2011年9月

高等法院首席法官张举能

浅谈在香港特别行政区根据普通法进行调解的特色

引言

香港特别行政区沿用普通法。普通法并没有对调解作出特别规定。撇开未来可能订立之规管法例不谈，普通法基本上是从合约法的角度来理解调解的。根据合约法，调解是纠纷双方，协议透过第三者（即调解员）进行谈判，以期达致双方同意之解决纠纷协议。以调解员而言，他是参与纠纷双方订立调解协议的第三合约方，以调解员的角色，尽力帮助双方达成和解协议。若双方经调解后达成和解协议，则从合约法的角度，和解协议本身又是另一项具有法律效力的协议。

在实践方面，普通法对调解亦没有作出特别规定。换言之，调解的程序和过程极富弹性，视乎调解员的惯常做法和当事人的协议而定，这种弹性亦是调解的一大优点。

然而，不论调解的程序和过程变化有多大，也总不能偏离下列特色和要点。

调解的自愿性

首先是调解的自愿性。调解是根据纠纷双方的协议进行的。根据普通法，任何协议必须是自愿的，不能强迫，否则便可作废。原则上，调解协议亦不例外（但下文另有说明）。经调解后，双方能否达成和解协议亦必须按双方的意愿而定，不能强迫，这亦是合约法的基本精

神。《香港特别行政区基本法》第三十五条保证：香港居民有权“向法院提起诉讼”，故此，并不容许强制以调解取代争议双方的诉讼权利。

然而，这并不表示法庭在实质审理诉讼之前，便无权要求争议双方进行调解以尝试达至和解协议，若调解失败方才由法院审理。此举与宪法赋予香港市民的诉讼权利并没有抵触。同理，宪法虽然赋予香港市民诉讼权利，但并非不容许法庭采取积极手段，鼓励诉讼双方尝试通过调解达成和解协议。当中包括：若任何一方在没有合理理由的情况下，拒绝参与调解以尝试解决纠纷，则即使该方最终在诉讼中获胜，法庭亦可酌情拒绝判予该方诉讼费用（根据普通法诉讼原则，胜诉的一方一般可获判诉讼费用，由败诉的一方支付，但法庭亦可按实际情况行使酌情权另作命令）。这样的做法与双方的诉讼权利并无抵触。

换言之，虽然调解强调双方的自愿性，但在实践的层面，争议的双方往往是在法庭直接或间接命令或“鼓励”下才进行调解的。

当然，参与调解是一回事，最终能否达成和解协议又是另外一回事。就后者而言，调解必须出于自愿性的说法，在实践的层面，亦完全正确。经过调解后，双方能否达成和解协议完全取决于双方之意愿，无论是法庭、调解员或其他第三者均无权、亦不应施予任何压力。就法庭而言，只要双方（按法庭的命令或鼓励）进行调解，他们能否藉调解达成和解协议，法庭不会深究。即使争议一方指称对方在调解过程中并没有尽力尝试达成和解协议或不合理地拒绝接受和解提议，法庭

亦不会受理。从合约法的角度，无论是通过调解或者其他方式达成的和解协议，均须出于自愿，当中并不存在合理或不合理的问题。此外，法庭亦不愿意卷入是否有任何一方在调解过程中，不合理地拒绝和解的争议，当中一个重要原因就是调解的保密性。

调解的保密性和不损害权责性

调解的保密性和不损害权责性是在普通法原则下调解的第二个重要因素和特色。

从合约法的角度来看，调解协议的一个重要明文或暗示条款乃是调解过程和内容必须完全保密。除非获争议双方同意，否则无论是任何一方或调解员均不能向外透露调解的过程和内容。如有违反，任何一方均可向法庭申请强制令，禁止披露有关过程或内容。

基于这个考虑，调解都是私下进行的。同理，传媒亦不能就调解过程和内容作出任何报导。这与诉讼完全不同（根据《香港人权法》第十条之规定，市民有接受公正公开审问的权利，新闻界亦有旁听和报导审判程序之自由。）

调解的过程和内容不单保密，争议双方在调解中透露的任何与案有关的事情，以至所作出的任何提议，均以不损害其法律权责为原则（without prejudice）。换言之，除非争议双方同意，否则任何一方均不可在日后向法庭或任何其他人披露己方或对方在早前的调解过程中

所透露的事情或作出的提议，以期在法律诉讼中影响对方的权责。这样的限制不单对争议双方有约束力，对调解员亦同样有约束力。

以上的原则让双方能在调解过程中畅所欲言，毫无顾忌和毫不保留地向调解员，甚至向对方展示己方案情的强弱，此点至为重要。在调解过程中，能坦诚探讨案情的强弱和表白心中顾虑，是达成和解协议的重要原素。

上述保密和不损害法律权责的原则，并不适用于双方经调解后所达成的和解协议，这是唯一例外。如前述，从合约法角度，和解协议本身是另外一项协议，与进行调解的协议不同。和解协议可否公开，必须以双方曾否就协议保密方面达成协议为依归。至于权责，按性质而论，和解协议本身是解决双方之前纠纷的协议，故不存在有否影响双方法律权责的问题。再者，和解协议具有法律效力和约束力。若一方违反和解协议的条款，受害一方可向法庭提出诉讼，要求强制执行或赔偿。

调解员的中立性

调解的第三个重点乃是调解员必须保持中立，对争议双方毫无偏袒，亦独立于争议双方。调解员必须与双方之争议事项或结果毫无利害关系。这也是调解协议的一个极其重要的明文或暗示条款。

争议双方或会找一名对争议事项有专门或专业知识的人士担任调解员，以方便进行调解，如此安排，理所当然。无论调解员的专业知识

或经历何其丰富，他亦不能偏袒任何一方，或就双方争议之事情作出任何专业“判决”。在调解过程中，调解员并不扮演法庭的角色。调解员绝不应因某一方不接受其和解意见，而在调解过程中“刁难”该方。

调解员的角色，是积极帮助争议双方探讨和达成和解的协议。调解员必须帮助双方扩阔视野，重估各自的情况，以及所面对的风险和机会，并帮助他们考虑各种可能有助解决双方争议事项的方法。一位干练的调解员会运用其谈判和专业的经验、技巧和策略来帮助双方进行有成效的谈判，帮助他们集中注意力，探讨和达成双方均可接受的和解协议。

在整个过程中，调解员必须保持中立、独立和不偏不倚。

争议双方才是主角

调解的第四个重点乃是争议双方才是调解过程的真正主人翁，调解的结果如何，概由双方自行决定。这和诉讼完全不同。以诉讼而言，诉讼的程序、实质法律的要求、律师的专业陈词、法庭的判决，主宰了诉讼的结果。诉讼当事人往往只是从旁协助，担当配角，甚至只是旁观者。在调解过程中，接受调解的当事人才是真正的主角。无论是单独与调解员会面或双方在调解员面前进行直接谈判，争议双方才是主角。

如前述，调解员的角色是帮助争议双方，积极主动和有创意地去探讨，谋求达至双方均可接受的和解协议。和解的内容并不须按法律要求而定，亦不局限于法律就有关争议所能提供之济助。和解内容可包罗万有，当中可包括不同的方法来解决过去之争端，处理目前的困难和订定将来之关系和合作，凡此种种均需争议双方积极参与才能达致。调解员角色的重要性在于鼓励争议双方主动投入调解过程，谋求和解。

争议双方的主导角色亦在调解安排和过程中，显露无遗。双方可自行选择调解的时间、地点，以至调解员的人选，这亦与法庭诉讼完全不同。

最后亦是最重要的，是经过调解后，双方能否达成和解协议，以至和解协议的内容如何，均完全取决于双方之意愿，无论是调解员或任何第三者均不能、亦不应施以任何压力。这亦与诉讼完全不同，当中尤须注意的，是调解员并不扮演法庭的角色，他必须将最后决定权留交争议当事人和他的团队。调解员必须保持中立、独立和不偏不倚。

同理，草拟和签署和解协议基本上亦是争议双方的责任和权利，完全出于自愿，不能强迫。

总结

随着实践经验的累积和成文法的订立，调解在解决纠纷所发挥的作用，定必日趋重要。同时基于在香港特别行政区所实施的普通法，上

述的多个调解的特色和重点将不会改变，这亦正是调解作为解决纷争的一种方法所具备的优点和吸引之处。