

警惕最高人民法院的“第二次立法”现象和趋势 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/479/2021_2022__E8_AD_A6_E6_83_95_E6_9C_80_E9_c122_479309.htm 今年7月16日我因最高法院对《合同法》第286条做出了1225号司法解释一事提出质疑并三次写信给人大法工委，谅早已先达批阅。现在全国的建筑业、银行业、房地产开发商无不对此表示极大关注、议论纷纷、见仁见智。但我以为更有价值、更纵深地探索该司法解释出台的内在因素（新司法体制与理念的创立），可以一劳永逸地解决本质上属于立法权与司法权之争的这个问题。看到自己颇费心血写的忧心忡忡的文章没有什么回响，出于良知和公民责任感，我不得不再次指出：必须警惕最高法院日益严重的立法活动！请容许我先再分析1225号司法解释中存在超越权力（立法）机关的立法趋向。“合同法”第286条赋予建设工程承包商法定的优先受偿权（有学者称之为法定抵押权或留置权）。这种实体法上的权利无论是德国或日本的立法以及中国立法本意都是将此种特种债权变成物权中仅次于所有权的一种担保物权。因为从法理上分析这种权利的生成合理性时应当而且必须考虑到建筑物上凝聚着属于承包商增附的利益和劳动，物化在该建筑物上承包商的利益承包商应当收回，不能因发包人的过错而让承包商白白付出自己的辛劳与血汗。法律规定承包商在该建筑物被拍卖和变卖时应优先受偿正是基于“劳动报酬取得权高于一切”的人权思想。但最高法院利用司法解释权，出于方便各级人民法院审理、执行案件，没有法律法条根据地认为买房人的购房行为是生存权，生存权高于承包商的劳动权，把一个普通

的买卖房屋合同行为极端化、绝对化，拔高式地上升为生存权利（太离谱了）。它掺带着浓重部门色彩，“异化”了这个法律规定的优先受偿权，抛弃了它能对抗一切普通债权的公平内核。在优先受偿权之上创设什么“商品房买受人特别优先受偿权”。建筑业十年来在格式文本上约定的留置权由于“合同法”286条的出台已不再适用，承包商面对一砖一瓦盖成的建筑产品不能行使这种担保物权，再加上优先受偿权在诉讼中受到商品房买受人的抗辩，人民法院据此司法解释不予保护承包商的话，那么这个优先权将成为虚置和不完整的纸上权利，成为合法的权利反被司法机关的司法权在诉讼中所阉割所判“不予保护”？！法律是普遍的规范，法院审理案件别有一套自己的“普遍的规范”，这是法制国家应有的正常现象吗？我认为，之所以出现全国人大或人大常委会立法之后随之而来的最高人民法院的司法解释马上就出台这种“二次立法”的现象。除去其他种种理由与原因暂不深论，有一点是肯定的，那就是为了方便自己部门的审判与执行工作。众所周知，最高人民法院内搞研究与审判工作的均是法律专业精英而非像全国人大常委会人员构成那样是各行各业的代表或精英。在人大立法时，一个成熟法律的设计、论证、修正及最终制订、出台，体现和征求了各行各业的行业规范、习惯、文化政治视角、团体利益背景和大多数人的情感等等。恰恰在广泛、周到、妥帖性这几点上，最高人民法院的司法解释是不可能做到的，起码是没有民主评价与议论投票的程序这一说，在现今中国司法活动中不可忽视和原谅的一种“脱法现象”是：各级人民法院法官审理案件、律师参与诉讼并引证法律根据，大都把最高人民法院的司法解释奉为圭臬而轻视司

法解释之源的法律。人们都长此以往走这种“便道”，人大常委会如再不行使自己的职权解释法律的话，人民的法律思维将不得不错误移位：“法律的解释权虽属全国人大常委会（立法法第42条）但不如最高法院的一个批复在诉讼中管用。”另外，最高法院对合同法第286条的1225号司法解释第三条、第四条同样让法律界、建筑业关注此法条法律蕴义的人们不解：该解释规定承包商行使法定受偿权的期限是6个月，但如果承包商由于种种原因没有在6个月内行使这项权利也没声明放弃，这项权利是否被消灭或不予保护？该解释没给出答案，又留给人们（含法官、律师等）今后在诉讼中猜测、乱解释的空间。况《民法通则》关于诉讼时效的规定、《合同法》关于除斥期间的规定与该解释6个月期限的规定是一种什么关系？6个月之后，法定的优先受偿权是否在法院得不到保护？抑或转为普通债权甚或连胜诉权都没了？（这个解释看样子还要继续“解释”下去才行）这二条有无违背立法本意之处都值得人大法工委一并推敲与研究。我还认为：我国的最高法院在国家的政治机关结构性质、职能、权限、与权力机关的关系根本不同于美国的最高法院。美国最高法院和法官在审理案件时有解释宪法和“创设”法律的职责与权力，这当然源于美国政治司法制度的最初设制与宪法赋予它制衡的权力。但在我国，最高法院只是一个向全国人大常委会汇报工作的一个下位机关，它和人大不是平衡与制约关系。它只能司法，不能借司法解释去立什么法。这绝对是我国现行宪法明文规定的政治制度和既定司法格局所决定的。但多年来多少人忽视和业内人默许或公开承认了最高法院一而再、再而三的“创立”法律的活动。现已产生了这种可忧的后

果：各级人民法院把司法解释当判决的理由和根据，甚至有了法律也推脱“不好操作”，非等司法解释下来，把司法解释当作“司法操作法”才下判、才执行，这种严重的违法行为却在人们的久久熟视中习惯了、麻木了、认可了……我只是一个执业律师，不是法学家，更不是专门研究立法学和研究、分析最高法院发布的各种批复、规定、通知和解释（以下均统称解释）的专门学者和研究人员，但廿年的律师生涯使我总认为如下的一些司法解释与现行法律、行政法规是否完全一致值得人大法工委的专家们去分析探究、辨析和认真清理：1.最高法院“关于民法通则……”2.关于“民事诉讼法……”3.“关于刑诉法……”4.“关于票据法……”5.“关于破产法……”6.“关于行政诉讼法……”7.“关于著作权法……”8.“关于专利法……”9.“关于人大常委会禁毒、惩治生产销售伪劣商品等决定的……”，等等，等等。现在就差最高法院对宪法和“立法法”的司法解释了！人民代表大会常委会对此还不应予以关注和警惕么。立法法第5条规定“发扬社会主义民主，保障人民通过多种途径参与立法活动”。通过各行业特别是建筑业、律师界此次对286条司法解释的争议，引出人们对最高法院在“创立第二法”活动的警惕。请人大法工委关注到人民在有法定的权利之后是否还会受到司法机关的自己“立法”的不法侵害，这一荒唐现象今天出现如不力纠，今后仍将会出现此类问题。为了我们这个现代民主与法制知识、文化、素养都十分贫乏亟待提高的祖国昌盛、强大，为了“在法制的国家里人民是国王”的民主之花早日绽放。这就是我不厌其烦地写作本文和几次呼吁尽快给商品房买受人对抗法定优先受偿权人的1225条司法解释给予纠

偏的终极目的。100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com