

仲裁与法律

ARBITRATION AND LAW

中国国际经济贸易仲裁委员会
中国海事仲裁委员会 主办
中国国际商会仲裁研究所



仲 裁 与 法 律

第 95 辑

中国国际经济贸易仲裁委员会
中国海事仲裁委员会
中国国际商会仲裁研究所
主 办

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

仲裁与法律. 第 95 辑/中国国际经济贸易仲裁委员会
等主办. —北京: 法律出版社, 2005. 1
ISBN 7-5036-4775-2

I. 仲… II. 中… III. 仲裁—研究—丛刊
IV. D915.704-55

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 142103 号

法律出版社·中国

责任编辑/伍远超

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书有限公司
印刷/北京外文印刷厂

编辑/法律应用出版中心
经销/新华书店
责任印制/陶 松

开本/A5
版本/2005 年 1 月第 1 版

印张/4.5 字数/127 千
印次/2005 年 1 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

法律应用出版中心/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/yingyong@lawpress.com.cn

读者热线/010-63939643

传真/010-63939650

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

传真/010-63939777

中法图第一法律书店/010-63939781/9782

客服热线/010-63939792

中法图北京分公司/010-62534456

网址/www.chinalawbook.com

中法图上海公司/021-62071010/1636

电子邮件/service@chinalawbook.com

中法图苏州公司/0512-65193110

中法图深圳公司/0755-83072995

中法图重庆公司/023-65382816/2908

中法图西安分公司/029-85388843

书号: ISBN 7-5036-4775-2/D·4493 定价: 10.00 元

仲裁与法律 第 95 辑

主 编:杨春雷

副主编:曲竹君

编 委:黎晓光 蔡鸿达 李 虎 陈 波
姚俊逸 王文英 黄 为 曹 健

编辑部地址:中国北京朝阳区亮马桥路 32 号
高斓大厦六层

邮 政 编 码:100016

电 话:(010)64646688

传 真:(010)64643500

电 子 信 箱:CIETAC@public.bta.net.cn

网 址:<http://www.CIETAC.org.cn>

目 录

· 仲裁动态 ·

- 万季飞会长率中国企业家代表团访问厄瓜多尔 (1)
- 王生长博士参加中国美国商会早餐会 (2)
- 第四届海峡两岸经贸仲裁研讨会在台北召开 (3)
- 贸仲委成立《仲裁法》研究专家组 (4)

· 专 论 争 鸣 ·

- 对我国仲裁的性质及其特点的再探讨 赵承璧(5)
- ✓我国应确立仲裁庭管辖权自裁原则 徐智庆 戴 舒(11)
- 国际商事仲裁中强制性规则的适用
- 以仲裁庭在国家利益间的中立为视角 徐珊珊(21)
- 试析部分裁决与中间裁决之差异 张孝良(37)
- 也论国际商会仲裁院能否在中国内地进行仲裁
- 兼评中国内地《仲裁法》中的几个问题 韩 健(43)
- 论美国法院对国际仲裁案件管辖权的确定 阎天怀 郭少伟(53)
- 合同目的功能与适用 孟 杰(65)

· 海 事 ·

- 船舶分租时装卸时间与滞期损失的计算问题
- Trond Solvang 著 黄永申译(73)

· 案 例 ·

- ✓美国法院关于第三方当事人参与仲裁的新判例

◆ 2 仲裁与法律 ·第 95 辑·

——介绍“Emerald”轮争议案的判决

..... 杰克·伯格著 蔡鸿达译(86)

·特 载·

浅议涉外仲裁案件中的送达

——评天津海事法院撤销一起涉外仲裁裁决案 泽 仕(92)

·规 则·

日本国仲裁法 (115)

仲裁动态

万季飞会长率中国企业家 代表团访问厄瓜多尔

应厄瓜多尔中国商会(厄中商会)的邀请,中国贸促会会长万季飞率领中国企业家代表团一行18人于2004年11月15日至17日赴厄瓜多尔瓜亚基尔,出席厄中商会仲裁与调解中心成立仪式,并代表中国国际经济贸易仲裁委员会与厄中商会仲裁与调解中心签订了友好合作协议。

在厄中商会仲裁与调解中心的成立庆典上,万会长发表了重要讲话,对仲裁与调解中心的成立表示热烈的祝贺,向厄方朋友介绍了中国仲裁与调解的发展情况。

厄中商会仲裁与调解中心的成立受到厄瓜多尔政界和商界的高度关注。厄瓜多尔副总统特向厄中商会仲裁与调解中心发来贺电;厄瓜多尔教育部长 Roberto Baquerizo 先生等政府官员到会祝贺;厄中商会会员以及其他有关人士100多人参加了成立仪式。成立仪式由厄中商会会长 Washington Hago 先生主持。

为庆祝厄中商会仲裁与调解中心的成立,该仲裁与调解中心专门举办了题为“仲裁与调解在中国”的研讨会,厄瓜多尔教育部长 Roberto Baquerizo 先生、中国贸促会纺织行业分会常务副会长张延恺先生、中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁监督部赵健博士分别发表演讲,并回答了与会代表的有关提问。

厄中商会由厄瓜多尔太平洋香蕉王公司总裁 Segundo Wong Mayorga 先生发起设立,其宗旨是促进中厄经贸、科技与文化交流,推动互利合作,是厄瓜多尔一家有影响力的商会组织。该商会于1999年8月与中国贸促会(我会)签订合作协议,与我会成为友好商会。1999年、2002年和2003年,我会接待了该商会组织的厄瓜多尔总统访华随

行企业家代表团。

在厄期间,万会长会见了泛美仲裁委员会(Inter-American Commercial Arbitration Commission)主席 Roberto Cabanilla 先生,双方互相表达了与对方仲裁机构加强交流与合作的良好愿望。泛美仲裁委员会是南北美洲地区具有重要影响的仲裁组织,该仲裁委员会根据第七次美洲国家会议的决议于 1934 年成立,现在 33 个美洲国家设有分支机构。

在厄期间,万会长还会见了当地华侨和中国在厄企业代表,参观了瓜亚基尔国际展览中心。

我国驻厄使馆邹传明参赞、驻瓜亚基尔总领馆刘自发总领事陪同万会长参加了有关活动,刘自发总领事还宴请了中国企业家代表团。

(贸仲委供稿)

王生长博士参加中国美国商会早餐会

2004 年 12 月 9 日,中国国际经济贸易仲裁委员会副主任兼秘书长王生长博士及有关工作人员应邀参加了由中国美国商会(The American Chamber of Commerce-People's Republic of China)主办的早餐会。

中国美国商会经常采取早餐会的形式,邀请专家就某个美国商界所关心的问题作演讲。此次早餐会是由中国美国商会法律委员会所主办,有三十多人出席,多为美国商界和法律界人士。

早餐会上,王生长博士作了精彩的演讲。针对此前从中国美国商会法律委员会收到的问题单,王生长博士的演讲内容涉及贸仲委的历史和机构设置、仲裁员制度、裁决的执行、外国律师参与仲裁、临时保全措施等多方面。王生长博士特别结合美国当事人参与贸仲委案件的实际情况,以一组翔实的数字有力地阐述了贸仲委办理涉外案件的优势和公正性。此外,他也特别提及贸仲委正在进行的规则修改,表明了贸

仲委为方便当事人和保持与国际同步而不懈努力的立场。

(贸仲委供稿)

第四届海峡两岸经贸仲裁 研讨会在台北召开

由中国国际经济贸易仲裁委员会(贸仲委)和中华仲裁协会共同主办的第四届海峡两岸经贸仲裁研讨会于2004年11月29、30日在台北召开。中国国际商会/中国贸促会副会长于平率领中国内地仲裁法律代表团一行19人如期抵达台北出席了会议。台湾仲裁界、法律界和经贸界有关人士近百人与会。这是两岸仲裁机构自两岸关系在80年代末期开始缓和以来第四次联袂举办的仲裁专业交流和学术交流研讨会。

中华仲裁协会理事长王又曾先生首先致词,他欢迎内地代表团再次到台湾参加此次研讨会,并表示对两岸仲裁机构之间的友好合作充满信心。

于平副会长随后在致词中简要介绍了贸仲委今年的工作情况,回顾了两会合作的历史,希望两会合作长久,并能为两岸商事争议的解决作出努力,为两岸乃至亚太地区经济贸易纠纷的解决发挥应有作用。

本届会议主题为:两岸经贸仲裁新视野。内地方和台湾方的仲裁专家和法律专家分别就“两岸仲裁判断/裁决执行实例与展望”、“两岸对台商投资环境之调查分析与展望”和“以仲裁作为两岸智慧财产权/知识产权之保护机制可行性之分析”三个议题作了专题发言,并向大会提交了论文。

值此研讨会之际,两岸仲裁机构还共同举办了台湾工商界人士座谈会,就台商在内地投资的法律保护和纠纷解决途径等问题进行了研讨。本次研讨会获得了圆满成功。这是两岸仲裁机构共同努力的结

果,也是两岸经济贸易和仲裁发展的需要,必将为促进两岸仲裁事业的繁荣和促进两岸关系的进一步发展起到积极的推动作用。

(贸仲委供稿)

贸仲委成立《仲裁法》研究专家组

1994年8月31日颁布的《中华人民共和国仲裁法》是我国第一部仲裁立法,被誉为“中国仲裁史上的里程碑”。10年来,《仲裁法》所确立的协议仲裁、独立仲裁、一裁终局等原则得到了有效的贯彻执行,现代商事仲裁理念得以推广,中国的仲裁制度也得到快速的发展。然而,随着我国仲裁事业的不断发展,《仲裁法》的有关内容和规定已不能满足仲裁事业发展的需要。对《仲裁法》的有关内容进行调整和修改已成为业界及学界的普遍要求。

贸仲是新中国成立后设立的第一个仲裁机构。经过近半个世纪的努力,贸仲已成为国际公认的仲裁机构。贸仲所积累的丰富的实践经验,在《仲裁法》的制定过程中发挥过重要作用。为配合立法机关的立法工作,贸仲日前成立了由来自司法界、学术界、律师实务界及仲裁实务界的仲裁问题专家所组成的专家组,专门研究《仲裁法》修订的有关问题。专家组已于11月11日召开了第一次会议,并将定期举行会议,对《仲裁法》的相关问题进行专题研究。

贸仲诚邀广大学者及实务工作者对仲裁法的修改提出意见。您可以登录本网站(www.cietac.org)“贸仲论坛”发表意见或直接与贸仲仲裁研究所王文英联系(电话:64646688—6178;email: wangwenying@cietac.org)。

专论 争鸣

对我国仲裁的性质及其特点的再探讨

赵承璧*

在我国商事(经济贸易)仲裁制度的建立,如果从1954年当时的中央人民政府政务院批准在中国贸促会内设立对外贸易仲裁委员会算起,迄今已有50年。而我国《仲裁法》1994年的颁布,则奠定了我国仲裁制度的基础,开辟了我国仲裁事业的崭新局面。10年来,我国的仲裁事业有了很大的发展,人们对仲裁制度的认识也有了很大的提高。但是,据我所知,迄今不论是理论界、司法界,还是仲裁界,对仲裁的性质及其特点的认识并非一致,众说纷纭。归纳起来,主要有以下两种提法:

1. 准司法说。例如,有下述提法:“金融仲裁可以定义为平等主体的公民、法人和其他组织之间在金融交易中发生的合同纠纷和其他财产权益纠纷,当事人依据合同中的仲裁条款或事后达成的仲裁协议,将纠纷交付仲裁裁决的一种准司法制度”^①、“我国的国内仲裁活动应当是一种准司法活动,仲裁程序是一种准司法程序,仲裁制度是一种准司法制度,是国家司法制度的必要补充和变通”^②、“民商事仲裁固然有别于民商事诉讼,但是民商事诉讼程序中的基本原则,诸如保护、保障、方便涉讼当事人行使诉讼权利(含前述知情权)等,有什么理由断定它们绝对不能适用于被称为‘准司法’和‘准民商诉讼’的民商事仲

* 商务部条法司原司长,中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁员。

① 见黎晓光:“论‘入世’后我国金融仲裁的新发展”,载《国际经济法学刊》第8卷。

② 见谭兵主编:《中国仲裁制度研究》,法律出版社1995年版。

裁呢?”^③

2. 自主说。例如,有下述说法:“现代仲裁制度是市场经济发生发展的必然产物,本质上,它是市场主体在尽量避免国家权力干预的前提下,利用市场资源,自主了结争议的一种民间性的纠纷解决机制”、^④“仲裁性质的本质属性仍是当事人的意思自治,这种意思自治通过当事人之间的仲裁协议来体现”。^⑤

上述两种说法,我认为,自主说表述了仲裁的基本特征,符合仲裁起源的历史沿革,也符合我国《仲裁法》的基本精神。我们首先考察一下,我国商事(经贸)仲裁制度建立的过程。早在 50 年前,我国政府批准设立对外贸易仲裁委员会即将其隶属于民间性社会团体“中国贸促会”内,将贸仲定格为民间常设仲裁机构。1994 年颁布的我国第一部《仲裁法》,又从中国的实际出发,借鉴了国际上的通行规则,将仲裁正式确立为民间性、自主性仲裁。该法明确规定:仲裁委员会独立于行政机关,与行政机关没有隶属关系(第 14 条);仲裁依法独立进行,不受行政机关、社会团体和个人的干涉(第 8 条);当事人采用仲裁方式解决纠纷,应当双方自愿,达成仲裁协议。没有仲裁协议,一方申请仲裁的,仲裁委员会不予受理。其次,再从我国的经贸仲裁实践来看,多年来,贸仲的仲裁始终坚持了自主仲裁的制度。贸仲不仅在其制定的《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》中规定了独立、公正地解决契约性或非契约性的经济贸易争议的基本原则,并且在其仲裁程序规则和执行仲裁程序规则中,充分体现了尊重当事人的自主权利和双方的对等权利,不受任何行政、司法机关和个人的干预。从而经过 50 多个春秋的开拓进取,以其独立、公正、快速、高效的仲裁实践,在国内外取得了广泛的赞誉。第三,从仲裁裁决的执行来看,根据中国《仲裁法》的规定,仲裁裁决一经作出即为终局,对双方当事人均具有法律上的约束力。

③ 见陈安:“论涉外仲裁个案中的越权管辖、越权解释、草率断结和有欠透明”一文,载《国际经济法论丛》第 7 卷。

④ 见王生长、赵健:“新时期我国仲裁制度的定位与作为”,载《仲裁研究所简报》,第 11 卷第 6 期。

⑤ 见陈治东著:《国际商事仲裁法》,法律出版社 1998 年版。

当事人应当自动执行业已生效的仲裁裁决。对我国《仲裁法》的这一规定,事实上在仲裁协议中当事人也自主作了约定。如果一方当事人不主动履行裁决,另一方当事人可依据我国《仲裁法》、《民事诉讼法》和我国加入的《承认及执行外国仲裁裁决公约》的规定,向有管辖权的中、外法院申请强制执行。截至目前,经我国法院裁定不予执行或撤销的仲裁案件比例很少。这充分说明,我国法院根据我国《仲裁法》的精神,对独立、自主仲裁的支持。在国外,国家间相互承认和执行民商事仲裁已成为一种普遍认可的做法。这是因为参加和加入联合国《承认及执行外国仲裁裁决公约》的国家和地区已近 140 多个。民商事仲裁能够有这么多的国家和地区承认和执行,正是因为它的民间性和自主性,不涉及国家“公权力”的问题。仲裁裁决能够得到普遍认可和执行,正是自主性仲裁得到发展和取得社会公信力的重要保证,符合了民商事纠纷当事人的实际需要,也符合了发展市场经济的需要和国家的利益。

至于准司法说,我认为有以下几方面值得探讨和商榷:第一,不符合我国经贸仲裁发展的历史和《仲裁法》的基本精神。我国经贸仲裁发展的历史表明,仲裁制度是一部有别于司法而自成体系的制度,而不是司法制度的变通或补充。对这一制度,如前所述,我国《仲裁法》不仅予以认可,且以法律的形式肯定下来。仲裁机构的仲裁管辖权、仲裁庭和仲裁员的审理权(裁决权)源自于当事人的意思自治权(私权利),而非司法权或准司法权。国家只不过是为了发展市场经济的需要和国家的根本利益,对其认可,而不是直接的授权。第二,仲裁机构依法设立和根据《仲裁法》和《民事诉讼法》制定其仲裁规则以及仲裁员依法作出裁决,并不表示、也不能认定仲裁的准司法性质。因为在中国任何一个社会团体、民间机构的合法设立,及其职责和行为规范都必须根据我国有关的法律设立并遵守我国的法律。我们不能说,这些社会团体、民间机构是准司法机构,其活动是准司法活动。第三,仲裁机构(仲裁庭)依法独立行使仲裁权,其裁决具有强制执行力,如前所述,并不是它的准司法性本质的反映和印证,而恰恰是国家为了维护国家的利益,保护当事人的合法权益,促进和保障市场经济健康发展,通过法律而创设的一种对“私权利”认可的制度,并赋予其权威性。因此,我们不能把仲裁机构说成为准司法机构,也不能把仲裁员说成类似于法官,或把仲裁裁决说

成与法院判决相同或其性质一致。第四,法院对仲裁的司法监督,同样不能反映仲裁的准司法属性。这是因为,它恰恰反映了,由于仲裁的自主性(或说契约性)缺乏司法性那样的强制性权力(包括保全财产和证据、强制执行裁决等),又由于仲裁是由纠纷双方协议选择的,对第三人没有法律约束力,尤其是法院又负有维护社会公共利益和防止个别仲裁员徇私舞弊、枉法裁决的责任,因此法院根据我国《仲裁法》的规定,必须对仲裁进行监督。实际上,也可以说这是法院依法对仲裁的一种支持和协助。它并不是仲裁基本特征的反映。而且这种法院对仲裁的监督和在某些仲裁裁决的审查,随着市场经济的成熟和民商事仲裁的发展,越来越宽松。这也是现代仲裁发展的一种趋势。鉴于上述理由,我们在仲裁理论上必须摒弃准司法说,在仲裁实践中力求避免其影响。为此,提出如下建议:

1. 在总结我国《仲裁法》实施 10 年来经验的基础上,参考国际上现行的通行做法,进一步完善我国的《仲裁法》,为我国民商事仲裁(经贸仲裁)提供更加宽松的法律环境。例如,对第 45 条的修改,证据除应当在开庭时出示,当事人当庭质证外,也应当允许当事人对庭后补充的证据,进行书面质证,以体现仲裁的灵活性。再如,现行《仲裁法》对申请法院撤销仲裁裁决,或者裁定不予执行条件,不应再区分国内仲裁和涉外仲裁,应修改为只进行程序性审查。此外,我国立法机构应当加大对《仲裁法》实施的监督和检查。例如,我国《仲裁法》明确规定了仲裁委员会独立于行政机关,与行政机关没有隶属关系,据此有关行政机关不应当安排现职的行政官员去仲裁委员会兼职或主导仲裁机构的仲裁事业,干预仲裁实务。再如,行政机关不应通过种种方式强行当事人到某地方仲裁机构仲裁,或者制定地方性的“标准仲裁条款”,企图垄断某地域的仲裁,干扰当事人自主选择仲裁。让各仲裁机构在市场经济条件下,通过竞争和良好的法律服务成长壮大。

2. 最高人民法院应尽早出台有关实施现行《仲裁法》的司法解释,明确和统一各级法院对仲裁的合理和有效的监督,给予我国仲裁事业进一步蓬勃发展的有力支持。我建议,不仅在仲裁管辖上(仲裁协议的有效性上)在司法解释中应当宽松,而且在申请撤销和不予执行上应当宽严结合,对少数严重违反程序的仲裁裁决自应撤销或不予执行,而对

申请撤销和不予执行的绝大多数案件应当驳回。这样做,也可防止那些只要是败诉、只要是不满裁决的少数当事人故意寻找各种借口提出申请,干扰仲裁的正常秩序。此外,在仲裁程序上,在司法审查中不当按司法程序要求,应当考虑仲裁的特点和灵活性。

3. 大力宣传仲裁的自主性和民间性,努力克服地方保护主义色彩,更不能对地方仲裁委员会的办案数额和金额下达指标。高等院校的教材,如《仲裁法学》也应当准确地介绍仲裁的性质,不能只做有几种说法的介绍,或笼统地说,仲裁是兼具契约性、自治性、民间性和准司法性的一种争议解决方式,从而给学生一个模糊的仲裁概念,以致影响到学生将来从事司法或仲裁工作时正确处理业务。

关于仲裁的特点的提法差异不是很大。例如:“仲裁以它给当事人享有极大的自主权、程序灵活便捷、减轻讼累、费用低廉、可以自选仲裁员、保密性强、一裁终局、法律保障执行等优点”、^⑥“中国国际经济贸易仲裁委员会以其独立、公正、快速、高效的仲裁工作在国内外享有广泛的声誉”、^⑦“金融仲裁以其自愿、快捷、灵活、保密、专业、费用较低、一裁终局等优势,不失为一种解决金融纠纷的理想方式”、^⑧“仲裁是解决金融纠纷的有效方式,它具有时间短效率高(一裁终局)、成本低(没有二审程序和重复收费)、公正性强(专家审案)的特点”,^⑨等等。但是,上述仲裁的种种特点是否是并列的,有无仲裁的基本特点,或说基本特征。我认为,独立公正是仲裁的最基本的特点,其他特点不可取代。这一提法,不仅有理论上的意义,对仲裁实务也具有重要的意义。因此,有的人说:“独立公正是仲裁的生命线”。关于仲裁的独立性,我在上文仲裁的性质中已重点论述,不再重述。以下再就仲裁的公正性发表些意见。仲裁公正应当包括仲裁程序的公正和仲裁实体的公正(适用法律准确,认定事实准确,依法公平合理地作出裁决结果)。但

⑥ 见张甫旗:“中国内地人民法院对涉外仲裁的支持与监督”,载《海峡两岸经贸仲裁研讨会文集》。

⑦ 见《海峡两岸经贸仲裁研讨会文集》中关于中国国际经济贸易仲裁委员会的简介。

⑧ 见张炜:“解决金融纠纷 关注金融仲裁”,载《金融仲裁员工作手册》。

⑨ 见程美芬:“充分利用仲裁手段维护银行合法权益”,载《金融仲裁员工作手册》。

是,在仲裁实践中要做到真正公正,必须要具备下述条件:(1)要有高素质高道德境界的仲裁员。仲裁员不仅是有专业知识的专家,而且应当思想品德高尚,以高度的社会责任感,依法办案,以德律己。为此,仲裁委员会要严把聘任仲裁员关。对中、外仲裁员要认真培训,既要进行业务培训,也要进行仲裁员职业操守培训。有人提出,知识、能力和人品是仲裁员的三大支柱,缺一不可。我认为,这种观点是正确的。要向每个仲裁员反复讲清楚,现时在我国没有“非中立”的仲裁员,仲裁员不得偏袒任何一方当事人。(2)在仲裁机构内部建立起严格的监督机制,并力求落到实处,以保证办案的公正。根据仲裁员守则,对仲裁员进行严格监督;根据核阅裁决书草案规范,认真核阅裁决书草案,根据专家咨询委员会工作程序,认真提供咨询意见,确保办案和裁决书的质量。我认为,仲裁委员会内部的上述监督机制并不影响仲裁的独立公正,恰恰是保证仲裁独立公正的一项内部运作机制。因为,最终形成仲裁裁决的结果,还是由仲裁员决断的(或多数仲裁员决断的)。据我所知,目前贸仲已形成一套内部的监督机制,并已取得成效。(3)坚决抵制对仲裁立案、办案的干扰。仲裁不仅要淡化行政色彩,而且应当根除行政干预;司法监督对仲裁要采取更加灵活的做法,以保证仲裁的独立公正。在仲裁员内部,也要敢于抵制各种不良现象的侵袭。对优秀仲裁员的优秀事迹,应当大加宣扬。

本文的上述论点,正如题目所示,只是探讨而已,不正确之处,尚望指正。

我国应确立仲裁庭管辖权自裁原则

徐智庆 戴 舒

在国际商事仲裁和各国的立法与司法实践上,仲裁机构和法院均有权对仲裁协议的有效性作出认定。决定仲裁协议效力的理论依据是:仲裁机构自裁管辖说和法院决定论。

一、自裁管辖说

自裁管辖说的核心是仲裁机构本身有权对仲裁协议的效力及其是否拥有管辖权作出裁定。

自裁管辖说的理论首先来源于当事人之间的意思自治原则。依照当事人意思自治的原则,当事人以协议方式约定将其争议提交仲裁解决时,就意味着将协议项下的一切争议,包括对该协议的效力异议,提交仲裁解决。因此,当双方当事人就仲裁协议的效力发生争议时,若一方当事人将此争议提交仲裁机构,该仲裁机构就依照当事人之间的仲裁协议取得对该项争议的管辖权,并就该仲裁协议的效力作出裁定。其次,自裁管辖说还来源于各国的法律允许仲裁机构对仲裁协议的有效性作出决定。

关于仲裁机构可以分为临时仲裁机构和常设仲裁机构。临时仲裁机构就是临时仲裁庭,故仲裁机构与仲裁庭两个概念是一致的。常设仲裁机构有仲裁机构和仲裁庭两个不同概念,其功能也不一样,仲裁庭的功能是负责审理特定的仲裁案件,其使命随仲裁案件裁决的作出而结束,而仲裁机构的职责是负责整个机构的日常事务,并协助仲裁庭做些服务性的工作。但有些仲裁机构有权对仲裁协议的效力作出初步或