



两会协议的适用作为两会协议在两岸实施的关键步骤，其制度化对构建两岸关系和平发展框架，推动两岸关系走向深入发展，具有十分重要的意义。



海峡两岸法学研究

（第四辑）

——两岸协议落实与两岸关系

海峡两岸关系法学研究会 编



九州出版社 | 全国百佳图书出版单位
JIUZHOU PRESS

(第四辑)

海峡两岸法学研究

——两岸协议落实与两岸关系

海峡两岸关系法学研究会 编

图书在版编目 (CIP) 数据

海峡两岸法学研究. 第4辑, 两岸协议落实与两岸关系 / 海峡两岸关系法学研究会编. --北京: 九州出版社, 2014.9

ISBN 978-7-5108-3299-4

I. ①海… II. ①海… III. ①法学-中国-文集
IV. ①D920.0-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2014) 第 230845 号

海峡两岸法学研究·第4辑——两岸协议落实与两岸关系

作 者	海峡两岸关系法学研究会 编
出版发行	九州出版社
出 版 人	黄宪华
地 址	北京市西城区阜外大街甲 35 号 (100037)
发行电话	(010) 68992190/3/5/6
网 址	www.jiuzhoupress.com
电子信箱	jiuzhou@jiuzhoupress.com
印 刷	北京京华虎彩印刷有限公司
开 本	787 毫米×1092 毫米 16 开
印 张	22.875
字 数	528 千字
版 次	2014 年 12 月第 1 版
印 次	2014 年 12 月第 1 次印刷
书 号	ISBN 978-7-5108-3299-4
定 价	70.00 元

★ 版权所有 侵权必究 ★

《海峡两岸法学研究》

丛书编委会

总主编

张福森

顾 问

孙亚夫 孙 谦 张苏军 徐显明 李 林

执行主编

尹宝虎

副主编

许海星

编委会成员

张自合 张 冬

编辑说明

海峡两岸关系法学研究会自 2011 年 12 月成立以来，围绕“促进涉台法律问题研究、组织两岸法学交流、服务两岸关系和平发展”的宗旨，坚持以中央对台工作大政方针指导研究工作，为发展两岸关系做出了重要贡献。2013 年，海峡两岸关系法学研究会先后举办法学论坛和年会，来自海峡两岸的众多专家学者参与了会议。

经过慎重甄别，编委会遴选两岸与会学者提交的优秀论文结集出版。其中大陆学者论文和台湾学者论文分别用简体与繁体编排。大陆部分依照有关规定对文字内容进行编辑加工；台湾部分仍保留繁体原貌，以期促进两岸学术交流。文章仅代表作者个人观点，望读者明鉴。

编委会

2014 年 12 月

序

改革开放以来，大陆法治建设取得了历史性成就。经过三十多年的努力，一个立足国情和实际、适应改革开放和现代化建设需要、体现人民意志和人民利益，以宪法为统帅，以民法、刑法、诉讼法、行政法、社会法等多个部门法为主干，由法律、行政法规、地方性法规等多个层次的法律规范构成的中国特色社会主义法律体系已经形成。在这个过程中，大陆的人权法制保障不断加强，促进经济增长和社会和谐的法治环境不断改善，依法行政和公正司法水平不断提高，对权力的制约和监督进一步加强。

中国特色社会主义法律体系的形成基本解决了无法可依的问题，在这一新的历史起点上还需进一步完善中国特色社会主义法律体系，全面落实依法治国方略。大陆的法治发展在坚持从国情和实际出发的同时，也注意借鉴境内外法治建设有益经验，包括台湾法治建设的经验。两岸法制同根同源，同为中华法系的组成部分。尽管当前两岸社会制度不同，但推进法治、维护人民权益、服务社会发展的目标是一致的。加强两岸法制的比较研究，既有利于加深两岸互信，也有利于两岸相互学习，取长补短，共同促进法治文明和社会进步，造福两岸人民。

两岸人民之间各领域的交往需要法治的保障。为适应 1987 年后台湾民众往来大陆逐渐增多、两岸贸易投资规模不断扩大的情势，大陆适时采取和完善了一系列司法、立法、执法措施，基本形成了对两岸交往的法治保障体系，起到了维护台湾同胞权益，规范两岸交往秩序，促进交流合作的重要作用。两岸关系稳健发展，需要用制度化、法律化的手段，不断解决人民交往中出现的各种问题，妥善处理各种交往矛盾。从理论上探索解决现实具体问题的方案，是两岸关系法学研究的目的。为此，两岸法学界、法律界有必要加强相关学术研究，深入交流研讨，为两岸法治文明、社会进步和两岸交往的法治保障提供智力支持。

2008 年 5 月以来，两岸双方在反对“台独”、坚持“九二共识”的共同政治基础上推进两岸关系，开辟了两岸关系和平发展新局面。在两岸同胞的共同努力下，两岸人民交往日益密切，经济合作日益深化，文化交流日益加强。为适应新形势的需要，海峡两岸关系法学研究会于 2011 年 12 月重新组建成立。在两岸法学法律界朋友的支持和参与下，海峡两岸关系法学研究会通过两岸和平发展法学论坛、学术座谈会、学术年会等形式推动两岸法学交流，促进对两岸关系中法律问题的研究，取得了一些成绩。《海峡两岸法学研究》就是展示这些交流和研究成果的载体之一。

《海峡两岸法学研究》收集的论文既关注于两岸法制的比较研究，也着重从不同角度探讨两岸交流合作中需要解决的各种法律问题，展示了两岸专家学者对于这些问题的深入思考。当然，论文集所选编的论文仅代表作者个人观点，不代表研究会的立场。出版论文集的目的更主要是为抛砖引玉，促进两岸法学法律界更多地关注两岸关系各领域法律问题。

希望两岸法学界、法律界密切往来，关注现实，围绕两岸关系和平发展的需要，进一步破解影响两岸关系和平发展的各种问题、难题，为巩固和深化两岸关系和平发展、为两岸同胞的福祉做出积极贡献！

是为序。

海峡两岸关系法学研究会会长

张福森

2014年7月10日

目 录

第一部分 两会协议的法律问题

论两会协议在大陆适用的反思与重构	
——以立法适用为主要研究对象·····	周叶中 段 磊 3
试论两会协议效力的法律依据·····	陈 动 15
论两会协议的接受制度·····	祝 捷 20
台湾立法机构审议两岸服务贸易协议的实践评析·····	季 烨 29
陆资入台的法律与政策障碍及对策研究·····	彭 莉 季 烨 37
论陆资入台投资的法律保护·····	吴 智 46
大陆企业赴台投资应把握的几个法律问题·····	黄来纪 傅泉胜 59
政府因应陆资入台风险的角色定位分析·····	宋 靖 62
论 ECFA 框架下大陆台资医院的立法保障·····	张博源 68
台商隐名投资个体医疗机构之合法性研究·····	曹发贵 79
两岸投资补偿争端调解协议的执行机制初论	
——大陆方面的视角·····	刘文戈 89
论海峡两岸投资争端解决机制的发展及其评议裁处制度	
——以 Private Ombudsman 为例的立法政策学思考·····	石东坡 95
陆资來台投資權益保障之研究·····	李永然 109

第二部分 两岸司法互助

两岸法院司法互助之回顾与展望·····	邵中林 127
---------------------	---------

两岸刑事案件调查取证协助中的冲突及其解决

——以两岸证据制度的比较为视角·····	姚莉	153
海峡两岸遣返刑事犯或刑事嫌疑犯的困境和范围·····	高通	162
大陆被判刑人移管制度与海峡两岸被判刑人移管		
问题研究·····	郭建安	171
海峡两岸共同打击犯罪问题新探讨·····	赵秉志	183
两岸刑事犯、刑事嫌疑犯遣返刍论·····	时延安	193
纵论海峡两岸刑事司法互助之“罪赃移交”·····	张淑平	200
两岸民事判决认可与执行的模式、条件和程序		
——从比较借鉴视角的探讨·····	于飞	211
非对等状况下的两岸婚姻效力及其对大陆的消极影响·····	陈汉	223
一个似是而非的解释		
——评台“司法院秘台厅少家二字第1020023482号函”·····	张自合	229
兩岸協議在訴訟上衍生的問題·····	陳榮傳	238
外國仲裁判斷在台灣之若干爭議探討·····	李復甸 冷函芸	259
大陸法院判決於台灣承認與執行之爭議·····	羅俊瑋	268
海峽兩岸仲裁判斷之認可與執行		
——以台灣法為中心·····	易先智	278

第三部分 两岸关系中的法律问题

两岸政治分歧之解在于两岸合作·····	尹宝虎	297
两岸共同维护中国海洋权益之政治与法理考察·····	严峻	303
中国特色的“融合性统一模式”		
——以台湾居民参与国家管理经验借鉴为基础·····	魏治勋	312
两岸婚姻中大陆配偶的民事权利保护·····	张燕玲	323
海峡两岸文化产业对接合作的法律视角分析·····	李兴国	333
陸配在台灣就業問題與權益之探討·····	鄭津津	343

// 第一部分 //

两会协议的法律问题

论两会协议在大陆适用的反思与重构

——以立法适用为主要研究对象^[1]

周叶中 段 磊^[2]

一、研究对象的分析：何为两会协议的适用？

众所周知，作为目前“在国家尚未统一的特殊情况下，唯一能在两岸全部领域发生强制力的法律文件”，^[3]两会协议的重要价值不言而喻。然而，两会协议自签署到实施，实现从两个民间组织之间的“私协议”到对两岸具有普遍约束力的法律规范转变，需要经历一个复杂过程。这一过程主要涉及两会协议的接受和适用两个程序，前者是后者启动的前提，后者则是前者的延续。

（一）协议的接受：协议适用的前提

毫无疑问，两岸关系不是国际关系，而是一国之内两个地区之间的关系。然而，由于两岸分别属于两个法域，^[4]两会协议本身具有跨法域的属性，因此，我们可以在否定台湾地区“国家”属性的前提下，单纯地从理论层面借鉴国际法学中的条约法知识，对两会协议的相关制度进行分析。按照条约法的相关知识，接受是指各国在国内履行国际义务的一切形式。接受本身可分为两种：（1）将条约规定转变（transformation）为国内法；（2）无需转变而将条约规定纳入（adoption）国内法。^[5]可以说，国际法在国内得到执行是以其获得该国接受为前提条件的。

在两岸语境下，两会协议的接受是指两岸依照各自规定，通过一定方式使本属于民间私协议的两会协议，具有规范意义上的法律效力的过程。这个过程，既可以通过直接赋予协议以法律效力的方式完成，也可以通过依协议主要内容制定新法律或修改原有法律的形式完成。前者类似于国际法中的纳入方式，后者则类似于转化方式。目前，大陆和台湾在两会协议的接受上，表现出不同的实际情况。

在大陆，法律并未规定两会协议的接受程序，因而在实践中形成各种复杂与混乱的情况：既出现过部分两会协议一经生效即可直接约束公权力机关的情形，也出现过经有关部门通过转化立法赋予协议以法律效力的情形。以《海峡两岸知识产权保护合作协议》为例，在该协议的实施过程中，国家专利局颁布了包含协议主要内容的《关于台湾同胞专利申请的若干规定》，这种立法活动与国际法中的转化行为类似。而国家工商行政管理总局则又直接依照协议

颁布了《台湾地区商标注册申请人要求优先权有关事项的规定》，这种立法活动则与国际法中纳入转化后的直接适用行为类似。

在台湾地区，“两岸人民关系条例”对两会协议的接受制度做出了详尽规定，其接受制度已较为完备。按照“两岸人民关系条例”之规定，若两会协议内容涉及修法或新订定法律，需由“行政院”核转“立法院”审议通过后方可生效；若协议内容不涉修法或新订定法律，则由“行政院”核定后，送“立法院”备查即告生效。^[6]这一程序类似于国际法中的“转化”方式。

（二）协议的适用：协议接受的延续

与协议接受相关联的程序是协议的适用。按照国际法的相关知识，条约的适用就是指缔约国按法定程序把条约具体应用于现实生活，使条约条款得以实现的活动。^[7]一般而言，条约的适用方式包括直接适用和间接适用两种。前者是指一国将条约直接作为本国法律渊源的一种，允许行政机关、司法机关直接援引条约规定行事；后者则指一国的行政机关、司法机关不能直接援引条约规定行事，而只能适用经立法机关通过将条约内容予以转化所制定的法律。需要说明的是，当一国选择通过转化方式接受条约时，该国国家机关仅能适用经转化后的条约，这亦即是间接适用方式。因而上述两种适用方式的划分，仅存在于采取纳入方式接受条约的国家之中。传统理论认为，如果对一国有约束力的国际法规则需要在该国国内实施，必须采纳到其国内法律体系中，才可以直接作为该国的国内法律渊源，并为国家机关所援引。^[8]亦就是说，条约在一国适用的前提是其已经为该国所接受，即条约已经通过转化或纳入方式成为该国国内法律体系的一部分。

在两岸语境中，两会协议的适用是指两岸依照各自规定，将协议内容应用于各自领域内的立法、司法和行政活动，使协议内容得以落实的过程。相应地，两会协议的直接适用就是指两岸行政机关、司法机关和部分立法机关能够直接依据两会协议进行执法、审判和立法活动；两会协议的间接适用则是指两岸行政机关、司法机关和部分立法机关只能根据各自立法机关所制定的法律行事，而不能直接以两会协议为行事根据。需要注意的是，两会协议适用的前提是协议已经为两岸所接受，成为两岸各自域内法律体系的一部分。

在台湾，由于其对两会协议采用转化的接受方式，故其公权力部门要执行两会协议规定的内容，就只能以其域内法律规范为依据，因而不存在直接适用两会协议的问题。

与台湾地区不同，大陆对两会协议的适用情况较为复杂。由于大陆法律既未规定两会协议的接受程序，又没有规定两会协议的适用程序，因而协议接受和适用程序实际上处于无法可依的状态。在实践中，两会协议自生效之日起就成为大陆法律体系的一部分，对国家公权力机关和普通民众产生法律约束力。这种约束力既体现在立法机关依据协议制定相关规范性法律文件上，又体现在司法机关依照协议进行审判和执法活动上，因而出现了公权力机关对协议的直接适用和间接适用并存的情况。亦即是说，大陆公权力机关既可以直接依照两会协议制定相关法律、做出司法裁判和行政执法行为，也可以依照以两会协议为主要内容制定的规范性法

律文件,进行相关的立法、司法和执法活动。

可以说,两会协议在为两岸接受之前,其属性仍为仅能约束两岸两个民间组织(海协会和海基会)的私协议;在其为两岸接受之后,其属性则变为两岸各自域内的法律规范,具有普遍约束力。然而,由于大陆对两会协议的接受、适用两项程序没有成文规定,在实际执行过程中也出现过诸多问题,因而许多学者混淆了两会协议的接受、实施这两个既有联系又有区别的概念。

对大陆而言,略显混乱的两会协议的适用实践,对于构建法治化的两岸关系和平发展框架,以及社会主义法治国家建设,都会产生一定的负面影响。因此,从法学角度对现有两会协议的适用问题进行分析、探讨就显得尤为必要。两会协议的适用涉及的范围很广,其中既包括立法机关的适用,也包括司法机关和执法机关的适用;既包括直接适用,也包括间接适用。在各类协议适用活动中,立法适用因其承接着协议的接受和间接适用,而体现出与众不同的特点。因此,本文主要选取大陆立法机关对协议的直接适用为分析对象,即探讨部分立法机关在执行两会协议的过程中,创设新的执行性立法,修改和废止部分原有立法的行为,并以此为突破口,为构建大陆的两会协议适用制度提出若干建议。当然,在本文的讨论过程中,也不可避免地会涉及协议在大陆接受中存在的问题,并提出相关建议。

二、两会协议在大陆立法适用的实践

在大陆的实践中,立法机关通过制定新的法律规范和修改原有法律规范的方式适用两会协议,是两种常见的适用实践方式。由于大陆两会协议的立法适用活动仍缺乏相应法律规范的调整与规制,因而其中尚存在诸多需要解决的矛盾和问题。

(一) 两会协议的适用与有关机关制定法律的活动^[9]

一般而言,两会协议正式签署后,大陆有关部门会结合协议规定和本部门的工作实际,制定若干规范性法律文件,对协议规定得较为原则的内容进行细化,以保证协议得到有效贯彻实施。目前,国务院各部委和最高人民法院共制定了17件与《两会联系与会谈制度协议》、《海峡两岸海运协议》、《海峡两岸共同打击犯罪及司法互助协议》等8项两会协议的实施相关联的部门规章和司法解释。在这些规范性法律文件中,国务院各部委共制定部门规章15件,涉及7项两会协议的实施问题,最高人民法院制定司法解释2件,涉及《海峡两岸共同打击犯罪和司法互助协议》的实施问题。在这些部门规章和司法解释文本中,一般以两种方式说明其与某项两会协议之间的关联:

一是明确其立法或释法目的是“为履行”、“为落实”、“为促进实施”或“为实施”某项两会协议,即该项立法或司法解释是对两会协议已经涉及内容的细化规定。如《最高人民法院关于人民法院办理海峡两岸送达文书和调查取证司法互助案件的规定》的序言中明确指出,“为落实《海峡两岸共同打击犯罪和司法互助协议》……制定本规定”;商务部、国务院台办

制定的《台湾投资者经第三地转投资认定暂行办法》第一条即规定“为……实施《海峡两岸投资保护和促进协议》……制定本办法”等。

二是明确其立法依据是“依照”或“根据”某项两会协议，即该项立法或司法解释是对两会协议所涉内容的扩展性规定。如国务院台办、公安部、海关总署制定的《两会商会会务人员出入境往来便利办法》第一条即规定，“本办法依《两会联系与会谈制度协议》第五条订定”；最高人民法院制定的《关于进一步规范人民法院涉港澳台调查取证工作的通知》规定，“根据《海峡两岸共同打击犯罪及司法互助协议》……最高人民法院与台湾地区业务主管部门之间可就民商事、刑事、行政案件相互委托调查取证”等。

上述两类以两会协议为依据的部门规章和司法解释的基本情况可列表如下：

大陆制定的与两会协议相关的部门规章、司法解释的相关情况汇总

两会协议名称	规范性文件名称	制定主体	对二者关联性的表述
《两会联系与会谈制度协议》	《两会商会会务人员出入境往来便利办法》	国务院台办、公安部、海关总署	依《两会联系与会谈制度协议》第五条订定
《两岸公证书使用查证协议》	《海峡两岸公证书使用查证协议实施办法》	司法部	为履行《两岸公证书使用查证协议》，制定本实施办法
《海峡两岸海运协议》	《关于海峡两岸间集装箱班轮运价备案实施的公告（2012年第6号）》	交通运输部	为贯彻落实《海峡两岸海运协议》……
	《关于海峡两岸海上直航发展政策措施的公告（2012年第41号）》		为全面落实《海峡两岸海运协议》……
	《关于海峡两岸海上直航政策措施的公告（2011年第37号）》		为进一步落实《海峡两岸海运协议》……
	《关于公布进一步促进海峡两岸海上直航政策措施的公告》（2009年第54号）		为更好地贯彻落实《海峡两岸海运协议》……
	《关于促进两岸海上直航政策措施的公告》（2009年第21号）		为贯彻落实《海峡两岸海运协议》……
	《关于台湾海峡两岸间海上直航实施事项的公告》（2008年第38号）		根据《海峡两岸海运业协议》……
	《关于促进当前水运平稳较快发展的通知》		为尽快落实《海峡两岸海运协议》……
	《台湾海峡两岸直航船舶监督管理暂行办法》	国家海事局	依据《海峡两岸海运协议》……
《海峡两岸邮政协议》	《关于核定大陆至台湾地区相关邮资业务资费试行标准的通知》	国家发改委、国家邮政局	根据《海峡两岸邮政协议》……
《海峡两岸共同打击犯罪及司法互助协议》	《关于进一步规范人民法院涉港澳台调查取证工作的通知》	最高人民法院	根据《海峡两岸共同打击犯罪及司法互助协议》……
	《关于人民法院办理海峡两岸送达文书和调查取证司法协助案件的规定》		为落实《海峡两岸共同打击犯罪及司法互助协议》……制定本规定

续表

两会协议名称	规范性文件名称	制定主体	对二者关联性的表述
《海峡两岸经济合作框架协议》	《〈海峡两岸经济合作框架协议〉项下进出口货物原产地管理办法》	海关总署	为了正确确定《海峡两岸经济合作框架协议》项下进出口货物原产地……制定本办法
	《关于对海关总署令第200号有关条款使用适宜的解释》		为促进《海峡两岸经济合作框架协议》货物贸易早期收获计划更好地实施……
《海峡两岸知识产权保护合作协议》	《台湾地区商标注册申请人要求优先权有关事项的规定》	国家工商行政管理总局	为落实《海峡两岸知识产权保护合作协议》……
《海峡两岸投资保护和促进协议》	《台湾投资者经第三地转投资认定暂行办法》	商务部、国台办	为……实施《海峡两岸投资保护和促进协议》……制定本办法

(本表为作者自制)

(二) 两会协议的适用与有关机关修改和废止法律的活动

当两会协议所规定的内容与大陆现行的法律规范有冲突时，有关立法机关一般会依照协议规定对现行法律规范进行修改，以适应协议的实施。然而，这种修法的实践尚未形成制度，也并无相关法律规范予以规制。目前，由两会协议引起的大陆域内法的修改实践可以归纳为三种具体方式：

一是在协议正式签订和实施前，有关部门即修改原有法律规定，以适应协议的生效和实施。以2009年4月签署的《海峡两岸共同打击犯罪和司法互助协议》为例，两岸在协议中就相互认可及执行民事裁判与仲裁裁决（仲裁判断）达成共识，该协议于同年6月25日正式生效。在这一协议正式签订前，最高人民法院于3月30日通过《关于认可台湾地区有关法院民事判决的补充规定》，明确了认可台湾地区民事判决的有关规定，从而实际上构成对1998年制定的《关于人民法院认可台湾地区有关法院民事判决的规定》的补充和修改，以适应新的两会协议的实施。尽管这种修改法律（规范性法律文件）的活动存在于两会协议正式生效之前，但由于修法的目的在于配合协议的实施，因此，这种修法活动亦是大陆以修法方式适用两会协议的体现。

二是在协议正式生效后，有关部门在协议实施过程中，通过制定新法律的方式修改原有法律规定，以适应协议的实施。以2013年1月正式实施的《海峡两岸投资保障和促进协议》为例，该协议第一条第二项对“投资者”进行了明确解释，不仅包含“一方企业指根据一方规定在该方设立的实体，包括公司、信托、商行、合伙或其他组织”，还包含“根据第三方规定设立，但由本款第一项或第二项的投资者所有或控制的任何实体”，即协议所指投资者的范围既包括直接投资，也包括第三地转投资。为实施这一协议的规定，商务部和国台办于2013年2月联合颁布了《台湾投资者经第三地转投资认定暂行办法》。该办法明确规定，“台湾投资者以其直接或间接所有或控制的第三地公司、企业或其他经济组织作为投资者在大陆投资设立企

业，可……将该第三地投资者认定为视同台湾投资者”。^[10]而根据《台湾同胞投资保护法》及其实施细则之规定，台湾同胞投资是指“台湾地区的公司、企业、其他经济组织或者个人作为投资者在其他省、自治区和直辖市投资”，^[11]即并不包含台湾同胞在第三地设立或控制的经济实体。因此，《台湾投资者经第三地转投资认定暂行办法》实际上构成了对《台湾同胞投资保护法》及其实施细则中认定台湾同胞投资者标准的修改。

三是在协议正式生效后，有关部门在协议实施过程中，通过制定新的法律规范，并明确废止原有法律规范的方式，实现对原有法律规定的修改，以适应协议的实施。以《海峡两岸知识产权保护合作协议》为例，在该协议生效后，中国专利局颁布了《关于台湾同胞专利申请的若干规定》。该《规定》第十四条明确规定，“原中国专利局 1993 年 3 月 29 日颁布的《关于受理台湾同胞专利申请的规定》和 1993 年 4 月 23 日颁布的《关于台湾同胞申请专利手续中若干问题的处理办法》同时废止”。这一规定构成了原有法律规范的废止，达到了配合协议实施的效果。

除上述三种协议引起法律修改的情况外，在实践中仍然存在一些与两会协议的规定不一致，且未经任何方式修改的法律规范。这些法律规范的法律效力，因两会协议的实施而受到影响和削弱，这将会影响我国的法制统一，并对建设法治中国造成一定障碍。

三、对大陆立法适用两会协议的反思

大陆目前实行的两会协议适用制度与宪法和法律的规定存在一些冲突与矛盾，具体来说，这些问题主要体现在以下三方面：

第一，尚无协议接受的制度化规定，直接适用协议缺乏前提，且与宪法、法律规定相矛盾。

众所周知，法律是国家制定或认可的社会规范，任何社会规范要获得法律效力就必须获得拥有立法权的国家机关的认可。^[12]从法理上讲，两会协议的签署主体是作为民间组织的海协会与海基会，前者系在大陆登记注册的“社团法人”，后者系在台湾地区登记注册的“财团法人”，二者均系民间组织。因此，两会协议的约束力应当仅及于两会，其性质应属民间私协议而非具有普遍约束力的法律。如上文所言，大陆尚未制定任何成文的两会协议接受规范，换言之，尚无能够使协议成为大陆法律体系一部分的明确规定。这种立法缺位的现实，直接导致上述明确依照两会协议制定法律（或解释法律）的行为，陷入违法的尴尬境地。

根据《立法法》之规定，“国务院各部、委员会、中国人民银行、审计署和具有行政管理职能的直属机构，可以根据法律和国务院的行政法规、决定、命令……制定规章”，且“部门规章规定的事项当属于执行法律或者国务院的行政法规、决定、命令的事项”。^[13]据此，部门规章的制定依据，应当仅限于法律和国务院制定的行政法规、决定、命令，其制定目的也仅限于执行上述规范性文件。然而，上文所列的 15 项规章却是以两会协议为制定依据，以落实两会协议为制定目的，这显然与《立法法》第 71 条的规定相抵触。根据我国《人民法院组织