搁置成本的风险得到补偿了吗?452

预期收入减少的可裁决性460

竞争者对收回搁置成本的反对,目光是长远还是
短浅?462

反对竞争的无政府主义论说463

通过搁置成本的证券化来重建可信的承诺466

结论468

第 14 章 收回搁置成本的限制性原理473

收回搁置成本的必要和充分条件473

管制契约、法定酬金和政府管理的卡特尔479

其他网络型产业的放松管制经验483