**2011年9月**

**终审法院常任法官陈兆恺**

# 香港调解机制的发展与前瞻

## 前言

以调解来解决纠纷，在中国已有几千年的历史。这与中华民族的文化很有渊源，与中国人以和为贵的处事态度有关。很多中外学者（如：中国人民大学法学院名誉院长曾宪义教授<关于中国传统调解制度的若干问题研究>；美国的Jeremy Cohen <Chinese Mediation on the Eve of Modernization (1966) 54 California Law Review>）都认为中国调解的文化来自孔子的哲学。在西方，特别是普通法地区（包括香港），由于历史和文化背景有异，对采用调解的原因和目的，都与中国的有所不同。有关两岸四地调解机制的来源和历史，法理基础，运作情况和未来发展，在这次研讨会上各位专家和讲者都会有详尽和深入的探讨。

## 香港的普通法制度

东方的文化注重政治安定，社会和谐，通过协商处理纷争。而西方的文化则着重西方式民主和个人权利，以辩论和对质解决问题，法庭被视为保障自由和权利的机关。

香港自1842年成为英国殖民地以来便采用普通法。法律是解决纠纷的工具，法院是裁定谁是谁非、谁胜谁负的地方，诉讼是主要解决问题的方法。可惜，普通法制度里，诉讼是采取对抗的方式，并且着重程序，条文复杂而不易为一般市民了解，诉讼费用昂贵至连很多中产人

士都会望而却步，案件又处理需时，往往拖上好几年，如非庭外和解结案，最终可能斗至你死我活，甚至两败俱伤，得不偿失。

**另类解决纠纷方法**

因此，自1970/80年代开始，欧美的普通法地区开始发觉，需要积极寻求一些较好，较快，较省钱，又免伤和气的方法去解决纠纷，以代替法律诉讼。起初，由于调解还未有明确的定义，所采用的程序也没有一致的方法，所以效果不如理想，未能获得普遍的接受。经过多年来的推动，各有关方面取得经验，调解受到较多进行法律诉讼、或欲提出诉讼程序的人士，尤其是一些商业机构所认同，逐渐成为风气。

普通法制度下的调解机制，从司法机构的角度来看，是要减轻法院的工作压力；从诉讼双方的观点来看，是要减低诉讼所带来的风险；换句话说，调解是「另类解决纠纷的方法」之一(Alternative Dispute Resolution)。当然，如果调解能够成功，可以避免复杂、昂贵、费时、费神的诉讼，有利于建立更和谐的社会，巩固香港成为国际金融商业中心的地位。

**香港调解的特色**

香港的调解文化来自英国、澳洲、新西兰、美国和加拿大等普通法地区，于1980年代（即三十年前）开始推行。在很多方面，以试办形式开始，有成绩以后便继续全面推行；其中以建筑业、家事和商业纠纷为主，逐渐推广至大厦管理、社区纠纷等等。

在香港，调解的程序就是：争议双方同意，由第三者(即调解员)协调，进行谈判，以达致解决纠纷的协议。这个协议的内容，不限于双方诉讼中所提出的要求。

由于在概念上和原则上与中国的调解文化有所不同，香港的调解机制有几点重要的特色：

第一，作为一种「另类解决纠纷的方法」，调解必须是自愿的，就是双方都同意试图以调解方式解决纠纷，也知道不一定成功。在香港，调解不能是强迫性，是由于基本法和人权法的规定，任何人都有向法院提出诉讼的权利。因此，不能因为他拒绝进行调解便不批准他向法院提出诉讼。不过，在后来他所提出的诉讼中，法庭会考虑他的不合理和不合作的态度，来决定有关诉讼费用的问题，例如：胜方是否应获得讼费，或败方是否需负担全部费用等。

第二，如果调解未能成功，双方最终还须对簿公堂时，调解过程和所提供的资料，必须保密，不能公开，也不能在诉讼中拿来应用。负责调解的调解员不能充当法官审理这宗案件。主要原因是，在调解过程中，某一方或会向调解员提供一些对自己不利的资料，或为什么愿意接受调解的原因。如果调解员后来成为处理和裁决是非对错的法官，便会引起不信任或有不公正的猜想。因此，调解员与法官同是一人，在着重程序公正的普通法制度里，是不适合的。

第三，调解是以协调(facilitative)而不是以评估(evaluative) 的方式进行。就是调解员是促进双方沟通和谈判，鼓励他们以未来长远利益为考虑因素，而不是处理过去谁是谁非，或评估如果把纠纷诉诸法庭时胜算机会有多大。因此，调解员很少会向双方提供法律意见，（其实他们通常已有律师代表并已取得一些法律意见）。

可见，调解服务可以让诉讼双方有机会节省时间和金钱，减少风险，维护尊严，减轻压力和维系关系。

**调解在香港的发展**

自1984年，香港政府开始推动调解。这是与当时一些大型基建工程，包括兴建新机场核心工程等所引起的纠纷有关。有些专业团体如建筑界，工程界及主办调解的机构也有参与。在1980年代末期，一些社会福利志愿团体，在家事纠纷中，鼓励当事人参与调解，以解决家庭及子女的纷争。2000年，当时的终审法院首席法官在每年举办的新法律年度开启典礼中致词时，亦有积极加以推动，并于2000年在家事法庭设办「调解统筹主任办事处」试行自愿调解计划，为期3年。其后，司法机构的「民事司法制度改革工作小组」在其2004年报告中亦建议设立调解机制，在民事诉讼中，协助诉讼双方进行调解。在2007-2008年特区行政长官的施政报告中，也提倡调解服务以消除纷争，建立更和谐社会。2008年初，成立以律政司司长为首的「调解工作小组」，检视和研究在香港推广调解服务中至为关键的重要课题，并作出建议。该委员会于2010年2月的报告中提出48项建议，较主要的建议包括：

（一） 订定有关法例（如＜调解条例＞）以阐明和解释调解服务的目标和基本原则，制定调解程序和相关法例，及强制执行通过调解达成的和解协议的法定机制；

（二） 扩展调解服务至更多范畴，如工业、商业、社区、医疗、保险、金融等；并鼓励培训更多合资格的调解员；

（三） 推广调解服务和有关调解的公众教育，使社会各界，尤其是青少年对调解能有更多的了解和认同，使达到解决纷争的同时，更可促进和谐社会。

在香港，目前调解服务较为普遍的范畴有以下几种：－

（一） 建筑调解 － 1984 年，香港政府推出试验调解计划，由香港工程学会管理以解决有关工程争议。在一些大型基建工程的合约中加上条款，订明所有工程争议必须进行调解，如无结果才可诉诸仲裁或法律诉讼。1992 年政府推行建筑调解规则。其后 2006 年 9 月，司法机构试办建筑调解计划，为期 2 年。2009 年 4 月，民事司法制度改革推出就建筑及仲裁案件自愿调解规则（实务指示 6.1）。2007 年 8 月，香港仲裁学会更推行低值建筑工程纠纷调解服务，到 2009 年 11 月正式成为建筑纠纷调解计划；

（二） 家事调解 — 1980 年末期，香港家庭福利会和香港天主教婚姻辅导会相继推行有关家事纠纷调解服务。2000 年 5 月司法机构于家事法庭设立「调解统筹主任办事处」以处理家事纠纷的调解，试办 3 年。2003 年 3 月，法律改革委员会建议提供调解服务作为家事法庭的非强迫性程序。2003 年 5 月司法机构将「调解统筹主任办事处」转为提供长期服务，依实务指示（PD15.10）处理所有家事纠纷调解。政府更于 2005 年向家事调解服务提供法律援助；

（三） 商业调解 — 于中国第 11 个 5 年计划及香港的发展所举办的经济高峰会议后，香港政府提出建议，并于 2007 年 7 月设立调解计划，为期至 2008 年 12 月，为商业纠纷提供服务，以协助双方协商及达成和解；

（四） 其他调解 — 除上述的范畴外，政府和司法机构更在保险业务、大厦管理、意外伤亡赔偿及社区关系的范畴上，所产生的纷争试办调解服务。

**调解在香港的展望**

调解经过30多年的发展，逐渐成为世界趋势。香港也随着大形势大方向逐步发展。就应用调解服务方面，中国内地、台湾和澳门的发展较香港成熟，值得我们借鉴。无论是基于中国传统文化，或西方普通法制度的需要推行调解服务，设立调解机制都会对社会的稳定、和谐及

发展产生积极和正面的影响。在香港，各类的调解服务将会更加普遍和更为人接受。