

法
学
论
文
选
萃

债 法 论 文 选 萃

ZHAI FA LUN WEN XUAN CUI

中国法制出版社

债法论文选萃

中国法制出版社

图书在版编目(CIP)数据

债法论文选萃/中国法制出版社编. —北京:中国法制出版社, 2004. 12

ISBN 7-80182-277-3

I. 债… II. 中… III. 债法-中国-文集 IV. 923.14-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 108094 号

债法论文选萃

ZHAIFA LUNWEN XUANCUI

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/880×1230 毫米 32

印张/18.375 字数/540 千

版次/2004 年 12 月第 1 版

2004 年 12 月印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 7-80182-277-3/D·1243

定价:30.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真:66070041

网 址:<http://www.zgfzs.com>

市场营销部电话:66012216

编辑部电话:66032924

读者俱乐部电话:66026596

邮购部电话:66033288

编辑说明

1. 随着我国法学研究和法学教育的蓬勃发展,为满足法律人士、政法院校师生研习法学所需,我社选编了《法学论文选萃》丛书。本丛书从洋洋数万篇论文中取其精华,分门别类,编辑成册。

2. 所收论文概以作品本身的学术影响作为唯一入选标准,其内容或对法学争论有独到见解,或对法律新问题有创见,或对现行法律有精辟剖析,或介绍外国立法例和学理,而不论作者的年龄、地域、职业和身份。

3. 为努力避免由于编者的立场或利害关系所致消极影响,选编工作均由中国法制出版社专业编辑担纲,经征求多方意见并反复斟酌完成。

4. 各选辑论文的编排,力图按其探讨主题,依照各部门法的法条或教科书的章节顺序分列,不考虑论文发表的时间,概不涉及作者的辈名。

5. 各篇论文均在其题目之下对作者的简历和主要学术成果略作介绍,并在文末注明论文出处,供读者进一步查考。

6. 除作者已故或极少数作者难以取得联系之外,论文均已获得作者授权。本社将严格按照有关规定支付稿酬。

7. 因所收论文原载期刊对论文注释要求不一,为尊重作者文风、保持文章原貌,本丛书对论文注释不做统一规范要求。

8. 丛书分《法理学论文选萃》、《宪法与行政法论文选萃》、《民法总则论文选萃》、《物权法论文选萃》、《债法论文选萃》、《侵权行为法论文选萃》、《商法论文选萃》、《民事程序法论文选萃》、《经济法论文选萃》、《刑法论文选萃》、《刑事诉讼法论文选萃》和《证据法论文选萃》，计 12 种。

9. 丛书或因资料搜集不全，或因编者学识经验不足，疏漏之处在所难免，敬请作者和读者见谅。

中国法制出版社

2004 年 12 月

目 录

契约的死亡	[美] 格兰特·吉尔莫 (1)
契约的再生	[日] 内田贵 (92)
约 因	[英] P·S·阿蒂亚 (232)
合同损害赔偿中的信赖利益	
.....	[美] L. L. 富勒 小威廉 R. 帕迪尤 (260)
合同法中的自由与强制	
——合同的订立研究 ...	[德] 康拉德·茨威格特 海因·克茨 (354)
论债之本质与责任	林诚二 (台) (388)
论债权让与契约与债务人保护原则	张 谷 (413)
契约责任与侵权责任之竞合	王伯琦 (台) (438)
契约自由论	姚新华 (455)
评我国新合同法上合同转让的原则	王 军 (478)
契约效力的根源及其正当化说明理论	李永军 (499)
民法上不当得利之研究	史尚宽 (台) (551)

契约的死亡

[美] 格兰特·吉尔莫 著
曹士兵 姚建宗 吴巍 译

作者简介

格兰特·吉尔莫系美国当代著名法学家，耶鲁大学法学院终身教授。

目 次

前 言

绪 论

第一章 契约理论的起源

第二章 契约理论的发展

第三章 契约理论的衰落

第四章 结论与思索

前 言

本书根据本人 1970 年 4 月在俄亥俄州立大学法学院所作的系列演讲整理而成。在修订、扩充成书过程中,我把那些起初看起来适于听而不宜阅读的资料性的非正式文体保留了下来。结果,在整理成书时,讲演这种格式给我带来了未曾预料的麻烦。首先,讲演者出于对听众的考虑,自然要试图使自己的陈述尽可能简单,而不是复杂化。他要避免使用修饰、精炼的语句,以及附加阐发。尽管这些加工可能很切题而且会增加内容的趣味性,却可能给听众造成极大地混乱。其次,讲演者也受到时间的限制。不管他想要表达的内容实际需要多少小时,他也要每次必须在 50 分钟内讲完。因此,当讲演稿印行出版时,那些未纳入讲稿的材料没有理由不被重新采用。

在为成书而努力之时,我发现原稿不再适合我所预计要增加的众多补充。由于不愿纠缠于已有的内容材料并决定从头做起,我找到了一个不知是否确切的权宜之计,即把那些不适于纳入书稿的东西,放在松散而自由的注释之中。我一贯认为,作者应该在正文中阐发他的思想,而注释只能用来容纳证明材料。然而,由于上述原因,我已不幸地不时违背了这条有价值的常规。但对本书的简单骨架感到满意的读者,仍会发现其自身的完满性,即这些注释已不时被运用作为填充骨架的肌肉了。

感谢法学院及院长先生在我滞留哥伦布期间为我提供讲坛,并给

予热情而慷慨的款待。

耶鲁大学法学院
终身教授
格兰特·吉尔莫

绪 论

有人对我们说，契约和上帝一样，已经死了，的确如此，这决无任何争论的必要。契约死亡运动的倡导者们接着说，契约既已死亡，自然也就不再是一个合适的、有价值的研究课题，法学院的学生们也不应再去完成有关契约理论的那些古怪的作业了。死亡事实既已确定，法学家就应当把注意力转向其他方面。据说，他们应该观察当前的景况，并记下自己的观察所得；他们应致力于社会学的分析，而不是历史的或哲学的综合。^① 在这一点上，我并不反对他们的目标，也并非对他们的所作所为完全不感兴趣。

描述你听见的一切无疑是很有用的练习。它能练就你敏锐的观察能力和精辟的分析能力，并使你的叙述明畅而清晰。因为并非任何一个律师都能准备、完满地把一桩复杂的案件陈述清楚。而当你做到了细心观察和描述事物时，你自会获得一系列的材料。然而，“独木不成林”，它们本身若不和其他材料发生联系，就毫无意义。这些材料所反

① 我所引用并作过不适当评论的这种观点，其最为全面的陈述之一，可参见《契约相关理论专题论文集》，载于 1968 WISC. L. REV. 303 et Seq. 该“论文集”包括由 Malcolm sharp 教授所写的导言，以及一系列论文。这些论文都在美国法学院协会 1966 年年会的小组讨论会上宣读过，它们是：Friedman 和 Macaulay 的“契约法与契约教学：过去、现在和未来”；Speidel 的“契约法：对商业背景和审判程序的某些反映”；Mueller 的“商业事实与法律幻想”。

“论文集”主要论文的合著者之一 Stuart Macaulay 教授毫无疑问属于倡导契约死亡派别的显赫人物。在过去的大约 10 年里，他发表了一系列与传统契约理论毫无关系的非常有趣的论文，参见其《商业中的非契约关系：一项初步研究》，载于 28 Am. Sociological Rev. 55 (1963)。

“论文集”主要论文的另一位合著者 Lawrence Friedman 教授已在其 1965 年出版的《美国契约法》中对业已出现的契约理论的发展作了若干创造性的、最有思想深度的分析。对这本书的进一步引证可见注⑥。

映的事物，或消灭、或重组成或向其他相反的方向蜕变，总之，永远处于变化状态之中。而且，这些变化不易觉察。处理这些材料，律师和我们一样感到棘手。经济学家可以套用固定的模式来解决问题，法学家则不行。既然眼前的一切会很快成为过去，而未来又难以捉摸，那么在设计我们的行动路线时，最好的向导当然应该是我们亲自体验的那些知识。但只有将现在的知识和以前的知识相比较，穿越时间的迷雾，那些有关最新材料现时状态的最有活力又最全面的知识，才会对我们有意义。当然，最乐观地看我们对过去并无全面的了解。

在今天的博物馆里，不管我们可以收集、陈列多少种仿古制品，我们却没有人会用罗马时代的律师、中世纪的陪审员或 19 世纪的实证主义者的思维方式来思考问题。可以肯定，我们今天的观点，必定会对我们所经历的事情产生曲解。因为我们不是科学家，甚至还算不上社会科学家。但对此我们却不必过分沮丧，倒应积极地予以思考。

如果说在 19 世纪契约的存在和发展确是事实，而在此后的 50 年里又渐趋死亡并已奄奄一息的话，那么我们所面临的迫切问题便是：约因理论究竟发生了什么样的变化？该问题的所有情形以及与此相关的各种问题，我都将在这里提出并予以讨论。

第一章 契约理论的起源

契约理论的发展已经历了百年历程。正是在 100 年前，克里斯多佛·哥伦布·兰代尔（Christopher Columbus Langdall）象他那 400 年前的同名者一样，“首航”于那未探明的“海域”，并无意中发现了“新大陆”。^② 虽然西方文明顺利地向前发展了数千年，但并无人知道欧亚大陆间还有两个未被发现的大陆。500 年前的哥伦布若不是因为一连串稀奇古怪的错误计算而导致新大陆的发现，^③ 也许我们生活得更富足、舒适一些。与此类似，普通法向前发展了几个世纪，也没有人认识到存在一个契约法的领域。然而，契约法的存在一经确认，在法律

^② 此处指兰代尔于 1871 年出版的《契约案例》一书。对该书注⑨还要涉及。

^③ 关于“稀奇古怪的错误计算”，可参见 Morison, *Admiral of the Ocean Sea, A Life of Christopher Columbus* (1942)。

思想的发展中就不能没有它的地位，如同新大陆的发现，西欧居民不可避免地纠纷做着开发美洲的梦。

因循自然或天性所做的行为，如呼吸或朗读散文，与我们在做同样的行为而自觉地意识到我们正在做什么，两者之间有很大的区别。比如一旦意识到自己正在读着的确实是散文，我们马上就会想到语言方面的理论知识，诸如语法、文法，以及分辨其用法的妥当与否等。法院自其诞生之日起，就审判契约诉案，但直到兰代尔碰巧发现为止，作为与普通法或普通法理论相提并论的契约法或契约法理论，却一直没有出现在法律思想中。当然，这个伟大的发现还有待兰代尔的继承者去发展，去整理其要点，勾勒其轮廓。在美国，霍姆斯（Holmes）和威灵斯顿（Williston）是两个伟大的继承者。前者在其 1881 年出版的《普通法》一书中，对契约作了一系列惊人的论述。后者在其权威性论文集里也有相似论述。^④而在科宾（Corbin）更为伟大的论集里，^⑤契约理论衰落和分裂的趋势已十分明显了。

显然，在动手揭示契约死亡之谜前，我们必须花上一段时间来研究它的诞生之谜。在最近面世的一书中，劳伦斯·弗里德曼（Lawrence Friedman）教授提出了一些新颖的观点，它们涉及到被其称作“纯粹”的或“古典”的契约理论的性质。在这里，所谓“纯粹”的或“古典”的契约理论指的是在 19 世纪发展起来的契约理论。下面我将引用弗里德曼教授书中的一段论述：

“‘纯粹’的契约法基本上属于我们称作抽象关系的领域；‘纯粹’契约学说并不指导契约中具体的人和事的细节。它不会要求谁买谁卖，也不能告诉你买什么与卖什么。去掉具体的人和物所具有的特质时，契约法就成了在与协议有关的法律中留存下来的抽象概念。

……古典的抽象契约法是现实主义的。与当时的社会相适应，契约法没有具体细琐的规定，也不凭藉社会政策来限制个人自治或市场

④ 《威灵斯顿论契约》初版于 1920 年，1936 年出第二版，现行第三版由 Walter Jaeger 教授修订于 1957 年出版。

⑤ 《科宾论契约》于 1950 年出版。科宾教授一直没有中断对该书的修订工作，直到本世纪 60 年代因健康状况欠佳使其不能继续从事这项工作为止。最先出版的几卷已作过全面修订且在其后再版过。

自由。因此，它与自由的市场大致吻合。很明显，契约法巧妙地配合了19世纪自由经济的发展。因为这种经济类型也是抽象而非琐细的。从两者的理论模式看——契约法和自由经济——都把其当事人当作个体经济单位看待，它们在理论上都享有完全的主权和自由决定权。

……契约法关注并为无调节（自由市场）的经济行为成果提供自由的保障。契约法主要通过包容和排除手段来扩展和限制其适用范围。与其覆盖的领域相比，规则本身的变化甚微。……严格说来，契约法不会有重大变革。因为它本身就是一个残缺不全的部门，其内容主要由法律中那些影响经济行为的方面来决定。所以，不同的交易类型都曾进入和退出契约的领域。在19世纪早期，随着其它领域的破坏，契约法渐趋庞大。……而在现代生活中，已发生了于契约法有重大意义的最富有戏剧性的变化。这种变化不是由契约法本身的内在发展所致，而是由于公共政策对契约法对象的系统性“掠夺”所造成的……例如，劳动法、反托拉斯法、保险法、商业规则和社会福利立法等。这些特殊形态的公共政策的发展，把原本属于“契约法”（就其抽象关系意义而言）范畴的许多交易和境况，划归到自己的调整范围之内。……”^⑥

以上是弗里德曼教授的论述。尽管我们在某些观点上与他的分析并不一致，但其关于契约法一般概念的论述却是我们应当保留的。另外，弗里德教授关于“契约法内容不定”的观点也值得接受。他认为，契约法是由所有“特殊”法律规定累加而成的，这些“特殊”法律规定高度抽象化，与古典自由市场经济理论有着密切的历史渊源关系，^⑦

⑥ 弗里德曼：《美国契约法》，第20—24页（1965年）。

⑦ 我认为弗里德曼教授所说的“19世纪的自由经济”即通常所称的自由放任经济。进一步讨论可见后面注⑩关于19世纪契约理论与“自由放任哲学”之紧密关系，Atiyah在其An Introduction to The Law of Contract at 3 (2d ed.1971)中亦有阐述。作者是在英国学习过的澳大利亚国立大学法学教授。有趣的是，这两位分别接受英国教育和美国教育的理论家，都各自独立地展开研究，却得出了相同的结论。Atiyah教授的看法和我以及弗里德曼教授的看法一致，即英美契约理论是一个相对近期的创造物。他说：“尽管英国契约法有许多都可以追根溯源于中世纪，但是绝大部分有关契约的一般原则却是在18及19世纪发展或精心设计出来的。”（见Id.at 2.）而Frans Worth教授对此亦有论述，见Legal Remedies for Breach of Contract, 70 Colum.L.Rev.1145, 1216 (1970) also stresses the relationship between contract theory and “the economic philosophy of free enterprise”；观the quotation from professor Farnsworth’s article in note⑩infra.

其理论框架与现实世界并无多少联系，不会随着现实世界的变化而变化。^⑧ 弗里德曼教授接着论述了契约法结构上另一个有意义的方面，即尽管绝大多数与契约法密切相关的法律领域在立法干预之下都实现了法典化，但长期以来契约法本身却仍在抑制法典化。^⑨ 这就是对为什么我们只有《契约法重述》而没有《统一契约法》的一种解释。

若问契约法应归属于何种法律领域，我估计，大多数人会将其归于商法领域。然而，原先仅调整商品关系的契约法，却已逐步超越了商品关系的领域，进入了明显的非商业环境之中。例如，契约法也涉及到调整慈善募捐、婚约、转让家庭农场（假如孩子答应赡养老人的话）等等。但是，凭本能我们感到商法仍是其核心，而且随着需要的发展，商业规则还可以广泛适用。

我们是在严格限制意义上使用“商法”这一术语的。对律师来说，商法指与商品销售和货物转让有关的法律，如买卖法、运输法、航运法；以及用以扩展信用和货物销售支付的票据法；还有所有有关个人财产安全保障的法律——涉及商品交易的安全和金融信誉。总之，商法产生于工业革命之后。在 18 世纪后期，才有了诸如买卖法、票据法等商事法律，此时还谈不上有契约法。在此之前，确有关于买卖和票据的案件，也就是说有契约案件。然而，案件是一回事，系统而独特的法律部门是另一回事。^⑩

甫一出现即形成一个新的法律“领域”并引起人们广泛兴趣，这种事在法学中并不多见。这种现象的产生，可以看作是对社会中政治、文化和科技系统戏剧性变化的回应。这是因为，法律，就其性质来说，除了在一定程度上受文化迟滞观念影响外，它反映的既不是过去也不是将来的情形，而是社会现实。比如，如果贝壳是流通物，那我们就会有一个详尽的，包罗万象的有关贝壳串珠的法律；如果贝壳不再是流通物了，那么有关贝壳串珠的法律就会渐渐消亡，并被人们遗忘。

⑧ 或许“成长”和“发展”更能贴切地表达“变化”的内涵。一个理论之不能成长与发展自然就该死亡了——这是事实。

⑨ 弗里德曼，OP.Cit.Supra note ⑥，at 24.

⑩ 我认为这就是 Atiyah 教授的观点，见 note ⑦ Supra，即英国契约法可寻“根”于中世纪，但其“一般原则”却决不存在于 18 世纪之前。

在商品出现之后，才产生了商品买卖法；依生产和销售状况而获取钱财的票据出现之后，也才有了对票据法的需求。商品和票据与传统的财产一样，都具有储藏财富的作用。社会需要是法律产生的前提，而法律的产生又能为社会需要提供保障。

事实上，法律的产生往往异常迅速。在不到半个世纪的时间里，我们称之为商法的主要轮廓已清晰地建构起来了，与其有关的大量详尽完备的附则也制定了出来。对我们这个时代的观察者来说，这些不同寻常的事情发生，是显而易见的。1837年，美国最高法院大法官约瑟夫·斯托里（Joseph story）代表一个委员会向马萨诸塞州政府提出一份关于普通法的法典化的报告。该委员会受命考虑“制定一部成文的、系统的马萨诸塞普通法法典的可行性和适宜性”。^① 斯托里在报告中认为，一部包罗万象的法典是“绝对有害且无效果的，因而是不足取的”。^② 但另一个方面，在实体法的一些确定领域，其法典化则既是可能的，又是必要的。斯托里称作“商事契约”的那部分法律“显然属于这种情况”：

“……上个世纪，由于众多学识渊博的法官和法学家的共同努力，普通法已达到了科学般精密、准确和清晰的水平，并无可争辩地形成一个固定的国内法学体系。至于商事契约，我们可以断言，那些对其加以规则的一般原则及其细则，在很大程度上现在是能够纳入规则秩序之中的，这在已颁行的法典原文中已有明确规定。在这些契约当中，委员会的成员们特别提议将以下内容作为法典的主题，即：代理、信托、担保、保证、汇票、期票、保险和合伙等。也许，他们同样会建议制定有关远洋、近海和内河航运契约的法律，这些法律涉及对所有人、共有人、雇主、海员、船主和乘客的权利、义务和船主权力的规定；包括对船舶抵押款、船舶包租租约、提单和其他货运契约的法律规定，在这些规定中应有关于运费、共同海损、打捞费、海员工资

^① 该报告见于斯托里法官之书，Miscellaneous Writings at 698（W.W.Story ed.1852）。对于Story报告作出贡献的是其儿子威廉·怀特姆·斯托里，正是他编辑整理了他父亲的一系列文章并消除了其间的矛盾之处。

^② Id.at 712.

等内容。……”^⑬

我建议读者特别注意斯托里所称“在法典原文中明确规定”的一系列主题。他认为，“商事契约”的范围也包括有关商业组织的法律——即今天公司法的雏型，但代理和合伙除外。汇票和本票的单独立法也在考虑之列。另外，金融和交易安全也需要对担保、保证、委托进行法典化。最后是保险（这里斯托里明显是指海事保险）和海运、船运法。后者对有关航运事项有着详备的规定。从这里可以看到，斯托里对“买卖”法未作任何论述。但时隔不久，新一代法学家产生了。而令人惊异的是，1848 年在美国发表的第一篇论述买卖关系的论文，其作者便是法官斯托里的儿子——威廉·怀特姆·斯托里（William Wetmore·Story）。在那次孝顺行为（指其继承父业）之后，小斯托里抛弃了法律，转而在意大利终生从事雕塑事业。他有关货物销售的论文确实写得非常漂亮，而据我所知，他的雕塑亦不逊色。^⑭

在斯托里所处的那个时代，还没有概括性的契约法或契约理论。当时随着工业革命的发展，规制商业交易诸方面的独特的法律领域已经逐渐显现，并在社会生活和经济交往中起着极为重要的作用。确实，斯托里在其极富有创造性的工作中，写下了许多有关这些独特法律领

⑬ Id. at 730—31, 在引证的一段报告中，Story 的确首先用明晰的语言提到了“契约法”，但其真正意思明显地是指现实中存在的一系列各式各样的契约，而不是指存在一个单独的契约理论。参见 note ⑮ infra from the “Advertisement” to the second edition of William Wetmore Story’s *Treatise on the Law of Contract*.

⑭ 略

域的论文,^⑮可他却从未想到过要写一篇关于“契约”的论文。^⑯

我们倾向认为,契约法产生于前,按着诸如票据法、买卖法、保险法等单项法律又从契约法主干上分离了出来。^⑰现在看来,这个观点是缺乏深思熟虑的。事实刚好相反,在一般契约理论被人们普遍接受以前的很长一段时间里,这些单项法律已经充分地发展过。就票据

⑮ 略

⑮ William Wetmore Story 的确于 1844 年出版了 *Treatise on the Law of Contracts not under Seal* 一书,1847 年他又出版了经修订和扩充的该书第二版。我们现在离一般契约理论还有多远完全可以从下面所引证的该书第二版对“广告”问题的说明中得到充分的印证:“有关契约主题的许多新部门已经出现,这在本书第一版中未及反映。在本书中我们将提到的新部门是有关高利贷的法律和有关代理人、经纪人、拍卖商、遗产管理与遗嘱执行人、信托人、海员、公员、监护人和船主之契约。”该书分章论述了寄托 (Bailments)、个人财产之买卖、担保、土地所有权和租赁。两个篇幅相对较短的论述合意和约因的章节大概是纯理论性讨论。

Parsons on Contracts (1853) 一书也简单地依次检查了 Joseph Story 提出的几种“商业契约”类型,这些契约 Joseph Story 在其自己的评注及其儿子编辑的两本论本集中已作过分析。Theophilus Parsons 是丹麦籍人,1848—1870 年任哈佛法学院法学教授,在兰代尔被任命为哈佛法学院院长之前不久,他便退休了。见 Sutherland, *The Law At Harvard*. 150, et, Seq., (1967)。

⑰ 我自己曾竭力加以传播的东西现在看来是对历史的一种误解:“契约法之假定的统一已有了 100 年的离心趋势。货物买卖法、保险法、劳动法 (只举这三个例子),它们都 (或曾经都) 根源于契约法;如今,货物买卖法和保险法早就成为 (而劳动法很明显也正在成为) 独立于一般契约法的部门。(Kessler And Gilmore, *Contracts - Cases And Materials* 117 [1970]) 我大概已论述过货物买卖法和保险法已作为契约法过去所未闻的特殊法律部门而建立了起来。关于 20 世纪劳动法和契约法的关系,见 Summers, *Collective Agreements and the Law of Contracts*, 78 *gale L.J.* 522 (1969) :Lawrence Friedman 教授至少在某种意义上明显地赞同这种观点:契约法首先出现,尔后特殊的部门法才从中分离出来。见 the quotation from his *Contract Law in America* text at note⑥Supra。假如这真是一个误解,它也已深深地扎根了!因此,威灵斯顿在其契约论文集初版之前言中写道:“有关契约的法律遭受着来自于指责其阻碍了侵权法之发展的艰难的对立之痛苦。它是一点一点地在各种不同形式的限制当中成长的。也只有在最近的年代它才尽其努力与具有广泛性的各种侵权形式的基本原则结合起来。另一方面,契约法在开始有了一定程度的统一之后,现在又朝大规模的分裂方向迈进了。”(威灵斯顿 *Contractsi* [3ded. Jaeger1957]) 威灵斯顿举保险法和担保法为例来说明契约法之“分裂”趋势。

法而言，它确曾在很早就有了相当程度的发展，尔后又停滞了。^⑬而契约法理论一经形成，它必然会对一些专门法律（特别是买卖法）的进一步发展产生深刻影响。^⑭

我确信是克里斯多佛·哥伦布·兰代尔院长在无意之中揭示了契约的一般理论。这一点可以从他 100 年前出版的开拓性著作《契约案例》一书，以及该书在 1880 年再版时他作为附录收入的“契约法概略”中找到证明。我们相信，在理论上具有重大创见的伟大人物必将流芳百世。兰代尔教授就是这样一个可以在法律学中永载史册的人物。我们对他所知不多，而对他那令人惊讶的选择——将契约作为研究主题，并写出了第一本有关契约的案例——就知道得更少了。^⑮他坚信法律是一门科学，与其他科学没有什么不同。这种态度深得当时的哈佛大学

⑬ 至于票据法的“未成熟的古老年代”：“正当持票人”是由 Lord Mansfield 及其后继者们使用于 18 世纪末 19 世纪初的一个概念，用以对付这种商业现象即汇票和本票事实上已经流通且在被收回之前它们也已经过手转让。随着现代银行制度的发展，票据（支付手段）逐渐退出流通。如今，向第三方的购买者开具的真实票据已罕有流通价值——票据之使用即从交易人流向信用公司，若其目的是为了实施欺诈，则该票据不是“真实票据”。当 19 世纪末票据法完成法典化时，整个“正当持票人”概念也就被有效地废弃了。有关法典化在这一方面的问题我在一篇文章中已有评论，见 *On Statutory Obsolescence*, 39 *Colo. L. Rev.* 461 (1967) 有关“正当持票人”概念的功能性萎缩的论述，见 Rosenthal, *Negotiability—Who Needs it?* 71 *Colum. L. Rev.* 375 (1971)。

⑭ 关于“反撞效应”的说明，可考虑 19 世纪后期有关货物买卖的“完全偿还”（“perfect tender”）规则，其讨论见 note⑩^{infra}。

⑮ Sutherland 在 *The Law At Harvard* (1967) 一书中以第六章专门描写了兰代尔 1870 年至 1895 年在哈佛的经历。兰代尔 1826 年出生于新罕布什尔州，1851 年至 1854 年在哈佛大学学习法律，以在哈佛法学院图书馆打工支持学业。随后，他在纽约从事了 6 年的法律实务工作，1870 年受艾略特校长之邀重返哈佛，1870 年至 1895 年任哈佛法学院院长，1900 年退休，死于 1906 年。除了《契约案例集》（及契约概略）和《货物买卖案例集》（1872）外，他似乎未再写什么东西。从尚存的学生意见中可以看出，学生对他的评论是：他还算不上是一位有吸引力的教师——当然也可能是因学生对其反感所致，因为至少在早年学生对其用案例分析代替课堂讲授的新的教学方法怀有明显的敌意。

Sutherland 教授在书中写道，兰代尔在做学生时就作为 Parsons 的助手而参加了有关研究工作，当时 Parsons 正准备其契约论文集（见 note⑩^{supra}）。可以想见，正是帮 Parsons 所做的研究工作多少影响到兰代尔选择契约作为其第一本案例集的主题。也有可能是 Parsons 退休后，兰代尔接过了契约法这门课并将其与自己打算开设的案例分析课合并了。

Professor Sutherland reproduces an astonishing portrait of Langdell (“painted...in the twenty-second year of [His] deanship”) which could perfectly well be a portrait of the original Christopher Columbus.