

公开市场规则的废止：以法律演进为视角

邓 荣

摘 要 | 公开市场规则在延绵数百年后，于1994年被英国议会正式废止。在废止前，英国法学者们普遍认为公开市场规则不再适应现代社会，需要进行修改。但是，就修改方向上，存在废止规则和扩大规则适用范围两种观点。这两种观点处于僵持状态，均无法取得绝对的支持。该规则的进一步演进与两个因素密切相关。就法学理论内部而言，存在一种推进公开市场规则演进的消极因素。由于法律发展惯性和路径依赖，法学领域内对该规则废止的可能的反对意见在无形中被消。另一方面，从法社会学的视角观察，古董商—古董所有者利益共同体对废止该规则的需求及其游说活动，极大地推动了该规则的废止进程，是其法律演进的积极因素。

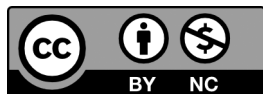
关键词 | 公开市场；善意购买人；法律演进

作者简介 | 邓荣，中国政法大学比较法学研究院2022级硕士研究生。

Copyright © 2023 by author (s) and SciScan Publishing Limited

This article is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/).

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>



一、问题的提出

英格兰普通法中存在一项延绵了数百年的货物买卖规则，即公开市场规则（market overt rule）。这项饱经争议的规则于1994年被伦顿勋爵（Lord Renton）所提出的货物买卖修正法案所废止。正如该法案在下议院表决前，赫克瑟姆区议员彼得·艾肯森（Peter Atkinson）所说，通过该法案是在“将一段法律史扫入垃圾堆”^[1]。根据现有的记录，该法案几乎没有遭到系统性的反对就被上下两院通过了。当然，这不排除是因为大部分议员们对这个规则都十分陌生。^[2]

虽然公开市场规则已经被扔入废纸篓，但是从

法律演进的角度来说，如此漫长的演进历史与如此迅捷的废止过程之间的强烈对比，很难不引起我们的好奇。究竟是什么原因使得这项古老的、并且已经在现代社会（如果从20世纪起算）沿用近百年的规则戛然而止？同时，就公开市场规则本身而言，它的废止似乎引发了一些新的问题，比如，衡平法和普通法在善意购买人领域的规则由此出现了重大分歧。以上两个问题都是目前未有文献涉足的领域。

[1] HC Deb 15 July 1994, vol 246, c. 1343.

[2] HL Deb 12 January 1994, vol. 551, cc. 209–223.

因本文尝试从法律演进的视角切入,尝试回应它们。

关于公开市场规则的起源和发展,英国学界已有比较多的考证和研究,然而国内对此关注不多。但是,“为了知道什么是(法律),我们必须知道它曾经是什么,亦即它将是是什么”。^[1]这是一种早期的法律演进理论的核心主张,亦即在历史的维度下对法律进行完整的考察是必须的。时至今日,关于法律演进的观点根植于英美法律思想中,甚至成了一种“常识”。^[2]本文的方法论前提亦是这种关于进化论式的观念。应当特别指出,法律演进理论在总体上是存在且被广泛运用的,从萨维尼、梅因、威格摩尔、霍姆斯到现代的科尔宾、克拉克、卢曼等著名法学家都曾运用过法律演进理论,甚至将它们作为自己学说的核心要素。直到最近,我想无需特别举证,这种方法也在法学研究中被广泛使用。总的来说,法律演进理论可以分为三个视角或领域,亦即教义学(法学内部)的、经济学的和社会学的法律演进理论。^[2]本文主要通过教义学和社会学的视角对公开市场规则的演进进行分析。

因此,本文的第二部分拟借鉴已有的研究成果,对公开市场规则的历史性知识进行重新梳理,或者说梳理它的“演进历史”,为下文进一步的讨论,即关于如何理解它在1994年的废止奠定基础。第三部分将聚焦于现代公开市场规则的“过去”,亦即学者对于其的批评意见,尝试说明法学共同体内部

关于公开市场规则命运问题的不同意见呈现僵持状态。第四部分和第五部分则关注公开市场规则的“未来”,亦即它被废止的过程和影响。其中,第四部分主要从法学的内部视角切入,探讨公开市场规则被废止后,衡平法和普通法对善意购买人进行差异化处理的正当化依据,同时也是公开市场规则得以被废止的消极因素。第五部分则在法社会学的视域下探求公开市场规则被废止的社会学动力因素。

二、演进历史:对公开市场规则的“知识考古”

顾名思义,公开市场规则的存在以特定的“市场”内涵为前提。^[3]在历史意义上的研究中,追溯“第一个市场”出现的意义有限。^[4]但是对此做一个粗略的介绍对于理解下文内容是有益的。阿尔弗雷德大帝(Alfred the Great)之子 and 继任者,威塞克斯国王长者爱德华(Edward the Elder)在他的法令中明确规定,“任何人不得在集镇(market town)之外买卖;除非他在市政治安官(portreeve)或其他可信任的有信誉的人的见证下(如此行为)”^[5]。其子埃塞尔斯坦(Aethelstan)在他的法令中对这一规定进行了轻微修改,规定仅大于20便士的交易应当适用上述规定。^[6]在盎格鲁—撒克逊时代之前,得益于罗马军团的征服,不列颠群岛出现过比较繁荣的商业和集市。不过随着罗马人的离开,从四世

[1] Oliver W. Holmes, The Collected Works of Justice Holmes, Chicago: University of Chicago Press, 1995, p. 115.

[2] See E. Donald Elliott, “The Evolutionary Tradition in Jurisprudence”, 85 (1) Columbia Law Review 38, (1985).

[3] Charles Verlinden. Markets and Fairs, The Cambridge Economic History of Europe from the Decline of the Roman Empire, Cambridge: Cambridge University Press, 1966, pp. 119-154.

[4] R H Britnell, English Markets and Royal Administration before 1200, 31 (2) The Economic History Review 183.

[5] Frederick Levi Attenborough ed., transl., The Laws of the Earliest English Kings, Cambridge: Cambridge University Press, 2015, p. 115. “market town”通常被译为集镇,是指有权进行商事交易的城镇。最初,集镇通常出现在城堡或修道院等设防地点附近。这不仅是为了集镇需要它们的保护,还因为城堡和修道院本身也存在对商品和服务的需求。Mark Casson. John S. Lee, The Origin and Development of Markets: A Business History Perspective, 85 (1) Business History Review 9, (2011). 早期的集镇是经由习惯发展形成的。大约从12世纪开始,欧洲的国王们才向城镇授予特许状,允许他们在特定的日子举办市场。Christopher Dyer, Everyday Life in Medieval England, London: Hambledon Continuum, 1994, pp. 283-303.

“Portreeve”是一个英格兰和威尔士地区的历史性职衔,源于长者爱德华时期,主要负责监督交易的进行并收取税金,禁止人们在非正式地点进行交易等。Tait James, The Medieval English Borough, Manchester: Manchester University Press, 1936, pp. 168-169.

[6] Frederick Levi Attenborough ed., transl., The Laws of the Earliest English Kings, Cambridge: Cambridge University Press, 2015, p. 135.

纪后期开始，不列颠群岛上的贸易逐渐萎缩，直到5世纪早期或者中期，系统性的贸易已经实际上不存在了。在六世纪左右，一个新的商业系统才得以逐渐形成。^[1]直到阿尔弗雷德大帝时期，英格兰才步入城市化发展的进程。^[2]

虽然人们在市集上售卖不同的产品，但从很早的时候开始，市集中的善意购买人保护问题通常与盗窃物这一特定类型物联系在一起。据考证，早期的英国自治市对这一问题通常采取双元的解决方案——即区分市民和外国人而处理。

在莱米斯韦尔（Leis Willelme）的描述和布雷克顿（Henry de Bracton，?—1268）时代，即12—13世纪的普通法中，在市场上购得盗窃物的善意购买人，可以在官方提供的见证下免罪，但是他必须返还该盗窃物，并且无法索回他为购买该物而支出的金钱或物品。^[3]更具体来说，不列颠其他地区的自治市在这方面的做法不尽相同。例如，在爱尔兰的卡里克弗格斯（Carrick Fergus），原权利人无法向善意购买人主张权利；在其他一些地方，法律会要求购买人返还盗窃物，但是购买人可以取回他为此支付的价款，实际上赋予了购买人“重购”权。这种区别处理可能与当地的文明程度和对商业的需求有关：越文明越需要商业流动的地区，法律会倾向于给商业参与者以更强的保护。^[4]我们可以在相关文献中

找到，在之后漫长的时间里，普通法中的“买者自负”（caveat emptor）原则与商业保护的需求进行的繁复的互动的证据。^[5]这意味着，公开市场规则集中体现在二者互动的具体领域，即第三人所购得的货物返还方面。因此，我们下面将在英国的返还诉讼的语境下考察公开市场规则的流变。

在13世纪，由于缺乏相应的返还之诉，盗窃物的返还主要是通过盗窃罪上诉（appeal of larceny）来实现，它不仅可以向真正的盗窃者提出，也可以向持有盗窃物的第三人提出。^[6]在此，盗窃罪上诉兼具刑事诉讼和民事上的返还之诉两种性质^[5]。一种公开市场规则的雏形已经在此出现：当购买者在盗窃罪上诉的程序中被指控时，他可以通过证人证明他在公开市场上购得此物；此时他可以免于被刑事定罪，但必须将此物交还给原权利人。^[7]这一规则似乎可以追溯至早期的撒克逊人（日耳曼人）的法律。^[8]但在13世纪晚期，盗窃罪上诉的性质逐渐集中于刑事诉讼。有证据表明，起码在亨利三世（1216—1272年在位）时起，盗窃罪上诉的返还属性逐渐被弱化，窃贼在某种意义上被“视为”取得了盗窃物的财产，而国王会在审判后没收其财产；这意味着自诉人取回财产并不是一种当然的权利，毋宁说是国王为了奖励自诉人而给予其的恩惠。^[9]

[1] Richard Hodges, *Dark Age Economics: The Origins of Towns and Trade A. D. 600–1000*, London: Duckworth, 2001, pp. 30–31.

[2] Timothy Reuter ed., *The New Cambridge Medieval History Vol. 3 c. 900– c. 1024*, Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 87.

[3] Mary Bateson ed., *Borough Customs Vol. 2*, London: Quaritch, 1906, p. lxxvi.

[4] Same as above note, pp. lxxvii– lxxviii.

[5] Peter Smith, *Valediction to Market Overt*, 41 (2) *The American Journal of Legal History* 225.

[6] Frederick Pollock. Frederic William Maitland, *English Law before the Time of Edward I Vol. 2*, Carmel: Liberty Fund, 2010, pp. 166–168. 通常，盗窃罪上诉被认为是刑事起诉的一种，不过该种起诉是由自诉人提出的。如果被告在这一诉讼程序中被定罪，那么他所盗窃的物品将会被返还给自诉人。但是，这种经由习惯发展而成的诉讼类型有严格的限制条件，如自诉人必须在丢失物品时马上到邻近的四个城镇宣布此事，并且向法官提出不断地诉求直到盗窃人出现等。

[7] Frederick Pollock. Frederic William Maitland, *English Law before the Time of Edward I Vol. 2*, Carmel: Liberty Fund, 2010, pp. 171–172. S F C Milsom, *Historical Foundations of the Common Law*, London: Toronto Butterworths, 1981, p. 271.

[8] 日耳曼法中的公开市场规则实际上是捕捉程序（Anefang Procedure/Hand-laying Procedure）的一个例外。Rudolf Huebner, *A History of Germanic Private Law*, New Jersey: The Lawbook Exchange, Ltd., 2000, pp. 411–413.

[9] Frederick Pollock. Frederic William Maitland, *English Law before the Time of Edward I Vol. 2*, Carmel: Liberty Fund, 2010, pp. 172–173.

作为很大程度上的替代,侵权令状(writ of trespass)在这个时期被广泛用于处理财物返还的问题。但与盗窃罪上诉具有显著区别的是,侵权令状不能向侵害人之外的第三人提出,这当然包括善意购买人;而且,这一令状也不适用于“主动放弃占有”的权利人的诉求,即在委托(bailment)关系下的争议。^[1]在此,返还扣留物令状(writ of detinue)被用于处理这一问题。返还扣留物令状是从古老的债务令状(writ of debt)中脱离发展的一种新的令状形式,用于处理委托关系中的纠纷,供委托人向受托人索回财产。^[2]在15世纪早期,这一令状被衡平法院的大法官扩展适用于委托人向第三人索回财产的情形。^[3]但是撤销令状本身也存在一定的不足。^[2]因此,一种新的令状被发明出来,即追索侵占物之诉(trover)。在这一诉讼中,原告可以向第三人主张返还其侵占的财产,除非第三人证明他是在公开市场上购买的。^[4]

也是在上述过程中,公开市场规则逐渐发展成熟。在15世纪中期,公开市场规则通过判例取得突跃式的发展:它不再仅作为一个确认第三人不负刑事责任的抗辩被使用;它还赋予了善意购买人通过公开市场购买取得有效所有权(a good title)的效力。^[2]在16世纪晚期,与现代类似的“公开市场”

规则的表述第一次出现了,柯克爵士确认公开市场规则可以推广适用于伦敦所有的商店。^[5]柯克认为,承认公开市场规则的重要原因在于,“普通法认为,令公开的集市和市场充足地补充和供应在其中出售的各式商品,以供人们生活必需和使用,对于一个共同体而言是一个重要的政策且有益的。为此,普通法规定(并鼓励人们这样做),在公开的集市或市场上出售的任何东西的所有买卖和合同,不应只在当事人之间有效,而且应约束那些享有该权利的人”^[6]。自此之后,公开市场规则作为一项普通法规则被法官们不断地援引。直到1893年,公开市场规则被写入货物买卖法,成为制定法的一部分。《1893年货物买卖法》(*Sale of Goods Act*, 1893)第22条第1款规定,“如果货物在公开市场销售,根据市场的惯例,购买者取得货物的有效所有权,前提是他基于善意购得货物,且未收到关于卖方所有权有任何缺陷或缺失的通知”^[7]。但是,该法第24条第1款为此设置了一个例外,即在偷盗物场合,如果盗窃人被起诉定罪,则无论存在任何通过公开市场或其他形式进行的中间交易,盗窃物的所有权归于其原所有人或其代表。^[8]直到《1968年盗窃法》(*Theft Act 1968*)第28条废止了这种做法,规定当盗窃人被起诉定罪后,法官可以命令占

[1] Frederick Pollock. Frederic William Maitland, *English Law before the Time of Edward I* Vol. 2, Carmel: Liberty Fund, 2010, pp. 175-180.

[2] Peter Smith, *Valediction to Market Overt*, 41 (2) *The American Journal of Legal History* 225.

[3] Frederick Pollock. Frederic William Maitland, *English Law before the Time of Edward I* Vol. 2, Carmel: Liberty Fund, 2010, p. 184.

[4] S F C Milsom, *Historical Foundations of the Common Law*, London: Toronto Butterworths, 198, pp. 377-378.

[5] 5 Co. Rep. f. 83, Hil. 38 Eliz. 柯克爵士在该报告中指出,“如果一个盘子在赶集日……在伦敦的金匠铺子里被(盗取并)公开出卖,而且站在或者经过店铺的人都能看见的话,那么财产权就会发生改变。……因此,伦敦的每一家商店出售符合店主职业的东西时,都是一个公开的市场。当我还是伦敦市(City of London)的地方官时,我确认了这项习惯。请读者注意,这也适用于英格兰的所有公开市场”。

[6] Sir Edward Coke, *The Second Part of the Institutes of the Laws of England*, London: W. Clarke & Son, 1817, pp. 712-713.

[7] *Sale of Goods Act*, 1893, s. 22 (1): Where goods are sold in market overt, according to the usage of the market, the buyer acquires a good title to the goods, provided he buys them in good faith and without notice of any defect or want of title on the part of the seller.

[8] *Sale of Goods Act*, 1893, s. 24 (1): Where goods have been stolen and the offender is prosecuted to conviction, the property in the goods so stolen reverts in the person who was the owner of the goods, or his personal representative, notwithstanding any intermediate dealing with them, whether by sale in market overt or otherwise.

有或控制盗窃物之人向对该物享有追缴权利之人返还该物。^[1]由此，公开市场规则对所有权移转的影响被绝对化了，善意购买人可以通过公开市场规则取得其所购买货物的完整的所有权（虽然法官仍然可以在某些情形下令其返还该货物）。

丹宁勋爵对现代公开市场规则背后的价值衡量做了重述，他认为，“在我们的法律的发展中，两项原则被尽力贯彻。第一项是财产保护，无人能转让他未拥有的权利。第二项是对商业交易的保护，善意且未获通知的人应该取得有效权利。第一项原则在很长一段时间内占据主导地位，但为适应我们这个时代的需要，它被普通法自己和制定法所修正了”。^[2]

进入现代社会后，对公开市场规则的修改也随之被提上日程。最早提出对公开市场规则进行修改的是法律改革委员会于1966年提交的一份题为《动产所有权转让》的报告（1966年报告）。该报告认为对公开市场规则的适用存在反复无常的情况，对其的改良有两种选择：要么废除公开市场规则；要么扩大公开市场规则的适用规则；委员会的多数人赞同后一路径。^[3]但是，由于对公开市场规则可能导致的对盗窃犯罪的帮助，时任议会和政府没有采纳该报告的修法建议而将其暂时搁置。^[4]在1994年，伦敦勋爵提出了《货物买卖修正法案》，主张彻底废除公开市场规则。经过简短的讨论后，该议案获得了上下两院的支持。至此，公开市场规

则的历史走入了尾声。

三、公开市场规则的“过去”：古代法与现代社会的协调

在公开市场规则被废止之前，它就已经受到了法学共同体内部的批判。总结来说，对公开市场规则“反复无常”的批判，很大程度上集中在它在发展过程中沉淀下来的历史细节方面，而非它所体现的对交易安全的保护的价值方面。这是法律演进中所无法回避的一大问题：从古代走来的法律如何与现代社会状况相协调。

在现代社会中，绵延近800年的公开市场规则所遇到的首个不适就是“市场”概念的界定。杰维斯法官（Jervis C.J.）指出，公开市场是指一个“开放的、公开的、合法建立的市场（an open, public, and legally constituted market）”。^[5]但是关于什么是“合法建立”，杰维斯法官并没有给出界定。直到在Moyce v Newington中，科伯恩法官（Cockburn C.J.）认为，一个根据当地法案（a local act）建立的市场不是公开市场规则意义上的公开市场。^[6]亦即，仅有通过王室特许状或者许可（a charter or grant）建立的市场才能适用公开市场规则。但是在Bishopsgate Motor Finance Corp'n Ltd v Transport Brakes Ltd中，上诉法院的三位法官均赞同推翻上述判例，认为不仅通过王室特许状或者许可，而且通过制定法亦即议会法案（an act of parliament）也可以建立

[1] Theft Act, 1968, s. 28: Where goods have been stolen, and either a person is convicted of any offence with reference to the theft whether or not the stealing is the gist of his offence or a person is convicted of any other offence but such an offence as aforesaid is taken into consideration in determining his sentence, the court by or before which the offender is convicted may on the conviction whether or not the passing of sentence is in other respects deferred exercise any of the following powers— (a) the court may order anyone having possession or control of the goods to restore them to any person entitled to recover them from him; or (b) on the application of a person entitled to recover from the person convicted any other goods directly or indirectly representing the first-mentioned goods (as being the proceeds of any disposal or realisation of the whole or part of them or of goods so representing them), the court may order those other goods to be delivered or transferred to the applicant; or (c) the court may order that a sum not exceeding the value of the first-mentioned goods shall be paid, out of any money of the person convicted which was taken out of his possession on his apprehension, to any person who, if those goods were in the possession of the person convicted, would be entitled to recover them from him.

[2] Bishopsgate Motor Finance Corp'n Ltd v Transport Brakes Ltd, [1949] 1 All ER 37.

[3] Report of the Law Reform Committee, Twelfth Report (Cmd 2958, 1966).

[4] HL Deb 12 January 1994, vol. 551, cc. 220–221.

[5] Lee v Bayes and Robinson (1856) 139 ER 1504.

[6] Moyce v Newington (1878) 4 QBD 32, 39 LT 535.

一个公开市场。^[1]但问题仍然存在——在现代社会,我们不能指望人们仅在法定的市场进行交易,这意味着许多自发形成的市场的出现,以及所谓的“后备箱交易”(car boot sale),即人们聚集在一起,并将商品放在汽车后备箱中进行销售的集会,严重冲击了公开市场规则的合理性。人们可能会疑问,为什么善意购买人在斯特兰德(位于伦敦西区)的商店购买商品,无法受到公开市场规则的保护,而在附近的舰队街(fleet street,位于大伦敦的伦敦市)的商店购买物品则可以。^[2]究其根源,这种对于伦敦市和其他地方商店的区别对待、对于法定市场和非法定市场的区别对待,都是公开市场规则自身漫长发展过程中所积累下来的历史性问题。

其次,进一步地,在伦敦市的商店(shop),根据惯例,也可以被认定为公开市场。但是,何种商店可以被认定为公开市场仍然存在许多争议。^[3]

(Peter Smith, Valediction to Market Overt, 41 (2) The American Journal of Legal History 225, 229.) 在Lyons v De Pass 中,法官们一致赞同,一个有可以看见的玻璃窗口仓库构成公开市场。科尔里奇法官(Coleridge J.)强调称,“如果承认关于商店开放性存在或多或少的争论,这个习惯会在实际上被破坏”。^[4]然而在稍晚的另一个案件中,威尔斯法官(Wills J.)承认,当时的商店结构已经与伊丽莎白一世时代有着显著的区别,当时的商店不再是完全开放式的了。^[5]斯克鲁顿法官(Scrutton J.)却认为,对于一家(在伦敦市的)商店而言,它的室内销售场所也能被扩张认定为公开市场,这是适应时代的需要,但他的这一观点为上诉所推翻,因为上诉法

官们多数认为此案不涉及公开市场规则。关于斯克鲁顿法官关于公开市场的观点,也没有上诉法官表示明确支持。^[6]

再次,关于公开市场规则的不适性的批评也集中在它的时间维度上。根据公开市场规则,善意购买人仅能在“市场日”(market days)获得保护。根据柯克的观点,依据授权(grant)或者时效(prescription),人们可以在任意日期(per unum diem, seu duos, vel tri dies)举办市场,此处的“日期”(Dies)应当被理解为“太阳日”(Dies Solaris)而非“自然日”(Dies Naturalis);即使“日期”被理解为自然日,公开市场规则也不能在夜间适用。^[7]科伯恩爵士(Sir Alexander Cockburn C.J.)指出,这一规定应当置于古代场合被理解:当时货物主要在集市被售卖。如果有被盗物,那么窃贼往往也会选择在集市销赃。而原物的所有者一般都知晓可以在哪里找到这些集市并去找回他的财产,并且他们也有比较容易的可以分辨出他的物品的方法。^[8]因此,公开市场规则仅在“白天”方得适用,以便原所有者可以在集市开市前或结束后寻找并取回他的财产。^[9]众所周知,现代化的一个重要维度就是时间。在现代社会中,“白天”这一概念与古代大相径庭。在古代,商人们在白天举办集市。由于无法确切地知晓精确的时间,人们以日出和日落作为判断白天的通行标准。但在时间精密化的现代,集市举办和商店营业时间均有具体规定的时间。进一步地,各地的日出日落时间也并不统一。因此,以不精确的“白天”概念来判断公开市场规则的适用与否,已经强烈地体现出了它残余的历史细节与现代社会的不适感。

[1] Bishopgate Motor Finance Corp'n Ltd v Transport Brakes Ltd [1949] 1 All ER 37.

[2] E R H. Ivamy, "Revision of the Sale of Goods Act", 9 (1) Current Legal Problems 113, 129 (1956).

[3] Peter Smith, Valediction to Market Overt, 41 (2) The American Journal of Legal History 225.

[4] Lyons v De Pass and Another (1840) 113 ER 439.

[5] Hargreave v Spink, [1892] 1 QB 25. 该案中,被告人在商店楼上的销售场所与商人进行交易。该陈列室不对外开放,需要允许才能进入。法官裁决认为该陈列室不构成公开市场。

[6] Clayton v Le Roy [1911-13] All ER Rep 284.

[7] Sir Edward Coke, The Second Part of the Institutes of the Laws of England, London: W. Clarke & Son, 1817, pp. 713-714.

[8] Crane v London Dock Co. [1861-73] All ER Rep 439, at 442.

[9] Brian Davenport Q C, Anthony Ross, Market Overt, 2 (1) International Journal of Cultural Property 25-26, (1993).

最后，也是最为关键的一点，就是公开市场规则的旧价值基础的崩塌。如上所述，在法学家和法官们对公开市场规则的描述中，一个重要的理论——许多人视其为公开市场规则的根本基础——就是：公开市场规则对善意购买人的保护，以原所有者仍有取回盗窃物的可能性为前提。^[1]然而，随着各式新型交通工具的出现和更新，新的出行方式的增加，人们在一日内的活动半径也随之骤增。对于公开市场规则而言，上述技术革命下的颠覆性场景正在侵蚀其赖以继的社会基础——当盗窃者不再将盗窃物放在本地市场进行销赃时，原所有者通过自身努力追回盗窃物的可能性出现了断崖式的下降。曾任上诉法院法官的艾尔默顿的奥利弗勋爵（Lord Oliver of Aylmerton）指出，公开市场规则在现代社会已经是不合时宜的了。他认为柯克爵士的观点仅能适用于运输不发达的古代，因为在那种场合下，盗窃物无法在被偷盗后立刻送到很远的地方；因此，原所有权人仍有可能在附近的市场中找到它们。如果原所有权人没有找到它们，那么此时保护善意购买人就是存在正当性的。但对于马匹销售而言，由于马匹被偷盗后可以迅速地被带到远方，因此根据1588年马匹买卖法，公开市场规则在马匹售卖方面的适用是受限制的。而在现代社会中，由于交通发达，上述市场公开规则的适用背景已经发生了根本性的变化。^[2]当公开市场规则对原所有者的保护被实质性架空时，它基于类似“对等保护”的价值取向而同时向善意购买人提供的保护的正当性也遭到了严重的动摇。

从法律演进的视角，我们在上文中可以看到一项古老的法律制度在现代社会中的种种不适，以及现代社会对法律的重新形塑。客观来说，如斯特拉克莱德勋爵（Lord Strathclyde）在上议院所强调的，公开市场规则的古代社会基础已经遭到破坏，但这并不决定性地导致该规则失去存续的合理性。^[3]相反，对于一项古老的制度来说，它是否能够延续的正当性很大程度上取决于它是否在现代社会中发现了新的基础。在今天，我们仍然能在法律中发现许多经历过现代化的古代法因素，例如契约，得利返还等等，它们经过成功的现代化而根植于今天的法律中。但在法律的现代化过程中，更多的古老法律制度被人们所遗忘和抛弃。我们认为，公开市场规则被废止，就是这样一次古老法律传统现代化的

失败。

正如霍姆斯法官所认识到的，法律同时受到内部的专业因素和外部因素的影响，法学理论就是这些因素之间的复杂相互作用的产物。^[4]法律制度的演变亦是其然，法学理论的论辩和社会经济因素的推动，也是我们理解法律制度演变的两条主线。^[5]在上文，我们已经通过法学共同体内部关于公开市场规则的讨论，了解了公开市场规则的过去。下文则主要聚焦于公开市场规则在1994年前后发生的演进，从法律演进的法学（教义学）理论和社会学理论两个维度切入，尝试解释公开市场规则的演进脉络。

四、法学的内部视角：善意购买人规则的差异化处理

衡平法宠儿（equity's darling），是指在善意且未获得通知的情况下，购得其上存在衡平法权益的某件动产或不动产的购买人。^[6]在信托中，信托受益人对信托财产的衡平法权利（亦称为衡平法所有权，proprietary interest）可以对抗除善意购买人之外的第三人，即使信托财产为第三人占有，受益人仍可通过所有权诉讼（proprietary action）追索该财产。^[7]但如果第三人从信托的受托人处购得信

[1] Brian Davenport Q C, Anthony Ross, Market Overt, 2 (1) International Journal of Cultural Property 25, 31 (1993) .

[2] HL Deb 12 January 1994, vol. 551, cc. 211-212.

[3] HL Deb 12 January 1994, vol. 551, c. 220.

[4] G. Edward White, Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self, Oxford: Oxford University Press, 1993, p. 195.

[5] E. Donald Elliott, The Evolutionary Tradition in Jurisprudence, 85 (1) Columbia Law Review 38, 50-62, 71-90 (1985) .

[6] Akers & Ors v Samba Financial Group (Rev 1)

[2017] UKSC 6.

[7] 应当说明的是，早期的衡平法权益通常是指信托中的衡平法所有权。但是衡平法院逐渐将一些未被普通法保护的权利和利益纳入衡平法权利和利益的范畴，例如衡平法抵押，卖方留置权等。Philip H. Pettit, Equity and the Law of Trusts, 12 ed, Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 21.

托财产,且该购买人事先不知存在衡平权益并已经支付对价,那么信托受益人所持有的衡平法权利不能对抗该购买人。^[1]这一结论的依据在于,衡平法所有权作为法律特予保护的权利是有限度的,在某些情况下为求得利益公平,法官可以推翻法律对衡平法所有权的保护,在衡平法宠儿的场景下尤其如此。^[2]这是因为对于信托而言,信托的存在以及受益权的所有者由于欠缺信托公示而不对公众公开,此时购买人只要能够证明他是善意的,那么他就能获得衡平法的保护。相较于普通法上的善意购买人抗辩取决于特定的事实因素,衡平法上的善意购买人规则的显著不同在于它将购买人是否受保护与其主观心态相关联。^[3]因此,即使在缺乏信托公示的前提下,受托人受信义务要求而负有标记信托财产的义务如果被妥善履行,则交易可以正常进行;如果标记义务未被履行,则已尽合理审查义务的善意购买人仍然能受到法律的公平保护,且受益人亦可基于有力的信义规则向受托人追责,损害被根据过错合理地进行了分配。可能善意购买人规则在效果上与善意取得类似,但是它们的出发点似乎确有不同。后者以保护信赖、保护交易安全为鹄的,前者则更多地考虑了善意购买人的良心在信托缺乏公开性时值得保护。^[4]

但是,在公开市场规则被废止后,普通法与衡平法在这一问题的处理上出现了重大分歧。简而言之,某个动产之上,既可能存在普通法所有权,也可能同时存在一项衡平法所有权。此时,如果该财产被盗取后被出售给善意购买人,则该善意购买人可以援引衡平法宠儿规则抗辩信托受益人的返还请求,但是无法抗辩它的普通法所有人的返还请求(假设不构成其他的抗辩),亦即信托受托人的返还请求。

如上文所分析的,公开市场规则和衡平法宠儿规则的法律效果及其形成的利益格局是非常接近的。公开市场规则本身存在的固有问题是,“公开市场”的概念难以通过穷举的方式进行确定,仅能依赖法官在个案中进行判断;这也是为什么公开市场规则在1966年报告中被认为是“反复无常”(capricious)的原因之一。^[5]那么从英美法系的外部人视角来看,相似的问题同样也会出现在公开市场规则与衡平法宠儿规则之间——为什么同样在原所有权人—善意购买人冲突的场合,衡平法权益

和普通法所有权之间会得到如此的不同的对待,以及这种差异化处理的合理性在何?并且,似乎有证据证明,这一问题不仅是作为英美法系的外部观察者所疑惑的。相反,对于持有大律师资格的埃文斯议员(Roger Evans)而言,这同样是一个令人困惑的问题。他在货物买卖法修正案的辩论中指出,废除公开市场规则而保留衡平法中的衡平法宠儿规则,是不合理的。^[6]遗憾的是,这一意见并未得到严肃的对待。作为货物买卖法修正案在下议院的推动者,科马克议员(Patrick Cormack)甚至不无嘲讽地指出,这一修正案已经得到了上议院的两位(曾经的)资深法官的赞同。^[7]当然,这一赞同有多大的合理性,我们将会在下一部分的讨论中逐渐明晰。

需要再次强调,这不意味着这一问题是一个毫无价值的假问题。尤其是处在英国法律体系的外部视角,我们认为这一问题应当被认为与法律发展的某种惯性和路径依赖有密切关系。我们认为,这种差异化处理的正当性源于普通法和衡平法的双轨制发展的路径依赖。

衡平法中最早的、也是最核心的部分就是信托法。因此,早期衡平法的发展史很大程度上也是信托法的发展史。在13世纪甚至更早的时期,由于封建土地的遗嘱处分受限制、转让给未成年长子的高昂封建地税(feudal dues)及由此产生的领主对未成年长子的监护权、参与十字军战争而无法管理领地、规避国王关于禁止向教会捐赠的法令等原因,

[1] Steven Gallagher, *Equity and the Law of Trusts: Centuries in the Making*, Bromley: Gallagher & Blake Publishing, 2013, pp. 117-118.

[2] *Akers & Ors v Samba Financial Group* (Rev 1) [2017] UKSC 6, per Lord Mance at [51].

[3] (1824) 3 B & C 38, 107 ER 648.

[4] Aruna Nair. Irit Samet, What Can “Equity’s Darling” Tell Us About Equity? in Dennis Klimchuk, Irit Samet, & Henry E. Smith ed. *Philosophical Foundations of the Law of Equity*, Oxford University Press, 2018, pp. 284-290.

[5] Peter Smith, Valediction to Market Overt, 41 (2) *The American Journal of Legal History* 225.

[6] HC Deb 15 July 1994, vol. 246, c. 1342.

[7] HC Deb 15 July 1994, vol. 246, c. 1344.

英国逐渐出现了用益制的法律实践，即土地占有人^[1]将土地转让给受让人，并令受让人承诺转让给成年后的受益人（一般为长子）或在未来归还还原所有人。在普通法上，受让人的再转让义务仅是一种道德义务，而不具有法律效力。因此受益人往往求助于实行衡平法的大法官法院。出于收取高昂的诉讼费用、世俗权力与教会权力争夺等原因，大法官法院通常愿意违逆国王的意志，认可封建领主们用于规避国王禁令和税收的用益制实践，赋予受益人与受托人之间的道德义务以法律效力，以良心法院的名义督促受托人履行其义务。^[2]后来经过漫长的发展，用益制逐渐发展为信托。因此，从衡平法和信托法出现时起，它就与普通法泾渭分明。

一个可能的误解是认为衡平法与普通法毫无交叉。但恰好相反，根据衡平法院确立的判例，衡平法优先于普通法得到适用。^[3]不过，长久以来，衡平法和普通法的理论是在各自领域内独自发展的，它们的起诉和审理也都是相互隔离的。1873年的司法取消了衡平法和普通法在起诉程序和管辖法院方面的差异，但它们的实体规则差异和发展隔阂仍延续至今。^[4]

在此，我们必须强调时间因素在法律中的重要

性。诚如波斯纳所言，“现代法律中充斥着早期法律的残余”，并且“法律以牺牲现在和未来的代价来服从过去”。^[5]在缺乏足够的来自其他途径的信息时，法官们难以独立地使法律跟上变化的社会的步伐，而且会基于理性的惯性，习惯性地依赖先例对某个法律问题做出判断。同时，基于对未来的不确定的担心，人们可能也会倾向于从过去寻找支撑自己内心的支柱。边沁在此极具洞见地指出，人们看向越远的未来，其对自身利益的主观把握就越不确定；人们对于自身经验的直观了解仅限于现在。^[6]这一点在英国法中尤其突出。比如，在普通法宪法的议题上，认为宪法的合法性和权威源于“不可追忆的时代”，亦即时间赋予宪法正当性的观点，就是数百年来大部分英国法学家们所坚持的观点。^[7]波斯纳以经济学上的术语“路径依赖”（path dependence）来描述这一现象。由于路径依赖的存在，法律的修改成本会随着时间的累积而上升。具体来说，当法律共同体已经对某项规则习以为常，甚至在其上构筑了更加复杂的法律结构时，对于这一基础制度的修改成本也会相应上升。对于立法者而言，他们虽然不受先例的限制，但是他们对于法律提供的解决方案的创新会受到立法程序中的固有惰性的

[1] 根据诺曼征服后的英国封建地制，国王是全国土地的所有权人，封建领主仅享有土地的终身权益（life interest），而国王的封臣们则可以在其土地上继续分封。一旦领主去世，领主的长子（法定继承人）想要继承该权利的话，就必须向上一级领主支付继承金（Relief）。如果没有土地继承人，则该土地权利将根据土地复归（Escheat）原则由其上一级领主取得。时至今日，英国的英格兰的大多数土地仍由王权“所有”，根据《1925年地产权管理法》规定用以取代土地复归原则的bona vacantia原则，如果地产无继承人，也将复归于国王。Steven Gallagher, *Equity and the Law of Trusts: Centuries in the Making*, Bromley: Gallagher & Blake Publishing, 2013, pp. 8-9.

[2] 关于诉讼费的讨论，Steven Gallagher, *Equity and the Law of Trusts: Centuries in the Making*, Bromley: Gallagher & Blake Publishing, 2013, pp. 16-17. 关于用益制发展中的世俗权力与教会权力之间的斗争，这是因为早期的大法官（直到16世纪末）绝大多数均由教会人士担任，参见[美]哈罗德·伯尔曼：《法律与革命：西方法律传统的形成》，贺卫方等译，法律出版社2008年版，第250-263页。

[3] Steven Gallagher, *Equity and the Law of Trusts: Centuries in the Making*, Bromley: Gallagher & Blake Publishing, 2013, pp. 22-26.

[4] Alastair Hudson, *Equity & Trusts*, 6th ed, New York: Routledge-Cavendish, 2010, pp. 17-21.

[5] Richard A. Posner, Past-Dependency, Pragmatism, and Critique of History in Adjudication and Legal Scholarship, 67 (3) *The University of Chicago Law Review* 573, 585 (2000).

[6] Jeremy Bentham, *Deontology, together with A Table of the Springs of Action and Article on Utilitarianism*, Amnon Goldworth ed, Oxford: Clarendon Press, 1983, p. 195.

[7] [英] J. G. A. 波考克：《古代宪法与封建法》，翟小波译，译林出版社2014年版，第28-51页。

限制。^[1]

同时,进一步地,这种差异化处理甚至可能因其上的历史沉淀而获得某种正当性。例如,德沃金所主张的整体性法理论就认为,根据裁判中的整体性原则,“过去”这一事实在法庭上享有某种特殊的权力,尊重过去的判例是对于法律整体性的维护。^[2]这种整体性的同时意味着,对于过去错误的反思是艰难的。^[3]卡恩更是进一步断言,法律实际上将“过去”作为一种实质规范的权威来源,其正当性在不可忽视的程度上源于它对过去的承认。^[4]一项可能在今天看来本身不具有合理性的规则,往往会因为时间的累积而自证其权威。这里也有一个很好的、与本文密切相关的例子,那就是伦敦市地区的公开市场规则的特殊规则。莫尔顿法官(Fletcher Moulton L.J.)在 *Clayton v Le Roy* 案中指出,在伦敦的商店都被当作一个公开市场虽然不太符合常理,但是它已经通过法律决定(legal decision)得到有效确立,因此这一规则必须被尊重。^[5]

虽然如此,但现今许多法官和学者都意识到了上述法律僵化的弊端,因此寻求改变。戏剧性的是,前上诉法官奥利弗勋爵主张废止公开市场规则的理由之一就是,一项规则不因能其长久地存在而取得正当性。

五、法律演进的社会动力学

我们应当注意到,公开市场规则的废止很难说是其理论发展的理想结果,毋宁说其中掺杂了很大

程度的政治利益衡量。法律通过时间要素,将一个社会共同体的过去和现在联系起来。^[6]因此,本文认为,推动某些法律演进的核心原因之一,应当从社会学的领域内寻找。为了说明,起码是在公开市场规则演进问题的研究中,这一思路的合理性,本文将首先说明,为什么法学(教义学)无法决定性地推动公开市场规则的废止。

在公开市场规则的理论探讨层面,不同学者对其态度不一。例如伊娃(Ivamy)就认为应当对公开市场规则进行现代化改造,将其适用范围从集市和市场扩大为所有事实的市场(all markets de facto)。^[7]而达文波特(Davenport)和罗斯(Ross)则认为应当直接废止公开市场规则。^[8]正如1966年报告所指出的,这两种意见基本都认同古老的公开市场规则无法适应现代社会,但是二者却在对其的处理意见上得出了不同的结论。^[9]两种意见都无法压倒性地驳倒对方。并且,根据现有的资料,我们似乎也可以确定,直到1994年的货物买卖法修正案通过时,理论界对于该问题也没有形成一致的意见。时任贸易和工业部国务大臣斯特拉思克莱德勋爵(Lord Strathclyde)也表示,政府仍然在考虑到应该废除该规则还是拓展该规则的适用范围。^[10]根据同年由贸易和工业部起草的一份政府咨询报告,时任政府建议议会扩大公开市场规则的适用范围,赋予在零售网点购买或通过拍卖取得盗窃物的善意购买人以有效所有权。^[11]

其次,公开市场规则所立基的交易安全保护价值在议会讨论中几乎被有选择地忽略了。正如丹宁

[1] Richard A. Posner, Past-Dependency, Pragmatism, and Critique of History in Adjudication and Legal Scholarship, 67 (3) The University of Chicago Law Review 573, 585 (2000).

[2] Ronald Dworkin, Law's Empire, New York: The Belknap Press, 1986, p. 167.

[3] Gerald J. Postema, Time in Law's Domain, 31 Ratio Juris 160, 177 (2018).

[4] Paul W. Kahn, The Cultural Study of Law: Reconstructing Legal Scholarship, Chicago: University of Chicago Press, 1999, p. 43.

[5] Clayton v Le Roy [1911-13] All ER Rep 284, at 286.

[6] Gerald J. Postema, Time in Law's Domain, 31 Ratio Juris 160-161, (2018).

[7] E R H Ivamy, Revision of the Sale of Goods Act, 9 (1) Current Legal Problems 113, (1956).

[8] Brian Davenport Q C. Anthony Ross, Market Overt, 2 (1) International Journal of Cultural Property 25, (1993).

[9] Report of the Law Reform Committee, Twelfth Report (Cmd 2958, 1966).

[10] HL Deb 12 January 1994, vol. 551, cc. 219-221.

[11] Christian Twigg-Flesner. Rick Canavan, Atiyah and Adams' Sale of Goods, 14ed, Harlow: Pearson, 2021, p. 301.

勋爵对公开市场规则背后的价值衡量所作精辟见解，公开市场规则在现代社会的正当性来源于商业交易保护的原则，而这一原则在现代社会打破了财产保护原则的主导地位。^[1]1966 年报告也明确指出，公开市场规则的废除或者扩大，取决于人们更想要保护财产权利还是想要促进商业交易。^[2]时任法律改革委员会的成员们以多数票支持促进商业交易，在报告中建议议会扩大公开市场规则。同时，根据 1994 年贸易和工业部国务部长的解释，上文提及的政府咨询报告在实际上也考虑了这两种价值的保护问题。^[3]由此可见，就公开市场规则修改的议题上，商业交易保护的价值衡量并非可有可无。而且恰恰相反，它应当被认为是维系公开市场规则的存续及推动其改革的最重要因素之一。然而，根据现有资料，该价值衡量在议会辩论中以不同寻常的方式被忽略了。奥利弗勋爵甚至在辩论中声称，公开市场规则是一种“没有正当化、公共政策或普通法”支持的学说。^[4]这种观点不能说是完全错误的，但最起码是存在重大局限性的。相比之下，反而是没有法学背景的布里吉斯勋爵（Lord Bridges）的意见更加严谨，虽然承认公开市场规则背后的保护商业交易的价值，但却认为该规定所诱发的犯罪增长更加迫切，以至于需要废除该项规则。^[5]实际上，布里吉斯勋爵的观点更加中肯，也可能更贴近公开市场规则的废除动因——社会的某种需求破坏了学术辩论中的平衡。

为了更加严肃地审视布里吉斯勋爵的意见，我

们必须对以下问题进行简略的探讨：犯罪，尤其是盗窃犯罪与公开市场规则的关系究竟如何？严格来说，从字面意义上来看，公开市场规则与盗窃犯罪似乎风马牛不相及。但是，如上文所述，早在公开市场规则的起源时期，它就与盗窃物有着密切联系。更准确来说，在尚未意识到保护善意购买人对于促进交易的具体意义时，它的雏形就与盗窃物紧密关联在一起了。^[6]这种密切关联一直持续至现代社会。虽然公开市场规则不仅适用于盗窃物，但相对于其他情形，盗窃物适用公开市场规则的后果似乎更能引起人们的关注。它被指责为盗窃者提供了合法的销赃场所。^[7]遗憾的是，这一观点从未得到有力的实证支持，更多地属于某种“观念”（idea）。^[8]

显然，认为某种纯粹的观念就能促使如此多议员共同行动，让修正案轻松获得通过是不够清晰准确的。因此，本文进一步认为，关键的推动因素之一可能是相关利益团体的游说。应当指出，传统的方式大致有三种：收买、狭义的游说或者起诉。三种方式各有其利弊，而利益团体会根据其目的进行战略性选择。^[9]需要提醒的是，在 20 世纪 90 年代，英国国内曾经爆出多起游说丑闻，例如著名的“现金换问题”事件（cash-for-questions affair）。^[10]因此，我们也可以合理预期，在同时期发生了更多的、未被公布的游说事件。

实际上，我们无需将结论建立在上述不可直接验证的预期之上。上述的预期与其说是本文结论的

[1] Bishopsgate Motor Finance Corpn Ltd v Transport Brakes Ltd, [1949] 1 All ER 37.

[2] Report of the Law Reform Committee, Twelfth Report (Cmd 2958, 1966).

[3] HL Deb 12 January 1994, vol. 551, c. 221.

[4] HL Deb 12 January 1994, vol. 551, c. 212.

[5] HL Deb 12 January 1994, vol. 551, c. 217.

[6] Mary Bateson ed., Borough Customs Vol. 2, London: Quaritch, 1906, p. lxxvi. Also see Daniel E. Murray, Sale in Market Overt, 9 International and Comparative Law Quarterly 24, (1960).

[7] Christian Twigg-Flesner. Rick Canavan, Atiyah and Adams' Sale of Goods, 14ed, Harlow: Pearson, 2021, p. 322.

[8] HC Deb 15 July 1994, vol. 246, c. 1344.

[9] Pablo T. Spiller and Sanny Liao, Buy, Lobby or Sue: Interest Groups' Participation in Policy Making: A Selective Survey, in Eric Brousseau & Jean-Michel Glachant ed., New Institutional Economics: A Guidebook, Cambridge: Cambridge University Press, 2008, pp. 307-308.

[10] Hencke. David, Tory MPs were paid to plant questions says Harrods chief, in The Guardian, 20 October 1994, accessed November 14, 2022, <https://www.theguardian.com/politics/1994/oct/20/conservatives.uk>.

支撑,不如说是为了阐明以下将要提及事件的背景:我们可以在现有的资料——痕迹多到不能称之为蛛丝马迹的程度——中发现,古董和艺术品商及古董所有者们在这一规则的废止中占据了绝对的主导地位。即使认为他们未采取上述所说的收买或者起诉行为,但现有的证据也可以证明他们起码进行了狭义的游说工作。古董商们和被古董协会代表的古董所有者认为他们饱受公开市场规则的困扰——一方面,公开市场规则意味着古董商和古董所有者无法追回被盗窃后在公开市场出卖的古董,尤其是跨国古董盗窃洗钱;另一方面,猖狂的古董地下黑市也对古董商以及中介商如拍卖行的运营造成了影响。^[1]废除这项不符合其利益的规则,自然而然地成为选项之一。

此外,根据最近的研究,利益集团之间就某个议题可能存在一种纵深式的关联网络。^[2]这意味,有些不直接相关的利益相关者也会受到某个直接利益群体的影响而卷入某个议题中。在1990年,作为英国古董和古建筑行业的最具代表性的团体之一的格鲁吉亚集团(The Georgian Group)组织了一场关于古董艺术品和古建筑盗窃的论坛,英国警方代表参与了该次会议,并且与其他代表交换了关于艺术品盗窃罪犯的治理状况和困境的意见。^[3]警方参与的动机似乎也很好理解——废除公开市场规则可以有效地遏制销赃,从而减少犯罪率或降低警方侦破盗窃案件的难度。根据英国国家统计局公布的

英格兰和威尔士地区1898—2002年的犯罪数据,自1994年起,销赃案件的数量开始持续下滑。^[4]或许有点武断,但这一统计数据可能表明,公开市场规则的废除与赃物售卖的减少之间或许存在某种关联。

从事后的发展情况来看,1990年的会议似乎应当被理解为上述利益相关者们决定组织力量攻击公开市场规则的开始。直到1992年,这项工作的筹备已经进入了公开阶段。在这一年,预防艺术品盗窃理事会(Council for the Prevention of Art Theft)成立并就公开市场规则的废除开展活动。其向英国议会文化媒体和体育委员会(Committee on Culture, Media and Sport)提交的一份备忘录显示,该理事会旨在促进艺术、古董、古物和建筑领域的犯罪预防,且该理事会承认其在1994年废除公开市场规则的活动中发挥了重要作用。^[5]同年,《独立报》发表了一篇报道,公开指责公开市场规则与大额古董盗窃、跨国文物犯罪具有密切关联,以及公布了古董商、公益组织和警方打算携手推翻该规则的消息。^[6]也是在同年,国际文化财产协会(International Cultural Property Society)的会刊国际文化财产杂志(International Journal of Cultural Property)开始刊行。隔年,在实务界颇有影响力的御用大律师达文波特(Brian Davenport Q.C.)在其上发表文章,直言公开市场规则已经丧失了其历史基础,应予废除。^[7]

在议会辩论中,我们也可以找到许多议员们与

[1] Jason Bennetto, Loophole lets markets sell stolen goods, in The Independent, 9 August 1992, accessed October 24, 2022, <https://www.independent.co.uk/news/uk/loophole-lets-markets-sell-stolen-goods-1539325.html>.

[2] John C. Scott, Social Processes in Lobbyist Agenda Development: A Longitudinal Network Analysis of Interest Groups and Legislation, 41 (4) The Policy Studies Journal 608, 631–632 (2013).

[3] Christopher Dyer, Art, Antique and Architectural Theft Conference Held by the Georgian Group and Trace Magazine, 15–17 November 1990, Plymouth, 1 (1) International Journal of Cultural Property 229–231, (1992).

[4] https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/116649/rec-crime-1898-2002.xls, 访问日期:2022年10月19日。

[5] Select Committee on Culture, Media and Sport Appendices to the Minutes of Evidence, APPENDIX 60: Memorandum submitted by the Council for the Prevention of Art Theft. accessed October 24, 2022, <https://publications.parliament.uk/pa/cm199900/cmselect/cmcmums/371/371ap72.htm#:~:text=The%20Council%20for%20the%20Prevention%20of%20Art%20Theft,the%20fields%20of%20art%2C%20antiques%2C%20antiquities%20and%20architecture.>

[6] Jason Bennetto, Loophole lets markets sell stolen goods, in The Independent, 9 August 1992, accessed October 24, 2022, <https://www.independent.co.uk/news/uk/loophole-lets-markets-sell-stolen-goods-1539325.html>.

[7] Brian Davenport Q.C. Anthony Ross, Market Overt, 2 (1) International Journal of Cultural Property 25, (1993).

利益相关者们的交流和游说的痕迹——一切几乎都是公开的。实际上，伦敦勋爵和克拉索恩勋爵（Lord Crathorne）都强调，格鲁吉亚集团和预防艺术品盗窃理事会都对公开市场的废止给予了大力支持。^[1]而支持该法案的德温特勋爵更是英国最大的古董商协会——伦敦和省级古董商协会（London and Provincial Antique Dealers' Association, LAPADA）的主席。英国的其余三个区域古董商协会：泰晤士河谷，科茨沃尔德以及巴斯和布拉德福德埃文河畔协会也都对该法案表示了明确的支持。^[2]其他支持该法案的机构和社会人士名单还包括英国艺术品市场常务委员会（British Art Market Standing Committee）、古董协会（Society of Antiquaries）等。不仅如此，福克兰子爵明确声称，该规则的废止与警察、古董商、拍卖行和遭受高额损失的盗窃受害者之间存在密切的利益关联。^[3]该修正案的异议者埃文斯议员也对该法案背后的游说行为直言不讳，指出该法案实际上是由古董商和古董所有者们（heritage）的游说推动的。^[4]

总结来说，以上的相关证据足以说明，公开市场规则被废止的核心动力源于相关利益群体的活动。同时，必须承认，受限于游说活动的隐蔽性，本文难以具体复现和考察有关利益团体在推动公开市场规则中的游说行为。这相当一部分是由于直到2014年议会才通过游说披露法（Transparency of Lobbying, Non-Party Campaigning and Trade Union Administration Act）。直到最近，英国政府仍受到关于游说不透明的批评。^[5]幸运的是，这似乎不会给上文的证明带来额外的困扰。不过，虽然古董商—古董所有人团体在预防古董盗窃和销赃方面的利益诉求显而易见，但目前仍缺乏对这一议题的深入的定量分析。因此，可能仍有进一步研究价值的是关

于古董商、古董盗窃和销赃的社会经济学分析。

六、结语

通过对既有材料的重新发掘，我们可以看到，公开市场规则的废止不能简单地归因为其无法适应现代社会。从法学理论的角度来说，它的废止具有一定的偶然性，因为在关于公开市场规则的讨论中，及至其被废除为止，没有任何一方的主张能压倒另一方，毋宁说两种观点仍处于僵持下的平衡状态。但是，法律和法学并非某种空中楼阁，它仍然立足于社会之上。正如英国法社会学巨匠科特威尔（Roger Cotterrell）所说，如果要理解法律的本质，除非通过社会学的范式进行法律研究，否则法律的发展将无法得到充分的解释。^[6]我们即立足于这一观念而尝试对公开市场规则的废止进行一种能够深入“法律的本质”的研究。

就此而言，本文分别通过法律演进的社会理论和教义学理论的视角对公开市场规则的现代演进过程（或者直白地说，它的废止）进行了考察。通过对相关的议会辩论材料和其他文献的考察，我们认为推动公开市场规则废止的核心动力源于古董商—古董持有者这一利益共同体；同时，受限于法律自身发展的路径依赖，公开市场规则被废止在法学领域内影响被控制在有限范围内，以致其废止未受到来自法律共同体的明显阻力。虽然这一问题的关注者不多，相关文献材料也比较缺乏，但幸运的是，我们似乎已经成功地初步论证了上述这一观点。但是这仍然只是初步的、简陋的。它的不足之处主要在于，缺乏关于这一命题的进一步理论浓缩和升华。同时，本文并未关注公开市场规则废止的经济学原因。如果要全面地处理这个问题，那么关于古董商、古董盗窃和销赃的社会经济学分析也是必要的。

[1] HL Deb 12 January 1994, vol. 551, cc. 211–212, 221.

[2] HL Deb 12 January 1994, vol. 551, cc. 214–215.

[3] HL Deb 12 January 1994, vol. 551, c. 218.

[4] HC Deb 15 July 1994, vol. 246, c. 1342.

[5] Amy Melissa McKay. Antal Wozniak, Opaque: an empirical evaluation of lobbying transparency in the UK, 9 Interest Groups & Advocacy 102, 116–117 (2020).

[6] Roger Cotterrell, Law's Community: Legal Theory in Sociological Perspective, Oxford: Clarendon Press, 1995, p. 3.