

2011年9月
高等法院首席法官張舉能
淺談在香港特別行政區根據普通法進行調解的特色

引言

香港特別行政區沿用普通法。普通法並沒有對調解作出特別規定。撇開未來可能訂立之規管法例不談，普通法基本上是從合約法的角度來理解調解的。根據合約法，調解是糾紛雙方，協議透過第三者（即調解員）進行談判，以期達致雙方同意之解決糾紛協議。以調解員而言，他是參與糾紛雙方訂立調解協議的第三合約方，以調解員的角色，盡力幫助雙方達成和解協議。若雙方經調解後達成和解協議，則從合約法的角度，和解協議本身又是另一項具有法律效力的協議。

在實踐方面，普通法對調解亦沒有作出特別規定。換言之，調解的程序和過程極富彈性，視乎調解員的慣常做法和當事人的協議而定，這種彈性亦是調解的一大優點。

然而，不論調解的程序和過程變化有多大，也總不能偏離下列特色和要點。

調解的自願性

首先是調解的自願性。調解是根據糾紛雙方的協議進行的。根據普通法，任何協議必須是自願的，不能強迫，否則便可作廢。原則上，調解協議亦不例外（但下文另有說明）。經調解後，雙方能否達成和解協議亦必須按雙方的意願而定，不能強迫，這亦是合約法的基本精

神。《香港特別行政區基本法》第三十五條保證：香港居民有權“向法院提起訴訟”，故此，並不容許強制以調解取代爭議雙方的訴訟權利。

然而，這並不表示法庭在實質審理訴訟之前，便無權要求爭議雙方進行調解以嘗試達至和解協議，若調解失敗方才由法院審理。此舉與憲法賦予香港市民的訴訟權利並沒有牴觸。同理，憲法雖然賦予香港市民訴訟權利，但並非不容許法庭採取積極手段，鼓勵訴訟雙方嘗試通過調解達成和解協議。當中包括：若任何一方在沒有合理理由的情況下，拒絕參與調解以嘗試解決糾紛，則即使該方最終在訴訟中獲勝，法庭亦可酌情拒絕判予該方訴訟費用（根據普通法訴訟原則，勝訴的一方一般可獲判訴訟費用，由敗訴的一方支付，但法庭亦可按實際情況行使酌情權另作命令）。這樣的做法與雙方的訴訟權利並無牴觸。

換言之，雖然調解強調雙方的自願性，但在實踐的層面，爭議的雙方往往是在法庭直接或間接命令或“鼓勵”下才進行調解的。

當然，參與調解是一回事，最終能否達成和解協議又是另外一回事。就後者而言，調解必須出於自願性的說法，在實踐的層面，亦完全正確。經過調解後，雙方能否達成和解協議完全取決於雙方之意願，無論是法庭、調解員或其他第三者均無權、亦不應施予任何壓力。就法庭而言，只要雙方（按法庭的命令或鼓勵）進行調解，他們能否藉調解達成和解協議，法庭不會深究。即使爭議一方指稱對方在調解過程中並沒有盡力嘗試達成和解協議或不合理地拒絕接受和解提議，法庭

亦不會受理。從合約法的角度，無論是通過調解或者其他方式達成的和解協議，均須出於自願，當中並不存在合理或不合理的問題。此外，法庭亦不願意捲入是否有任何一方在調解過程中，不合理地拒絕和解的爭議，當中一個重要原因就是調解的保密性。

調解的保密性和不損害權責性

調解的保密性和不損害權責性是在普通法原則下調解的第二個重要因素和特色。

從合約法的角度來看，調解協議的一個重要明文或暗示條款乃是調解過程和內容必須完全保密。除非獲爭議雙方同意，否則無論是任何一方或調解員均不能向外透露調解的過程和內容。如有違反，任何一方均可向法庭申請強制令，禁止披露有關過程或內容。

基於這個考慮，調解都是私下進行的。同理，傳媒亦不能就調解過程和內容作出任何報導。這與訴訟完全不同（根據《香港人權法》第十條之規定，市民有接受公正公開審問的權利，新聞界亦有旁聽和報導審判程序之自由。）

調解的過程和內容不單保密，爭議雙方在調解中透露的任何與案有關的事情，以至所作出的任何提議，均以不損害其法律權責為原則（without prejudice）。換言之，除非爭議雙方同意，否則任何一方均不可在日後向法庭或任何其他人披露己方或對方在早前的調解過程中

所透露的事情或作出的提議，以期在法律訴訟中影響對方的權責。這樣的限制不單對爭議雙方有約束力，對調解員亦同樣有約束力。

以上的原則讓雙方能在調解過程中暢所欲言，毫無顧忌和毫不保留地向調解員，甚至向對方展示己方案情的強弱，此點至為重要。在調解過程中，能坦誠探討案情的強弱和表白心中顧慮，是達成和解協議的重要原素。

上述保密和不損害法律權責的原則，並不適用於雙方經調解後所達成的和解協議，這是唯一例外。如前述，從合約法角度，和解協議本身是另外一項協議，與進行調解的協議不同。和解協議可否公開，必須以雙方曾否就協議保密方面達成協議為依歸。至於權責，按性質而論，和解協議本身是解決雙方之前糾紛的協議，故不存在有否影響雙方法律權責的問題。再者，和解協議具有法律效力和約束力。若一方違反和解協議的條款，受害一方可向法庭提出訴訟，要求強制執行或賠償。

調解員的中立性

調解的第三個重點乃是調解員必須保持中立，對爭議雙方毫無偏袒，亦獨立於爭議雙方。調解員必須與雙方之爭議事項或結果毫無利害關係。這也是調解協議的一個極其重要的明文或暗示條款。

爭議雙方或會找一名對爭議事項有專門或專業知識的人士擔任調解員，以方便進行調解，如此安排，理所當然。無論調解員的專業知識

或經歷何其豐富，他亦不能偏袒任何一方，或就雙方爭議之事情作出任何專業“判決”。在調解過程中，調解員並不扮演法庭的角色。調解員絕不應因某一方不接受其和解意見，而在調解過程中“刁難”該方。

調解員的角色，是積極幫助爭議雙方探討和達成和解的協議。調解員必須幫助雙方擴闊視野，重估各自的情況，以及所面對的風險和機會，並幫助他們考慮各種可能有助解決雙方爭議事項的方法。一位幹練的調解員會運用其談判和專業的經驗、技巧和策略來幫助雙方進行有成效的談判，幫助他們集中注意力，探討和達成雙方均可接受的和解協議。

在整個過程中，調解員必須保持中立、獨立和不偏不倚。

爭議雙方才是主角

調解的第四個重點乃是爭議雙方才是調解過程的真正主人翁，調解的結果如何，概由雙方自行決定。這和訴訟完全不同。以訴訟而言，訴訟的程序、實質法律的要求、律師的專業陳詞、法庭的判決，主宰了訴訟的結果。訴訟當事人往往只是從旁協助，擔當配角，甚至只是旁觀者。在調解過程中，接受調解的當事人才是真正的主角。無論是單獨與調解員會面或雙方在調解員面前進行直接談判，爭議雙方才是主角。

如前述，調解員的角色是幫助爭議雙方，積極主動和有創意地去探討，謀求達至雙方均可接受的和解協議。和解的內容並不須按法律要求而定，亦不局限於法律就有關爭議所能提供之濟助。和解內容可包羅萬有，當中可包括不同的方法來解決過去之爭端，處理目前的困難和訂定將來之關係和合作，凡此種種均需爭議雙方積極參與才能達致。調解員角色的重要性在於鼓勵爭議雙方主動投入調解過程，謀求和解。

爭議雙方的主導角色亦在調解安排和過程中，顯露無遺。雙方可自行選擇調解的時間、地點，以至調解員的人選，這亦與法庭訴訟完全不同。

最後亦是最重要的，是經過調解後，雙方能否達成和解協議，以至和解協議的內容如何，均完全取決於雙方之意願，無論是調解員或任何第三者均不能、亦不應施以任何壓力。這亦與訴訟完全不同，當中尤須注意的，是調解員並不扮演法庭的角色，他必須將最後決定權留交爭議當事人和他的團隊。調解員必須保持中立、獨立和不偏不倚。

同理，草擬和簽署和解協議基本上亦是爭議雙方的責任和權利，完全出於自願，不能強迫。

總結

隨著實踐經驗的累積和成文法的訂立，調解在解決糾紛所發揮的作用，定必日趨重要。同時基於在香港特別行政區所實施的普通法，上

述的多個調解的特色和重點將不會改變，這亦正是調解作為解決紛爭的一種方法所具備的優點和吸引之處。