

巴西社会专题

巴西有法律约束力判例制度研究

刘天来

内容提要：20世纪后半叶，巴西的军人独裁政府向文官民主政府过渡。为了巩固民主制度和促进经济发展，在国内和 international 的压力下，巴西展开了司法改革。面对各级法院特别是联邦最高法院超负荷的案件审理量、过度的上诉案件以及法官对法律解释的随意性，巴西在指导性判例制度的基础上，建立了有法律约束力判例制度。在巴西法律史上，存在着不断变化发展的不具有法律约束力的判例制度，这种制度在某种程度上是有法律约束力判例制度的渊源。巴西联邦最高法院是批准、修改、废止有法律约束力判例的唯一主体，但只有涉及宪法性问题、并就该问题多次作出过判决但依然存在争议的判例才可以经批准成为有法律约束力判例。共有11个主体有资格建议联邦最高法院批准、修改、废止有法律约束力判例。有法律约束力判例经批准并公布后，其效力及于全部行政机关和司法机关。有法律约束力判例制度的实施达到了该制度的设计目标，获得良好的效果，但是在理论层面上却遇到重重困境。

关键词：巴西 法律约束力 判例制度 联邦最高法院 司法改革 司法独立 司法效率 司法公正

作者简介：刘天来，中国政法大学比较法学研究院博士研究生，贵州省安顺市人民检察院民事行政检察处副处长。

中图分类号：D912 **文献标识码：**A

文章编号：1002-6649 (2017) 02-0092-18

巴西属于大陆法系国家，其法律继受自前宗主国葡萄牙。与其他大陆法系国家一样，成文法是巴西正式的法律渊源，巴西的法院在适用法律时，必须严格适用成文法，“以事实为依据，以法律为准绳”。包括联邦最高法院在内的各级法院的判例不能够成为法律渊源，只有说服力，没有法律约束力。然而，巴西在世纪之交的司法改革中，设立了极具鲜明特色的“有法律约束力判例”（Súmula com efeito vinculante）制度。从此，“有法律约束力判例”与成文法一样，成为巴西的法律渊源，具有法律约束力，各级法院必须遵循。

一 设立背景：司法改革与现实问题

20世纪后期，随着最后一位军人总统菲格雷多的任期届满，巴西的军人退出政治舞台，军政府向文官政府交出权力，由独裁政治向民主政治转变，巴西开始了第三次民主化进程。军政府统治的20年间，在政治方面，民主制度遭到严重破坏，国会、法院沦为军政府的附庸。军政府先后颁布了5个制度法，加强独裁统治，严格限制公民的权利与自由。在独裁政府的统治下，司法机关依附于政治，司法独立无从说起，司法腐败、低效、毫无公正可言，无法承担制约行政权力和捍卫人民权利的责任。然而，在经济方面，以被誉为“巴西经济奇迹之父”的巴西前财政部部长德尔芬·内托的经济思想为指导，巴西实行“先发展后分配”的生产主义和吸引外资补充国内资金不足的负债增长战略，修正20世纪前半叶所遵循的进口替代发展模式。军政府统治时期的20世纪60年代末到70年代末的10年间，巴西经济取得令人瞩目的成就，被誉为“巴西奇迹”。但是随着两次石油危机的爆发，巴西经济每况愈下，到1983年，巴西的GDP下降了5.0%，工业下降了7.9%，商业下降了4.4%，人均GDP下降了7.3%，资本品工业下降23%。到1985年菲格雷多总统离任时，巴西已经失去了一个经济强国的光环，通货膨胀率超过200%，人均收入下降10%，“高不可攀”的债台成为巴西国际形象的特征，巴西沦为发展中国家中最大的债务人。^① 经过充满奇迹的70年代，80年代是巴西“失去的十年”。巴西“先生产后分配”的发展战略并没有使广大人民从经济奇迹中获得好处，工人的工资非但没有提高，实际工资反而下降，中产阶级

^① 孙兴杰著：《巴西：翩翩起舞的桑巴》，长春：长春出版社，2010年，第106-109页。

的实际收入也不断下降。1985—1996年，巴西全国有410万农村人口失去土地，农村贫困人口比重从1981年的56.7%上升到70%。大量贫困人口的产生，带来的是城市贫民窟的急剧扩大和社会犯罪率的提高，巴西监狱人满为患。

就在巴西由军人独裁政府转为文官民主政府、由“巴西奇迹”变为“失去的十年”、巴西发展陷入迷茫之际，以美国为首的西方国家和国际组织向陷入经济困境和债务危机的拉美国家推出了新自由主义理论的“华盛顿共识”，其主要关注点是民主政治、自由贸易以及开放的市场。根据“华盛顿共识”，独立、公正、高效的司法制度是经济运行的保障，法治是经济发展的必要条件，一个独立、公正、高效的司法制度可以增加交易和投资的确定性，减少政治和法律风险，同时也是对民主、自由和人权的有效保障。20世纪90年代世界银行花费了29亿美元支持了330项“法治”计划，美洲开发银行等其他国际组织也对后发展国家特别是刚从极权主义政体走出来的落后国家的司法改革提供技术和财政等方面的支持。^①对巴西而言，受到负债增长战略的影响，巴西陷入债务危机，不得不受制于外部经济压力。文官政府上台之初，巴西政坛一片混乱，面对问题重重的经济，无法制定行之有效的经济发展计划。因此，巴西基本全盘接受“华盛顿共识”，接受美国以及世界银行、国际货币基金组织的资助，也按照其提出的方案对司法制度和经济制度进行改革。巴西法官、谢阿拉联邦大学教授阿尔布柯尔克认为：“这次改革是由世界银行等制定的适用于所有拉丁美洲国家司法体系改革的模型所引发的，目的是让司法体系适应新的金融市场的要求：判决的确信和确定。”^②

军政府时期对人权的践踏，对人民生活严格的监控，毫无公正和效率可言的司法体系，给巴西人民留下了深刻的心理阴影。另一方面，经济发展遭遇困境，国家面临严重的债务危机，新生的民主政府面临混乱的政坛无力专注于经济治理，而此时西方适时推出了“华盛顿共识”的药方。在对国内历史和现实的反思以及在国际社会的鼓动下，巴西认识到，独立、公正、高效的司法制度不但是制约政府泛滥的权力、限制独裁主义、保障民主自由人权

^① Rafael Augusto Ferreira Zanatta, “Direito, Economia e Desenvolvimento: A Influência do Banco Mundial Nas Recentes Reformas do Judiciário Brasileiro”, Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Estadual de Magrinhá, 2010, pp. 58 – 59.

^② José Albuquerque Rocha, “Reforma do Judiciário: Entre a Possibilidade e o Interesse”, em *Ministério Público & Sociedade*, Vol. 4, No. 4, 2004, p. 10.

的灵丹妙药，也是经济发展、吸引投资、解决经济问题的保障。因此，在国内和国际的双重压力下，为了巩固民主制度，保障人权，吸引投资，解决经济问题，促进经济发展，巴西开始了司法改革。

巴西的司法改革始于1992年3月众议员毕库多（Hélio Bicudo）向国会提交的司法改革方案，经历12年的曲折发展，最终于2004年通过了1988年宪法修正案，这就是著名的被称为“司法改革修正案”的第45号宪法修正案。第45号宪法修正案修改的地方主要是第四章第三节的“司法权”，目的在于改革司法弊端，赋予司法机关更大的权力，保障司法机关的独立性，提高司法效率，以保障新生的民主制度和促进经济发展。巴西司法改革中无论是哪项改革措施，从提出时就是针对司法实践中存在的一项或几项弊端的。有法律约束力判例制度作为巴西司法改革的核心项目之一，其设立也是为了解决现实存在的问题，因此除了历史的大背景外，还有其独特的背景。

（一）超负荷的案件审理量

巴西司法效率的低下是一个历史问题，早在1921年，巴尔博萨就提到“一个案件需要几十年而非数年”的时间来审理，从而指出“迟到的司法不是正义”。^① 20世纪最后10年，巴西经济走出80年代“失去的十年”而有所发展。随着经济的发展，在经济活动中产生纠纷的当事人纷纷涌入法院寻求司法解决。而随着人们权利意识的提高，更多的人寻求司法保护，特别是从1988年宪法颁布以来，巴西各级法院特别是联邦最高法院的案件积压问题愈发严重。大量的案件不能够在合理的时间内得到审理，效率低下和案件增多的矛盾使得面临的问题更加严峻。我们从图1可以看到，在2007年有法律约束力判例制度真正实施前，1990—2007年巴西联邦最高法院案件立案数急剧增加，从1990年的16226件增加至2007年的112938件，增加了将近7倍。

在这些案件中，大量的案件都涉及曾经多次作出过判决的问题，特别是涉嫌违宪的案件，法官要花大量的时间来处理重复性的问题，而没有更多的时间去处理那些真正需要审理的案件。对此，联邦最高法院法官佩尔滕塞指出：“联邦最高法院90%的案件都是重复性案件，这些重复性的案件迫使联邦最高法院不得不处理大量已经被解决过的问题。”^②

^① Rui Barbosa, *Oração Aos Moços*, Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1985, pp. 61-62.

^② Sepúlveda Pertence, *Manual de Direito Sumular do Trabalho*, São Paulo: LTr, 1999, p. 58.

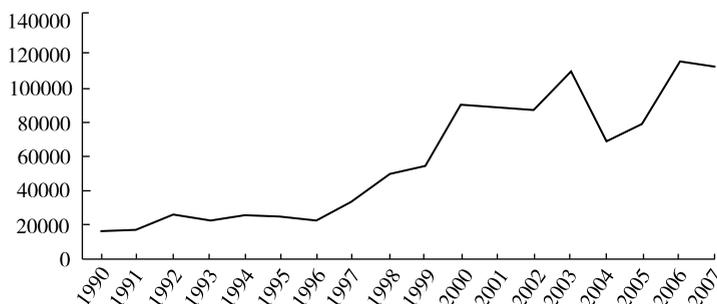


图1 1990—2007年巴西联邦最高法院立案数的变化

资料来源：根据巴西联邦最高法院的数据制作。<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=REAIProcessoDistribuido>。[2016-10-05]

除此之外，因社会的发展和现实的需求，国会的立法大量增加，而这些法律并不一定都合宪，造成大量的违宪审查案件，这也加剧了联邦最高法院的工作负荷。

（二）过度的上诉案件

上诉问题也是巴西司法中难以解决的问题。从表1可以看出，1990—2007年期间，联邦最高法院上诉案件数从1990年的10780件增至2007年的49708件，增加了38928件，将近5倍。上诉案件数占案件立案数的百分比一直在30%以上，百分比最低的年份2000年也是32.14%。

表1 1990—2007年巴西联邦最高法院上诉案件数以及上诉案件数占案件立案数的百分比

年份	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998
上诉案件	10780	10518	16874	12281	14984	11195	9265	14841	20595
%	66.44	59.87	64.10	52.20	57.92	44.10	38.79	43.28	40.97
年份	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007
上诉案件	22280	29169	34728	34719	44478	26540	29483	54575	49708
%	40.93	32.14	38.77	39.76	40.45	38.37	37.05	46.96	44.01

资料来源：根据巴西联邦最高法院的数据制作。<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=REAIProcessoDistribuido>。[2016-10-05]

同时，这些上诉案件并不是“简单”的上诉案件。首先，大量的上诉案件是对已经多次判决过的重复性问题的上诉，联邦最高法院法官卡洛斯·马利欧曾指出：“联邦最高法院受理了数量巨大的已经成百上千次判决过的重复

性问题的上诉。”^① 当事人利用程序获得胜诉，或者明知很难或不可能胜诉的情况下，故意拖延案件进程以延缓执行^②，一方当事人在诉讼中恶意地利用上诉程序对另一方当事人造成损害。

其次，大量的上诉案件是公权力机关的“恶意”上诉。公权力机关是提起上诉最多的一方，其将上诉作为拖延处理案件的一种方法，提起上诉的大部分目的在于推迟判决的执行。因为巴西《民事诉讼法典》第 475 条明确规定公权力机关可以依法提起上诉，公权力机关提起上诉不会对其产生额外义务。圣保罗州前法官、南圣卡耶塔诺市大学教授莫利托指出：“造成法院超负荷的绝大部分上诉都是来自于公权力机关，检察官和公共律师通过上诉拖延司法程序，特别是在公共财政领域，其目的只是为了推迟判决的执行。”^③ 对于国家财政、金融方面的许多案件，联邦最高法院多次作出的判决都是宣布它们违宪，但是财政部门提起的上诉还是源源不断，使得法院不堪重负。

（三）随意的法律解释

在大陆法系国家，法官依法解释法律并对案件作出判决是一项公认的原则。然而，在巴西的法院尤其是初审法院中，法官解释法律已经“过度”了。法官可以随意解释法律而不受任何约束，以致“今天提供的司法已经成为经济发展的一种障碍。司法不仅是缓慢，更严重的是对相似案件出现不同的判决，对法律自由的解释甚至达到了初审法官创造法律的程度。没有可预测性的法律使得投资者离开巴西，进而阻碍了经济的发展。同样，这些司法上的缺陷也影响了政治的稳定”^④。

对于这种极端随意解释法律的现象，帕拉那州检察官、北帕拉那大学教授坎比指出：“当在同一案件中法官或法院对同一规则或原则予以不同的解释时，会导致法律的不确定，因为对于同样的问题，一些人获得了司法保护而

^① Carlos Mario da Silva Velloso, “Poder Judiciário: Controle Externo e Súmula Vinculante”, em *Revista do Advogado*, AASP, Vol. 75, 2004, pp. 26 - 27.

^② Nery Junior Nelson, “Código de Processo Civil e Legislação Extravagante”, em *São Paulo: Revista dos Tribunais*, 1994, p. 371.

^③ Joaquim Molitor, “A Súmula Vinculante na Reforma do Poder Judiciário”, em *Revista Imes*, Vol. 11, No. 11, 2005, p. 96.

^④ Luiz Flavio Gomes, “A Dimensão da Magistratura no Estado Constitucional e Democrático de Direito: Independência Judicial, Controle Judiciário, Legitimação da Jurisdição, Politização e Responsabilidade do Juiz”, em *São Paulo: Revista dos Tribunais*, 1997, p. 201.

另一些人没有。”^① 劳动法官巴斯罗尼也指出：“如果一个国家的最高法院已经对特定问题作出判决，而下级法院依然我行我素，那么会造成司法判决层次权限秩序的荒谬反转。”^②

由于法官过于自由地解释法律，司法判决缺乏统一性，“同案不同判”，造成上诉人在第二审中寻求解决，同样也是造成上诉案件过多的原因，加重了上级法院本已过重的案件审理量。正因为如此，巴西司法界才就创造有法律约束力判例达成共识，以阻止初审法院多样而相互矛盾的判决，使得判决结果具有可预测性。^③

因此，在军人独裁政府向文官民主政府过渡、经济陷入困境、面临严重的债务危机之际，为了巩固新生的民主制度，保障人权，吸引外资，促进经济发展，巴西展开了轰轰烈烈的司法改革。而在各级法院特别是联邦最高法院面对超负荷的案件审理量、过度的上诉案件以及法官随意的法律解释的情况下，巴西在司法改革中创立了有法律约束力判例制度。可以说，正是在国内和国际大环境的影响下才引发了巴西的司法改革，而借着司法改革这股“东风”的推动下，作为一项改革措施的有法律约束力判例制度得以构建。

二 制度构建：历史与内容

巴西有法律约束力判例制度是一种全新的制度，但这并不意味着该制度是凭空产生的。除了受到普通法系的影响之外，在巴西法律史上，可以找到有法律约束力判例制度的某种渊源，正是基于这种渊源才构建了独一无二的、极具鲜明特色的有法律约束力判例制度。有法律约束力判例制度极其鲜明的特色体现在其内容上。

（一）巴西判例制度史

巴西在殖民地时就存在一些有法律约束力的判例。在殖民地时期，为了维护君主在司法方面的监督权威，《第二法令》（2ª Ordenação）和《菲利浦法

^① Eduardo Cambi, “Jurisprudência Lotérica”, em *Revista Cidadania e Justiça da Associação dos Magistrados Brasileiros*, Vol. 11, No. 11, 2001, p. 196.

^② Roberto Basiloni, *Manual de Direito Sumular do Trabalho*, São Paulo: LTr, 1999, p. 60.

^③ Luiz Flavio Gomes, “A Dimensão da Magistratura no Estado Constitucional e Democrático de Direito: Independência Judicial, Controle Judiciário, Legitimação da Jurisdição, Politização e Responsabilidade do Juiz”, em *São Paulo: Revista dos Tribunais*, 1997, p. 201.

令集》(Ordenações Filipinas) 确立了一些有法律约束力的判例, 作为维护葡萄牙王室统治的手段。但这种有法律约束力的判例只是个别现象, 并未形成一个制度。

共和国建立后, 这种依靠判例的监督制度在 1943 年《劳动法律大全》(Consolidação das Leis do Trabalho) 中得到发展, 该法创设了一种“预判”(prejulgado) 制度, 其第 109 条第 1 款规定“高等劳动法院可以确定‘预判’, 各区法院和调解委员会应遵循高等劳动法院确定的‘预判’”。然而, 该条款实际上长时间被“搁置”, 高等劳动法院并没有根据该条款颁布过相关“预判”判例。直到 1979 年, 根据三位法官德索萨 (Raymundo de Souza Moura)、马尔塔 (Tostes Malta)、特谢拉 (Lima Teixeira) 的提案, 高等劳动法院修改自己的法院内部规则并于 1979 年 12 月 18 日在《联邦司法报》上公布了自己的“预判”判例。然而, 联邦最高法院随后宣布《劳动法律大全》第 109 条第 1 款违宪, 高等劳动法院公布的“预判”判例因此停止效力。最后, 巴西 1982 年颁布了第 7.033/82 号法律废止了这一备受批评的制度, 明确规定“预判”没有约束力。

关于在司法制度中建立一个统一的法律解释的制度从 1946 年巴西律师公会提交宪法草案时便已开始争论。瓦拉道等在该提案中写道: “当法院之间或法院与联邦最高法院之间对法律有不同的理解时, 联邦最高法院通过法院内部规则确定对该争议法律适用的解释, 下级法院必须遵守。”^① 该提案实质上是赋予联邦最高法院对其他法院和法官在法律解释上的约束力。但该提案因为明显违宪而引发了巨大的争议, 最终没有被 1946 年巴西联邦宪法所吸收, 同样也不为联邦最高法院所支持, 联邦最高法院 1964 年修订的法院内部规则并没有采纳瓦拉道等人的提议。但是瓦拉道的思想却引发了广泛的讨论, 在《民事诉讼法典》等法律的制定、修改时其思想都是争议的话题, 直接导致 21 世纪初有法律约束力判例制度的最终建立。

尽管联邦最高法院修订法院内部规则时没有采纳瓦拉道的提议, 以努内斯 (Min. Victor Nunes Leal) 为首的联邦最高法院法官却于 1963 年推进了没有法律约束力的指导性判例制度的创立。努内斯创立指导性判例制度的目的在于为下级法院审理案件提供参考, 据此指导下级法官判决, 减少判决相互矛

^① Haroldo Valadão, Apud Streck, and Lenio Luiz, *Súmulas no Direito Brasileiro: Eficácia Poder e Função*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 118.

盾的现象，同时减少法院的工作量，为法官减负。然而指导性判例制度的创立却引发了广泛的争议，反对者认为这会僵化对法律的适用和解释，甚至这些判例会在司法实践中获得与法律一样的效力。对此，努内斯在巴西各地进行的关于指导性判例制度的讲座中解释到，这些指导性判例并没有约束力或强制力，指导性判例制度只是表达联邦最高法院对一些重复性的类似的案件所持有的立场。努内斯明确指出，联邦最高法院颁布的指导性判例只供参考，可以在任何时候撤销，自指导性判例制度创立时起就没有考虑过赋予其法律约束力或强制力。

指导性判例制度建立后，其他法院纷纷仿效联邦最高法院颁布自己的判例。1966年5月30日颁布的联邦第5.010号法律授予了联邦上诉法院颁布判例的权力。第5.010号法律第63条规定“联邦上诉法院通过全体大会批准关于法律适用的判例，以对联邦初审法院和利害关系人提供法律适用的指导。通过全体大会批准的判例定期在《联邦司法报》上公布”。其他联邦法院和州法院则是在1973年《民事诉讼法典》实施后才开始颁布判例。1973年的《民事诉讼法典》规定了指导性判例制度，该法第479条规定：“一个判决经过法院所有法官绝对多数票通过则可以成为判例，并由此建立法律统一适用的指导性判例制度。判例的颁布由法院内部规则规定。”1980年10月15日的法院内部规则第102条也规定：“法院适用法律时应参照联邦最高法院的判例。”直到21世纪初巴西有法律约束力判例制度建立，巴西也没有废除这种指导性判例制度，而是指导性判例制度与有法律约束力判例制度这两种制度并行不悖。因此，巴西在法律传统上存在判例制度，但是这种判例制度下的判例只有说服力和指导意义，不具有法律约束力，并不是下级法院所必须遵循的。

2004年第45号宪法修正案通过后，有法律约束力判例制度在法律上建立并生效，宪法赋予巴西联邦最高法院颁布有法律约束力判例的权力。但是，有法律约束力判例制度在2004年第45号宪法修正案通过后的2年内在司法实践上并没有建立和运作起来，联邦最高法院并没有行使宪法赋予的权力，没有公布一个有法律约束力判例。直到2006年12月19日国会通过了被称为“有法律约束力判例法”的第11.417号法律后，有法律约束力判例制度才最终“落地”。第11.417号法律依据宪法，对有法律约束力判例制度作出了详细的规定，构建起有法律约束力判例制度的运行规则。从此，有法律约束力判例制度从法律条文走向实践，2007年6月6日巴西联邦最高法院颁布了第

一批共 3 个有法律约束力判例。

表 2 2007—2015 年巴西联邦最高法院有法律约束力判例的数量

年份	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	总数
数量	3	10	14	3	1	0	0	6	16	53

资料来源：根据巴西联邦最高法院的数据制作。<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>. [2016-10-05]

（二）有法律约束力判例制度的内容

2004 年通过的第 45 号宪法修正案第 103-A 条专门对有法律约束力判例制度作出了规定，是巴西有法律约束力判例制度的最高法律渊源。第 103-A 条规定：“联邦最高法院通过判决对宪法性问题进行重述后，可依职权或依建议，经其 2/3 以上的成员通过，并经官方公布成为判例。判例经公布后，对联邦、州、市的直接行政机关、间接行政机关以及司法机关具有约束力。联邦最高法院依据法律规定，可以修改或废止判例。”第 103-A 条第 1、第 2、第 3 款对有法律约束力判例制度的目的和运行作了提纲挈领的规定。

1. 有法律约束力判例的批准主体、范围和目的

与英美法系的判例法不同，不是所有巴西法院的判例都能成为有法律约束力判例，只有联邦最高法院批准的判例才能成为有法律约束力判例，联邦最高法院是批准有法律约束力判例的唯一主体。也不是联邦最高法院所有的判例都是有法律约束力判例，在程序上，联邦最高法院依职权或依申请，经其 2/3 以上法官投票通过，并经官方公布后才能成为有法律约束力判例；在实体上，能经联邦最高法院批准成为有法律约束力判例的判例范围受到法律的限定，联邦最高法院只能在法律规定的判例范围内批准判例。根据宪法第 103-A 条和第 11.417 号法律第 2 条的规定，可以经批准成为有法律约束力的判例，首先，该判例必须涉及宪法性问题；其次，联邦最高法院必须对该涉及宪法性问题多次作出过判决；最后，必须存在争议。巴西第 45 号宪法修正案第 103-A 条第 1 款以及第 11.417 号法律第 2 条第 1 款明确规定：“批准的判例应当是明确既定规则的有效性、解释和效力问题。对于这些既定规则的有效性、效力、解释等在司法机关之间或司法机关与公权力机关之间存在现实争议，从而导致法律的严重不确定和同一问题案件的激增。”该规定明确了能经批准成为有法律约束力判例的判例的范围，即被批准的有法律约束力判例应当解决司法机关之间或司法机关与行政机关之间对既定规则的有效性、效力和解释的争议，从而解决因该争议导致的法律的严重不确定性和同一问题

案件激增的现象。同时也明确了能被批准成为有法律约束力判例的目的，即“明确既定规则的有效性、解释和效力”。

2. 建议批准、修改、废止有法律约束力判例的主体

第 11.417 号法律规定，有权建议联邦最高法院批准、修改、废止有法律约束力判例的完全主体共有 11 个，这 11 个主体分别是：（1）巴西共和国总统；（2）联邦参议院主席团；（3）众议院主席团；（4）共和国总检察长；（5）巴西律师公会联邦委员会；（6）在国会有代表的政党；（7）工会和全国性的组织；（8）立法大会主席团或联邦特区立法会主席团；（9）联邦特区或州的行政首长；（10）高等法院；（11）州、联邦特区和地区法院，联邦司法区法院，地区劳动法院，地区选举法院以及军事法院。根据第 11.417 号法律第 3 条第 2 款的规定，市在作为一方当事人的诉讼中可以附带建议联邦最高法院批准、修改或废止有法律约束力判例，但不能中止诉讼程序。因此，市不可以直接向联邦最高法院提出申请，也即市是建议批准、修改或废止有法律约束力判例的不完全主体。另外，根据该法第 2 条第 2 款的规定，巴西联邦总检察长可对有建议权主体提出的批准、修改、废止有法律约束力判例制度的提案发表意见。除了上述 11 个有权建议批准、修改、废止有法律约束力判例的完全主体和 1 个不完全主体外，其他公民、法人或组织可以通过申诉渠道间接引起联邦最高法院依职权批准、修改、废止有法律约束力判例。

3. 有法律约束力判例的批准、修改、废止和效力

只有联邦最高法院才有批准、修改、废止有法律约束力判例的权力。有法律约束力判例的批准、修改、废止需要巴西联邦最高法院全体大会 2/3 以上成员通过，通过即是批准，批准后一经公布立即生效。但是联邦最高法院为了法律的稳定性或特殊公共利益，在全体成员 2/3 以上通过的情况下，可以限制经批准、修改、废止的判例的效力或者决定经批准、修改、废止的判例从某个时间起才具有法律约束力。因为巴西宪法第 101 条规定联邦最高法院的法官数为 11 人，所以判例的批准、修改、废止必须有 8 位以上的法官通过。在对有法律约束力判例的批准、修改、废止的程序中，第三人可以依据《联邦最高法院内部规则》的规定对判例的批准、修改、废止提出意见。联邦最高法院应在批准、修改、废止有法律约束力判例的全体大会结束后的 10 天内在《司法报》和《联邦公报》上用专门版面对已被批准、修改、废止的有法律约束力判例予以公布。当有法律约束力判例本身所依据的法律被修改或废止后，联邦最高法院应依职权或依建议修改或废止该有法律约束力判例。

批准、修改、废止有法律约束力判例的建议的提出不引起与该建议所涉及问题有关的案件的诉讼程序中止。在效力上，经批准、修改、废止的有法律约束力判例在公布后，对所有司法机关以及联邦、州、市的直接行政机关和间接行政机关都具有法律约束力。巴西所有司法机关在适用法律时如果涉及该判例的，都应“遵循先例”，不得“推翻先例”或选择适用其他法律。各级直接和间接行政机关在涉及相关问题时也应依据有法律约束力判例确定的规则行使权力，不得依据其他法律规定。因此，有法律约束力判例不但对所有司法机关有法律约束力，对所有行政机关也有法律约束力，且对其的适用比法律更严格，没有选择的余地。

4. 对不遵循有法律约束力判例行为的处理

巴西法律规定了对不遵循有法律约束力判例的行为的救济方法——申诉。根据第 11.417 号法律第 7、8、9 条规定，公民、法人、其他组织等有权对行政机关或司法机关不遵循有法律约束力判例的行政行为或判决提出申诉。在不妨碍上诉或者其他允许的救济手段下，申诉应向联邦最高法院提出并由联邦最高法院确认行政行为或判决的效力。如果联邦最高法院否认行政行为或判决的效力或宣布其不适当，从而撤销该行政行为或法院判决时，应根据案件确定另一方适用或不适用被违反的有法律约束力判例。但是，申诉人向联邦最高法院提出关于对行政机关的作为或不作为的申诉前，应向该行政机关的上级机关提出申诉，上级行政机关应当重新作出决定或者向申诉人说明适用或不适用有法律约束力判例的理由，也即申诉人在用尽行政救济手段后才能向联邦最高法院提出申诉。然而，巴西并没有法律规定对没有遵循有法律约束力判例的有关机关或个人的责任追究制度，没有规定相关的制裁措施。

三 实施效果：实践与理论

有法律约束力判例制度作为巴西司法改革的核心项目之一，其设立是为了解决现实存在的问题，即法院特别是联邦最高法院超负荷的案件审理量、过度的上诉案件和法官对法律解释的随意性。从 2007 年巴西联邦最高法院批准并公布第一批有法律约束力判例以来，至 2015 年总共公布了 53 个有法律约束力判例。有法律约束力判例制度实际运行的 9 年时间里，在实践层面上，明显收到了良好的效果，可谓是“药到病除”。然而，在理论层面上，该制度却面临重重困境。

(一) 实践层面

我们从数据入手，考察巴西有法律约束力判例制度的实践效果。

1. 案件数量

前面已经论述，军人政府向文官政府交出权力以来，随着经济的发展、人民权利意识的提高，各级法院的立案数急速增加，其中以联邦最高法院为甚。从图2可以看出，经历了2006年的最高峰后，自2007年以来，联邦最高法院立案数急速下降，从116216件减少至65093件，减少了将近一半。2006年是第11.417号法律通过的年份，2007年联邦最高法院批准并公布了第一批共3个有法律约束力判例。因此，有法律约束力判例制度的实施取得了巨大的成效，联邦最高法院超负荷的案件审理工作得到相当程度的缓解。

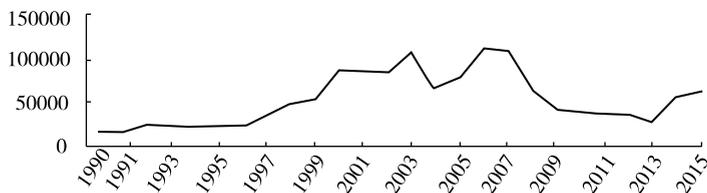


图2 1990—2015年巴西联邦最高法院案件立案数的变化

资料来源：根据巴西联邦最高法院（Supremo Tribunal Federal）的数据制作。http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=REAIProcessoDistribuido。[2016-10-05]

2. 上诉案件

正如前面所述，联邦最高法院上诉案件数从1990年的10780件增加至2007年的49708件，增加了38928件，将近5倍。上诉案件数占案件立案数的百分比一直在30%以上，最低的年份2000年也是32.14%。从2007年联邦最高法院批准并公布第一批3个有法律约束力判例以来，上诉案件数量急速下降：在2006年即公布有法律约束力判例的前一年，上诉案件数量高达54575件，到2013年降到3805件（见图3）。上诉案件数占案件立案数的百分比快速下降，从2007年的44.01%下降到2015年的17.50%，下降了一半以上（见图4）。据此，可以看到，减少过度上诉案件的目标在有法律约束力判例制度实施后得到了实现，上诉案件大幅减少，实施效果良好。

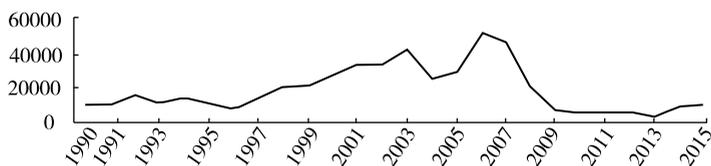


图3 1990—2015年巴西联邦最高法院上诉案件数量的变化

资料来源：根据巴西联邦最高法院的数据制作。<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=REAIProcessoDistribuido>。[2016-10-05]

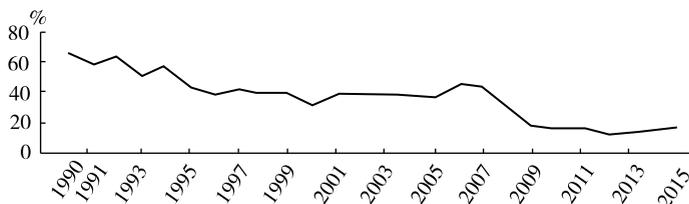


图4 1990—2015年巴西联邦最高法院上诉案件数占案件立案数百分比的变化

资料来源：根据巴西联邦最高法院的数据制作。<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=REAIProcessoDistribuido>。[2016-10-05]

3. 法律解释

对于统一法律解释方面，因为有法律约束力判例制度具有“必须遵循”的法律效力，法官不得拒绝遵循判例而选择适用其他法律，这就限制了法官尤其是初审法官对法律解释的随意性，大大减少了巴西司法实践中因法官对法律解释的过于随意所造成的同案不同判现象，甚至出现对同样的案件却有相互矛盾或截然相反的判决的情况，因此该制度在统一法律解释方面的作用是毋庸置疑的。圣保罗大学教授德卡马戈评价有法律约束力判例制度在统一司法解释的作用时，指出有法律约束力判例“减少或实际消灭了对同样的事项存在矛盾判决所造成的危机，因此有助于维护司法稳定”^①。另外，立案案件和上诉案件的减少，本身在一定程度上意味着法官在适用法律或遵循有法律约束力判例时在一定程度上遵循了统一标准，至少在涉及合宪性问题的方面如此，因为上诉案件中有一部分是因为法官在审判中“同案不同判”才引起当事人向上级法院寻求救济。因此立案案件和上诉案件的减少也间接证明

^① Rodolfo De Camargo Mancuso, *Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante*, 2 ed., São Paulo: RT, 2002, p. 343.

了法官对法律的解释有了更加统一的标准和认识。有法律约束力判例制度的实施,使得法律解释相对统一,司法判决可预测性增强,司法公信力有所提高,因为“随着有法律约束力判例制度的创立,社会感觉到法官的行为是有共识的”^①。

综上所述,旨在减少法院特别是联邦最高法院超负荷的案件审理量和过度的上诉案件数以及限制法官对法律解释的随意性的制度设计目标均在有法律约束力判例制度实施后得以实现,司法中面临的三个问题均得到有效解决。因此,在实践层面,法律约束力判例制度的实施是成功的,其作用值得肯定。

(二) 理论层面

通过上文对有法律约束力判例制度的内容的分析,我们可以看到该制度的运行是非常独特的,具有既不同于大陆法系也不同于普通法系的特点,或许仅依靠单一的大陆法系法学理论或单一的普通法系法学理论都无法对其作出圆满的解释。事实上也是如此,有法律约束力判例制度在理论上遇到了许多困境,主要体现在以下几个方面。

1. 违反三权分立原则

巴西宪法规定“立法权、执行权和司法权相互独立”,司法权只能适用法律。而建立有法律约束力判例制度,赋予相关判例以法律约束力,实际相当于立法。而且,法官对于认为不适合的法律可以不予以适用而选择适用其他法律,但是对于有法律约束力判例则必须遵循,不得拒绝,有法律约束力判例因此具有比法律还高的效力。无论是第45号宪法修正案和第11.417号法律,都没有规定如果针对同一事项立法机关颁布了法律时,有法律约束力判例应自动废止还是必须按照第11.417号法律规定的程序废止。因此如果针对同一个问题同时存在法律和有法律约束力判例时,司法机关在适用法律时不得不放弃适用法律而选择遵循有法律约束力判例。同时,有法律约束力判例的效力及于行政机关,各级行政机关必须遵循。这样,司法权极大地扩大,相对应的是立法权和行政权的缩小,司法权不但僭越了立法权,也凌驾于行政权之上,明显违背三权分立原则。

^① Kátia Masotti Almeida Silva, “Aplicabilidade da Súmula Vinculante”, Tese (Bacharel em Direito) - Faculdade de Direito, Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas, São Paulo, 2006, p. 48.

2. 违反法官自由心证原则

巴西《民事诉讼法典》第 131 条规定法官独立根据证据查清案件事实。法官只服从于法律，根据证据查清案件事实，自由形成内心确信，“以事实为依据，以法律为准绳”作出判决。这一自由心证原则让法官独立于其他法官，也独立于上级法院。有法律约束力判例制度的实施，限制了法官对特定问题的理解，剥夺了法官自由心证的权力。因为面对已经“预判”的有法律约束力判例，法官自由心证原则是不切实际的，法官必须按照确定好的判例作出裁判。巴西法官协会对有法律约束力判例制度明确表示反对，认为该制度损害了法官独立的原则，强迫他们适用已被判例所提前固定下来的法律解释，并主张建立不可向联邦最高法院和高等法院上诉的不可上诉判例制度。^① 联邦最高法院法官德梅洛也认为：“有法律约束力判例制度不允许法官自由解释，限制了法官对其所办理案件的司法活动的自由和独立。”^②

3. 违反合法性原则

巴西宪法第 5 条第 II 款规定：“如果法律无规定，任何人不得被强迫采取或不采取某种行为。”只有根据立法程序通过的法律才能为个体创设义务，司法权无此权力。而根据有法律约束力判例制度的运行规则，有法律约束力判例成为“超法”，务必遵循，国会通过的法律也无法与之抗衡，在一定程度上有法律约束力判例赋予了司法权以立法权都无法阻止的权力。除此之外，联邦最高法院在批准有法律约束力判例时，不用考虑有法律约束力判例的形成过程本身是否合法，不用考虑作出该判例的案件事实和依据的证据，不用考虑是否符合法定程序，而只是就判例而公布判例。同时，有法律约束力判例所依据的法律或其他规范性文件也不在联邦最高法院考虑的范围内，该法律或其他规范性文件是否违宪，是否违反上位法规定等可以不问。

4. 造成法律解释的停滞

法律不是静止的而是动态的，是社会关系的产物。巴西有法律约束力判例制度没有普通法系判例制度的“推翻先例”等手段，法官面对瞬息万变的社会和形式多样的具体案件，无法推翻固化在有法律约束力判例里的法律解释。基层法院法官与社会实际联系最为紧密，是法律体系最主要的创造者和

^① Associação dos Magistrados Brasileiros, “Confirma as Principais Propostas da AMB”, em *AMB Informa*, Vol. 52, 2004, p. 5.

^② José Celso De Mello Filho, “Algumas Reflexões Sobre a Questão Judiciária”, em *Revista do Advogado*, AASP, Vol. 75, 2004, pp. 46 - 47.

革新者，为法律体系带来活力，对社会动态更加敏感。同时，不同于联邦最高法院法官对国家治理问题的敏感，低级法官与社会实际问题更加接近，更倾向于保护个体权利，在解释法律时会促使法律解释朝有利于保护个体权利的方向发展。而有法律约束力判例制度在这方面明显显得力不从心。巴西律师公会反对有法律约束力判例制度的核心理由就是该制度会导致法律解释的停滞，阻碍了对法律解释随社会变化而应有的发展。再者，有法律约束力判例本身也可能会出现错误，因为再优秀的法官也不能保证判决完全正确。因此，一旦出现这种情况，一个不公平的有法律约束力判例将会给社会带来极大的伤害。

5. “代替上诉”的申诉制度

根据有法律约束力判例制度的申诉制度运行规则，可以看到，申诉制度其实在一定程度上代替了上诉制度的功能。对于遵循或不遵循有法律约束力判例，当事人可以申诉，这就类似于上诉中的当事人对法律适用有争议而提出的上诉。据此，从理论上讲，有法律约束力判例制度并无助于减少上诉案件，只是换了一种“上诉”方式。且上诉可以向上级法院提出，而对有法律约束力判例的申诉只能向联邦最高法院提出，因此无益于制度设计的初衷。对此，圣保罗州前检察官、圣保罗大学教授达席尔瓦指出：“（有法律约束力判例制度）不会减少上诉……申诉代替了普通上诉和特殊上诉。”^①

综上，我们可以看到，巴西有法律约束力判例制度在理论层面遇到了重重困境，存在许多亟待解决的问题。因此，巴西有法律约束力判例制度2007年正式落地实施后，在实践层面取得了良好的效果，针对的问题和弊端得以解决，实现了制度设计的初衷。但是，在理论层面则遇到了重重困境，有法律约束力判例制度在理论上与许多法律原则“不相容”。可以说，巴西有法律约束力判例制度的实施一方面产生了良好的实践效果，另一方面却带来了理论的困境，两者形成了反差。

四 结语

巴西有法律约束力判例制度是在司法改革的大背景下针对特定问题建立

^① José Afonso Da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 28 ed., São Paulo: Malheiros, 2007, p. 566.

的，其既不同于大陆法系也不同于普通法系的运行特点，一定程度上打破了大陆法系和普通法系在制度和法律适用上的藩篱。有法律约束力判例制度的建立和实施，给巴西法律乃至整个大陆法系注入了新的认识、新的理论、新的活力，为大陆法系与普通法系的相互借鉴、相互交流提供了全新的视角，也为大陆法系与普通法系的相互融合打开了一道大门。良好的实践效果证明了该制度值得肯定的功能，为其他国家解决同类问题提供全新的制度选择，并对解决其他问题提供了有益的启示。

在法理上有法律约束力判例制度仍有许多需要完善的地方，比如三权分立问题、法官独立问题等，需要各界进行更深入的研究和探讨，以期在理论上达到相对完善。法学是一门实践的科学，法律的目的就是调整各种社会关系，保障和促进社会的发展。有法律约束力判例制度达到了保障和促进社会发展的目标，因此可以对其给予肯定，而不应该以与理论不容而予以否定。否则，理论会沦为社会发展、制度更新的障碍。理论源自于实践，应随社会的发展而发展；实践决定理论，而不应由理论形成框架，把实践限制在框架之内，迫使实践服从理论。传统法学理论发展到今天，有一些局限性已经突显，在现代日新月异的社会发展中遭到了挑战，比如传统民法理论中的物权、债权二分理论问题等。因此，新现象、新制度的出现对于法学理论而言具有积极的意义，因为其势必在一定程度上改变原有的传统的法学理论，从而促进传统法学理论的更新和发展。

从巴西联邦最高法院 2007 年批准并公布第一批有法律约束力判例以来，该制度已经走过了 9 个年头，良好的实施效果显示了该制度蓬勃的生命力。巴西与中国一样属于大陆法系国家，世界最大的发展中国家之一，“金砖国家”成员，其在法治进程中也遭遇与中国类似的纷繁复杂的问题。巴西联邦最高法院 20 世纪后半叶推动的指导性案例制度，与中国最高人民法院目前正在实行的案例指导制度不乏相似之处。然而，面对司法实践中的弊端，借着司法改革的“东风”，受到普通法系判例法的启示，巴西最终在指导性案例制度的基础上建立起有法律约束力判例制度，从这个角度看，巴西比中国在实践中走得更远。其大胆创新设立的有法律约束力判例制度对于中国的司法改革特别是案例指导制度而言无疑具有非常重要的参考价值和现实意义。

（责任编辑 黄念）