

德国

法律精神与司法现实

The Spirit and Practice of the German Laws

钱跃君 著



社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)



德国

法律精神与司法现实

The Spirit and Practice of the German Laws

钱跃君 著



社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

IP)数据

德国：法律精神与司法现实 / 钱跃君著. —北京：社会科学文献出版社，2014. 12

ISBN 978-7-5097-6618-7

I. ①德… II. ①钱… III. ①合同法-司法制度-德国
IV. ①D951.63

中国版本图书馆CIP数据核字（2014）第237114号



德国：法律精神与司法现实

著 者 / 钱跃君

出 版 人 / 谢寿光

项目统筹 / 刘骁军 芮素平

责任编辑 / 蒋北娟 关晶焱

出 版 / 社会科学文献出版社·社会政法分社 (010) 59367156

地址：北京市北三环中路甲29号院华龙大厦 邮编：100029

网址：www.ssap.com.cn

发 行 / 市场营销中心 (010) 59367081 59367090

读者服务中心 (010) 59367028

印 装 / 北京鹏润伟业印刷有限公司

规 格 / 开 本：787mm×1092mm 1/16

印 张：21.75 字 数：404千字

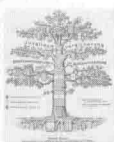
版 次 / 2014年12月第1版 2014年12月第1次印刷

书 号 / ISBN 978-7-5097-6618-7

定 价 / 68.00元

本书如有破损、缺页、装订错误，请与本社读者服务中心联系更换

▲ 版权所有 翻印必究



第一篇 法律与文化

- | | |
|-----|------------------------------------|
| 002 | 法律与正义
社会公正的理想与现实 |
| 013 | 人的尊严不可侵犯
德国宪法开篇第一句 |
| 033 | 从专制国到法制国
普鲁士历史上的几场著名公案 |
| 048 | 法制国漫谈
社会良性发展的基础 |
| 065 | 社会国漫谈
建立有人性的法制社会 |
| 086 | 古罗马法与古日耳曼法的结晶
从古罗马法看德国法律精神与司法原则 |
| 101 | 法律解释与法律延伸
司法的基本原则与思路 |
| 116 | 法律漏洞漫谈
制定法无可避免各种法律漏洞 |



第二篇 法律与经济

- | | |
|-----|-----------------------------|
| 136 | 市场经济与良性竞争
漫谈反恶性竞争法 UWG |
| 152 | 知识产权是技术进步的动力
漫谈知识产权的法律保护 |
| 164 | 美观新设计的知识产权 |
| 178 | 商标法漫谈 |
| 196 | 音乐界的匪警
音乐作品的版权问题 |
| 210 | 网络世界的法律问题 |
| 226 | 退出合同的法律问题 |
| 234 | 网上订购的退货问题 |
| 246 | 合同高于民法
退出合同的法律问题 |
| 256 | 天有不测风云
情况变化而退出合同 |
| 265 | 三方大战：险中求胜的运土诉讼案 |

第三篇 法律与社会

- | | |
|-----|-----------------------------|
| 276 | 刑法原则与刑法论证 |
| 292 | 复仇·惩罚·教育
漫谈对犯罪者的惩罚 |
| 300 | 抗议文化与法制国底线
漫谈集会自由与社会秩序 |
| 310 | 手术是成功的，但病人死了
医疗事故的法律赔偿问题 |
| 320 | 父母要赔偿孩子引起的损失
儿童的风险责任 |
| 329 | 法律纠纷中的书信往来 |
| 338 | 超越道德底线的暴利
发生在巴黎的律师费风波 |

王康紀念文集

王康紀念文集

第一篇

法律与文化

法律与正义

社会公正的理想与现实

一、法制国也无法避免冤假错案，因为冤假错案源于各种不可避免的局限，法制只是要在制度上尽量减少冤假错案的产生。

二、法制追求的是正义，指导人们从善。但正义本身是多样的，各个正义原则之间还会产生冲突，实现了一种正义往往会伤害另一种正义。

三、经济领域的法制就是合理的利益分配，但分配的同时还要考虑现实，兼顾贫富之间的利益平衡。

四、合理的司法是以事实为依据，但法庭上事实并不清晰。刑法要求不惜代价地搞清事实真相，而民法上只根据双方的陈述来推测事实真相。

五、三级法院各自任务不同：初级法院收集双方陈述，以此判断事实并做判决；二级法院不征集事实资料，只审核初级法院根据这些资料而做的判决是否合理；三级法院不判断前面法院判决是否合理，只审核前面法院对法律本身的解释是否正确。

无论是民主国家还是专制国家，只要实现了真正的法制，所有刑法都只是传统道德与社会良知的积累。你不用知道刑法上怎么写，仅仅凭你的良知就应当知道，你的行为是否犯罪，刑法只是限制对这一犯罪行为的最惩罚额度，以防止惩罚过重——刑法旨在惩罚犯罪，但具体的刑法条款却是在保护犯罪者的基本权利。所有民法只是人与人之间交往的规

范化。你不用知道民法上怎么写，事实上没有一位德国律师、法官和政治家通读过洋洋万言的德国民法典（共 1921 款）。你只要静心想一想，如何在经济交往中避免或减少不必要的纠纷，就应当能够想象，民法上会怎么规范。只是对懒于思考或没有精力思考的人，可以通过民法来了解这个国家的老百姓是怎样小心翼翼地与人经济交往的。法官不能因为你不懂法甚至都不认字，就可以对你多一分惩罚——那就不再是法制国。

法制国的冤假错案

经常遇到朋友到我这里诉苦，明明是别人欺骗了他，告到法庭他居然败诉。谦虚一点的自叹倒霉，埋怨德国法院太不公平；愤青一点的埋怨德国法官欺负外国人。我没有读过原始案卷，不能轻易下结论。而当我阅读完全部案卷后，发现案卷中的实际情况并不是这位朋友口述的那样，其实对方也感到很冤。当然，我遇到更多的情况是，我也认为这是一场冤案，所以完全理解这位朋友的苦衷。但我又认为，法官并没有判错，如果我是法官，也会这样判。有人自叹不懂德国法律才遇到这样的冤案，但不完全如此。法官主持的是公正或正义（*gerechtigkeit/justice*），而不是维护法律（*gesetz/law*）。

其实，这里出现的问题既不在法制，更不在法律，而在于现实中法庭审案所无法避免的局限。这种局限可以出于人们对正义的理解、对事实的澄清，甚至出于国家的财政限制。就像牛顿力学（法律）没有错，科学思想（法制）也没有错，但还是出现火车头尾相撞、卫星刚发射上天就爆炸等技术事故，不能因此归罪于牛顿力学。古希腊哲学家亚里士多德看到：这里的困难在于，尽管法是合理的，但成文的法律却可能有偏差，因为法律是针对普遍情况的，对个别情况却可能不合理，需要在个案中给予修正。但尽管如此，有法律总要比没有法律好。

法律与正义

法制文化源远流长，可追溯到古希腊的哲学巨匠们。柏拉图认为，社会公正是人类社会永恒不变的道德核心，是人的灵魂的一个部分。他的学生亚里士多德及中世纪神学奠基人托马斯·阿奎那，提出了比较现实可行的观点：社会公正不仅是人的美德，也是人与人之间交往所应持有的规则。人与人通过社会分工、共同相处而形成人类社会，法律是这个社会自然形成的共识，每个社会成员都应当依循。



社会在发展，人与人交往的形式和内容都在发生变化，所以，法律或法制也要随着社会的变迁而变化。但亚里士多德明确指出，法律或法制不能任意变化，国无常法何以取信于民，法律始终要以“公正”为准绳。为此，柏拉图、亚里士多德等花了最多篇幅，不是讨论“法律”，而是讨论“公正”或“正义”。古罗马时代已经有专门的法学者与学生，古罗马五大法学家之一的Ulpian说：“如果谁要学习法学，首先要知道，‘法（ius/Recht）’这个词的来源，它是由‘正义（iustitia/gerechtigkeit）’这个词来命名的。就如Celsus说的，法是善与正义的艺术。……我们服务于正义，也教授学生善与正义的学问，以区分非正义。……我们不是通过法律致力于让人们害怕受到惩罚，而是鼓励人们从善。”（《法学阶梯》Ulp.D.1，1，1）

正义是一种社会秩序，这种社会秩序是依靠社会共同体即国家来体现和维护的。古罗马法学家西塞罗甚至直言，“人民的幸福就是最高的法”，西塞罗（Marcus Tullius Cicero，公元前106~前43）的《De Legibus》（book III，part III，sub. VIII）中的名句“Salus populi suprema lex esto”。因为共和国就是由人民组成的——“共和国”的拉丁原文res publica，直译就是“人民的事业”。随着古罗马帝国疆域的扩大，国家行政体系逐步完善，成文法被加强，法学家们有意识地以社会正义的理念来建立社会秩序。亚里士多德在《尼各马可伦理学》中说：“为此，我们不能让某个人来统治，而要让法律来统治。”即不能搞人治，而要搞法治，法治是实现社会公正的途径，而不是相反。

古罗马皇帝查士丁尼（527~565）在推出让他名垂青史、今日世界各国法律的母体《查士丁尼法典》时，明确表示了古罗马法的立法宗旨：“所谓的法律就是：（保障国民）有尊严地生活，不侵害他人，维护属于他自己的（财产）。”该言源自乌尔比安对个人状态的界定，后被查士丁尼写进《法学阶梯》第一卷第一篇第3条：“法律的基本原则是：为人诚实，不损害别人，给予每个人他应得的部分。”由此可见，如果一部法律不是在于维护人的尊严和财产，那不仅是一部恶法，而且根本不能称之为法。中世纪教父学创始人圣·奥古斯丁在他的《上帝之城》中说：“一个没有社会正义的国家，无异于一个大的强盗团伙。”这种法制黑暗现象，在德国纳粹时期表现得尤为显著，法律（如纽伦堡法）成为剥夺犹太人财产与生命的手段。纳粹镇压政治异己者，制造社会黑色恐怖，都是以“法律”或“人民”的名义。所以，不要一听到“依法治国”就以为是好事，要看一下，依的是正义之法（善法）还是非正义之法（恶法）。

正义原则的多样及其冲突

亚里士多德将公正划分为“普遍公正”和人与人之间的“交往公正”两大类型。

东西方文化中最古老、最经典的“交往公正”，就是做人的黄金准则（Goldene Regel/Golden Rule）：己所不欲，勿施于人——最早出现在 3000 年前的古埃及文化和犹太教中，此后的中国、印度、古希腊、基督教等文化都以不同的方式表达了同样的意思。传统的刑法理念是“以眼还眼、以牙还牙”，以对方同样的手段来报复与惩罚对方。而黄金准则刚好相反，设身处地为他人着想，主动放弃那些损害他人的手段。而且这与康德的“绝对命令”（Imperativ）也不一样，不是出于社会对个体的强制要求，而是将心比心，从一个个体想到另一个个体。其表达得如此形象具体和通俗易懂，被誉为活在民间的人类道德的核心。

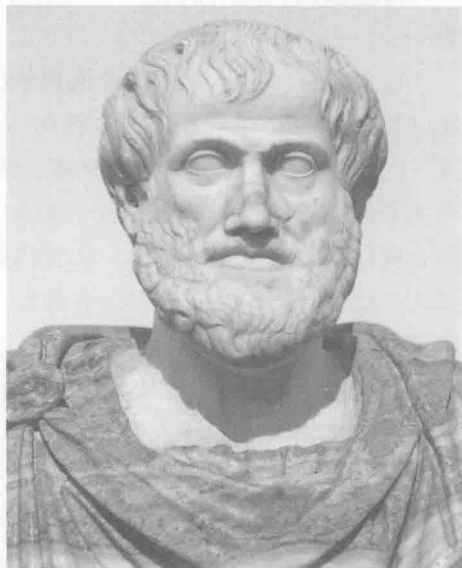


图 1 古希腊哲学家亚里士多德

两千多年下来，在学术研究与法庭实践中，人们就不同的生活领域以不同的视角，建立起一系列更为具体的公正原则，例如以下所示。

合同原则：双方事先约定了就必须双方遵守，双方兑现。

贡献原则：谁对社会做出的贡献多，就应当从社会获得的回报多，即**多劳多得原则**。

平等原则：法律面前人人平等，但不强求竞争之后的结果平等。现代法制国原则又将之引申为：同样的情况要平等地对待，不同样的情况要不平等地对待。

机会平等原则：特殊情况下，可以采取抽签或抽奖中彩形式，但要保障抽签人的胜负机会均等，不得有人作弊。

需求原则：不同的人有不同的需求，如老人、儿童、妇女、病者、穷者、工人、农民。如果社会有一定的经济资源或法律权利，就应当根据人们的实际需求进行合理分配。

发展原则：人人都有权利施展自己之长，争取自己所需，不能因为人的出身、



种族、信仰等原因而受到限制。

持续原则：人的消费不得超出自然界所能再生产的物质程度，即现代环保原则……

正义是一种价值判断，价值判断就与人的观念联系在一起。从哲学角度来说，正义概念本身是建立在人有理性的假设之上，所以尼采会怀疑能否明确定义“正义”，因为人其实并不完全按照理性做事，很多时候是按照感情行事。许多朋友因为太重感情而做了非理性的事，例如，朋友之间不好启口去签署“伤感情”的书面合同。但过后发生了纠纷，法官只能按照理性所建立的正义原则来判决，这让许多人在感情上很难接受。因为事实上，你所谓的“朋友”就是在利益面前无情地出卖了你。

人的观念有时间性，随着社会的变化而变化，昨天认为正义的，今天不一定；人的观念又有文化性，在中国认为是正义的，在欧洲不一定。于是，不同的人有不同的价值观，就会形成不同的正义观。法官也是人，他的正义观取决于他的人生观，不同法官做出不同的判决结果，就很自然了。

尽管人与人、民族与民族千差万别，但在任何社会都有许多被人们普遍接受、比较成熟的观念。法官受社会委托进行司法，就必须根据这些普遍观念（所谓的基本原则）来判决。麻烦的是，现实社会发生的事千姿百态，对同样一件事，从不同视角，根据不同的正义原则又可能得出完全不同的结论，甚至相互矛盾。



图2 《圣经》中葡萄山的故事

实例 1:《新约·马太福音 20》中耶稣讲了一个故事:一个葡萄园主一早雇人来干活,说好干到收工时发一钱银子。然后他到下午 12 点、15 点、18 点又分别雇人来干活,也说好干到收工时给一钱银子。收工时排队发工资,晚来的还排在前面。早来的干了一整天得到一钱银子,晚来的干了一小时也得到一钱银子。早到者心里不高兴,因为这太不公平了。葡萄园主就对早来的人说:我没有亏待你呀,当时与你说好干一天拿一钱银子,现在确实给了你一钱银子。

这个故事的社会意义是按需分配原则,当时一个家庭每天有一钱银子就足以生活,所以每位劳动者都获得一钱银子,劳动仅仅为了生活,“共产主义”的拉丁文原词 communis (共同的)就是 13 世纪的基督教社团。该故事的宗教意义是:无论早信还是晚信上帝,都能获得上帝同等的恩泽。如果不考虑社会含义或宗教含义,这里就涉及上述“合同原则”与“贡献原则”之间的冲突:葡萄园主按照事先双方的约定来支付工资,从合同原则来说是正义的,早来者无可妒忌后来者;但早来与晚来获得同样的工资,显然违背贡献原则,多干的与少干的获得同样的报酬,缺乏正义,所以引发矛盾。只是,合同原则是绝对的,之前怎么说好,过后必须兑现,这也是法制的基础;而贡献原则是相对的,只有与他人的比较中才能体现。无论对人还是司法,都要尽量做到合情、合理、合法,葡萄园主的做法是合法的(合同原则),却不合理(贡献原则)。如果这样的争议提到法庭,法庭无法判葡萄园主败诉,尽管谁都知道,如果他在确定工资时略微考虑工作时间的长短,就会更加体现正义,从而减少矛盾。

正义原则必须落实在具体的法制体系中,即颁布符合正义的法律,进行符合正义的司法。两德统一前的东德民众追求正义(gerechtigkeit/justice),谁知两德统一后,东德人民获得的不是正义,只是法制(rechtsstaat/state of justice)——正义是法制的理想追求,但建立了法制并不意味着实现了正义,只能减少、但无法杜绝冤假错案的出现。

利益分配与利益平衡

实例 2:父母要买房,大儿子因为富裕(家产 10 万)给了父母 4 万欧元(尚余 6 万);小儿子家境较差(家产 4 万),所以给了 2 万欧元(尚余 2 万)。几年后父母去世,因为房地产增值,卖出价为 12 万欧元。这时大儿子已有家产 8 万欧元,小儿子有家产 3 万欧元。父母没有遗嘱,两个儿子该如何划分遗产?



方案一（当作遗产）：根据通常遗产法，不考虑其他因素，则两个儿子各获一半。结论：大儿子6万，小儿子6万。

方案二（当作贷款）：分遗产前大儿子先拿回之前给出的4万，小儿子取回2万。还剩6万，两人各半（3万）。结论：大儿子7万，小儿子5万。

方案三（当作共同投资）：因为这套房子实际是两个儿子共同投资（共6万），于是按照投资比例来划分遗产，即大儿子投入4/6，小儿子投入2/6。结论：大儿子8万，小儿子4万。

方案四（当作自己的投资）：如果当时双方都没有给父母钱，而是拿这钱自己创业来增加财富。则大儿子现在从6万增加到8万，依此比例他给父母的4万可增长到5.33万。小儿子从2万增加到3万，依此比例他给父母的2万也可以增长到3万。于是两个儿子各拿去5.33万和3万，剩下的按遗产平分。结论：大儿子获得7.17万，小儿子4.83万。

方案五（平等原则）：两个儿子对赡养父母有平等的义务（支付赡养费）和平等的权利（遗产继承）。而事实上，大儿子相对小儿子多给了父母2万，所以应当先将其取回，剩余部分平分。结论：大儿子7万，小儿子5万。

方案六（折中方案）：这毕竟是一笔遗产（方案一），考虑到双方对父母的贡献（方案三），于是折中一下：取出一半（6万）作为遗产，两人各半（3万）；另一半考虑各人对父母的贡献，即大儿子获得其中的4/6（4万），小儿子获得2/6（2万）。结论：大儿子获得7万，小儿子获得5万。结果如方案二和五，但是另一种思路。

方案七（血缘公正）：大儿子有4个孩子，小儿子有2个孩子。对他们的父母而言，都是同等的孙儿女，所以要按照孙儿女的比例来分遗产。结论：大儿子8万，小儿子4万。

方案八（社会公正）：大儿子已经有8万家产，小儿子只有3万，而小儿子体弱多病，所以遗产中应当照顾这样的实际情况，多给小儿子0.5万欧元。如参用方案二、五、六。结论：大儿子6.5万，小儿子5.5万。

.....

读者还可以想象出更多、大致看来都比较合理的方案。哪个方案最合理？如果你是法官，你会如何判？可以说，不同的时代，不同的社会阶层，甚至不同的年龄，不同的性别，都会对此做出完全不同的判断，而且都非常有道理。

面对这么多重的公正原则，先哲亚里士多德都无能为力，但他为后人提供了

迄今都被法学界奉为金科玉律的基本思路，即把正义划分成“公正的利益分配”（*austeilende gerechtigkeit/iustitia distributiva*）与“公正的利益平衡”（*ausgleichende gerechtigkeit/iustitia commutativa*），两者都以平等为基础。父母作为本案的第三者，将他们的财产分送给两个儿子，就属于“利益分配”。如果仅仅要实现公正的利益分配，则方案一即可。但显然不尽如人意，在两个儿子之间还要有公正的“利益平衡”，即考虑两人之间的历史原因，如方案二到五。两种公正原则的简单结合，就是方案六。

古希腊时代的柏拉图、亚里士多德讨论的还是铁板一块的公正。直到19世纪社会主义思潮兴起后，才引出了“社会公正”（*soziale gerechtigkeit/social justice*）的思想——当心：“公正”与“社会公正”是两回事，两者在理念上是相互对立的。前者是自由主义的法制国原则，后者是社会主义的社会国原则——即考虑利益双方的实际社会地位与生活状况，做一定的利益补偿，如方案八。方案七可能会被归为血统观念的残余。

司法一旦涉及“利益平衡”，就非常令法官头痛，在铁板一块的公正原则中，还得加入人性，各个法官之间的判案差别就显露出来了。

实例3：母亲有两个女儿，她一直与单身的小女儿同住，病重时也都是小女儿服侍，大女儿装着不知道。母亲去世后，大女儿要求平分遗产（一套住房），而小女儿就住在里面。告到法庭后，法官也犯难。如果严格按照遗产法，应当两个女儿对半分（利益分配）。但显然不合理，因为之前都是小女儿在服侍母亲。法官最后判决：小女儿服侍母亲期间，按照通常全日服侍老人的待遇算成工资，这部分是母亲欠女儿的“工钱”，先从遗产中取出支付给小女儿（利益平衡），剩下部分再两人平分。这样的判决也不够合理，但现实中很难找到更合理、同时又能自圆其说的方案——这就是现实中的“公正”。

到了近代社会，因为发生了史无前例的工业化与城市化，人们的正义观念也发生了相应改变。一方面要最大限度地保障人的自由与平等，人与人、个体与社会（国家）之间都是合同式的关系，合同双方一律平等——即基于传统的“正义”观念（自由主义思想），建立起司法中的法制国原则。但同时又要兼顾不平衡的社会发展与个人发展，使社会的每个成员都能享用到社会发展的成果，通过国家干涉来实现贫富之间的利益平衡——即基于现代的“社会正义”观念（社会主义思想），建立起司法中的社会国原则。



形式真相与事实真相

司法的关键是法官，但法制国无法对法官提出超越凡人的要求，而只能要求法官具备一定的法律知识，遵循司法程序，充分了解案情。案件中涉及较专业的内容，就要找专业人士鉴定。最重要的是，要在争议的双方之间保持中立。

许多人怀疑法官的理解能力，怀疑法官有歧视外国人倾向，甚至怀疑法官与对方律师有什么人情关系，那都是自我安慰的无稽之谈。就我个人经历而言，德国律师的水平良莠不齐，对案件的认真程度参差不齐。但德国法官的水平相当高，高出普通律师一个等级。尽管在一些特殊领域各个法官的观念略有分歧，但总体而言，尤其在民法领域，德国法官的判案总体是公正的。尽管如此，还是经常出现冤案，我也相信这是冤案。但产生冤案的原因经常不在于法官的不公正，而在于当事人在整个事件上和法庭陈述中的种种失误，导致法官只能判你败诉，甚至有意想帮你都无法帮。

实例 4：甲到乙的公司去推销商品，要卖给乙 10 吨大米。甲说 6000 欧元，乙说 5000 欧元，最后双方谈妥 5500 欧元，但没有书面合同。于是甲向乙发货，乙收到货后只给甲汇款 4500 欧元，而且声称当时谈妥的就是 4500 欧元。甲把乙告上法庭。法庭上不用旁听就会知道，一定是甲坚称 5500 欧元，乙坚称 4500 欧元。法律上也很简单（都不用民法）：如果当时说好 5500 欧元，则乙败诉；如果是 4500 欧元，则甲败诉；如果是 5000 欧元，则输赢各半——这样的官司小学生都能判，所以谈不上法官水平的高低。但本案的关键是，到底当时谈定的价格是多少？只有你知我知上帝知，而上帝又无法下凡来为你作证，你让法官相信谁？法官面对的只有你们双方的起诉书、反诉书，只能通过这些资料来推断谁说得“可信”，或两相比较谁更可信。

甲当时没有留下书面合同（哪怕不拘形式的一张便条），这是甲自己的前期过失。甲向律师说，当时谈好 5500 欧元，于是律师不假思索地原话照抄：当时谈好 5500 欧元——简单陈述（behauptung/claim）是法庭证词中最大的忌讳。而对方则绘声绘色地说当时在什么环境下谈妥了这笔生意：他事先就了解 10 吨大米的市场价在 4500~5000 元。甲出于经费运作或库存原因急于出手大米。起先甲开价 5000 欧元，被乙压到 4500 欧元。如果是 4750 欧元乙就不会现在就买，因为他还有库存（附上证据），何况他与另一家谈判已经谈到 4600 欧元（证据）……从当时谈

判的形式上，甲一人去了对方公司，甲作为起诉人无法同时作为证人；而乙方公司在座的员工个个可以做证，尽管是伪证——甲又输人一招。

在这种情况下，甲只是一句简单的陈述，而对方却说得有理有据、有逻辑、有证人，你让法官相信谁？判你败诉法官不用承担风险，而判对方败诉法官连依据都没有。法制国有个基本原则“法律保障”（*rechtssicherheit/legal security*），任何递交到法庭的官司都必须判，所以法官不能说“鉴于事实不详，暂时搁置不判”，而必须就现在所能获得的所有资料进行推断，做出判决，所以判出冤假错案在所难免。如果上诉中级法院，中级法院只能根据现有资料（不容许增加新资料），审核初级法院的判断是否合理，显然还得甲输。

这里要明白民法与刑法的区别。民法仅仅处理经济纠纷，哪怕你被人打了一拳，你只能将这一拳折算成多少钱，法庭上唯一诉求就是向对方讨这笔钱。法官判案的唯一依据就是双方的陈述，法官无权动用纳税人的钱来为你的经济利益去寻找新的证据。甚至要证人出场，也需纠纷双方中有一方提出，谁提出就由谁先支付这笔证人费。比如网上别人骂了你，技术上完全有可能通过 IP 地址找到对方。但这要你自己花钱通过软件公司和律师去找，法官不会为你去找——民法满足的只是形式上的事实真相（*formelle wahrheit/formal truth*）。

而刑法情况就完全不同。如果遇到人命案，公诉方（检察官）会动用所有技术手段、不惜任何代价把事实搞得水落石出。有一起儿童失踪案，警方动用 50 多位警察地毯式寻找该儿童，花了 4 天终于找到了儿童的尸体。如果按每天 8 小时工作、每人每小时 40 欧元计，那仅仅动用的警察，国家就耗费 6.4 万欧元，还没算侦查出罪犯的费用。所以，刑法上发生的冤假错案非常少——刑法追求的是实际上的事实真相（*materielle wahrheit/material truth*）。

但相对小的刑事案就不一样。除非你递交了确凿证据说某某人偷了你的东西，否则检察官不愿管，法官更不管。笔者邻居家被窃，报警后警察前来询问并做详细记录。出门时警察说，这种事在法兰克福很正常，所以只是备案，不做调查。于是笔者去查德国撬窃案情况，居然平均每 4 分钟就发生一起，平均每起窃得 2000 欧元实物，你让国家拿出 6.4 万欧元来为你的 2000 欧元破案？有一次笔者的车被窃，3 天后接到警方电话，说车找到了，窃贼也找到了。原来窃贼开车太快，因超速而被摄下，所以扔下车子落荒而逃。照片上窃贼的脸都很清晰，但几年过去了，迄今没有破案。

由此可见，司法上实现绝对正义要付出昂贵的经济代价，国家有足够能力将事实真相搞得水落石出，但不愿为你个人的经济利益（私法）去耗费纳税人的钱。



所以，只有靠你自己的精力去收集材料，阐述材料。正因如此，法学界所谓的“事实真相”，民法上是“形式上的事实真相”，刑法上是“内容上的事实真相”。

三级法院的各自领域

有些朋友在初级法院败诉后，愤愤地要上诉到中级法院；再输，要上诉到高级法院。德国还多出一个宪法法院，于是在律师的煽动下，官司一直打到宪法法院。这种“秋菊打官司”的勇气非常可嘉，但实际上大可不必。打官司不用气势汹汹，而要心平气和，就像与人下棋一样，而且是明棋，所有智慧要花在所走的每一步棋上，而且从还没有上法庭时就开始下起，等到上法庭可能已经晚了。

如果初级法庭输了，笔者通常劝朋友要认输——认输也需要勇气、理性和智慧——不要再上诉到中级法院，笔者还很少听说初级法院败诉、到中级法院奇迹般胜诉的先例。笔者之所以这样劝朋友，因为知道到中级法院一定也是输。德国法庭是一级、二级和三级法庭，表面形式上可能全世界都一样，但内涵上不完全一样。

一级法院的重点，是通过双方陈述尽可能搞清事实真相，即就整个事件情况画出一幅画，法官对着这幅画来判决。

到中级法院时，不再调查新的资料，即初级法院画出的画原封不动，最多做少许修改补充。于是面对同一幅画，审核初级法院对这幅画的审判是否合理。而甲现在败诉的原因，是甲自己的画没有画好（事实本身没有说清楚），而不是法官判断有误，甲怎么可能指望中级法院会推翻初级法院的判决？

高级法院就连这幅画都不看了，只是检验一级、二级法院援用法律时（如果这段法律本身有点模棱两可，或与其他法律冲突）对该法律的理解是否有误。你现在的官司根本没有涉及法律本身问题，完全是事实层面的讨论（4500 还是 5500），所以一递交上去就要被打回，法院的解释是：不予受理。

宪法法院连法律都不解释了，只是审核，法官所援用的法律是否违背人权。如果有，那不仅是这个案子的问题，而是宣布取消整个法律，勒令德国议会重新制法——通常的民法官司可能沾上那个边吗？

由此可见，在现实司法中实现的不是理想的正义，而是尽可能接近正义，至少是实现不违背正义原则的自圆其说。