

**(1) 根據條例草案第 32(1)條
由香港國際仲裁中心委任調解員**

及

**(2) 調解工作小組報告及
對條例草案第 32、103 及 104 條的建議修訂**

I. 引言

議員在 2009 年 12 月 3 日舉行的立法會法案委員會會議上，因應香港和解中心於 2009 年 7 月 17 日的函件(立法會 CB(2)2303/08-09(01)號文件)中提出的意見，要求政府當局解釋建議由香港國際仲裁中心根據條例草案第 32(1)條委任調解員的理據，本文件現就此作出回應。本文件亦因應律政司司長領導的調解工作小組最近就調解員豁免權提出的建議，列出對條例草案第 32、103 及 104 條的建議修訂。

II. 根據條例草案第 32(1)條由香港國際仲裁中心委任調解員

2. 香港和解中心於 2009 年 7 月 17 日的函件(立法會 CB(2)2303/08-09(01)號文件)中建議，當局應賦權該中心根據條例草案第 32(1)條委任調解員。

3. 政府當局認為不宜授權多於一個機構根據條例草案第 32(1)條委任調解員。條例草案第 32(1)條所載委任調解員的權力會是最後採用的辦法，並且只會在各方之間訂有書面*仲裁協議*的情況下才運用。這項權力只可在仲裁協議授權第三者委任調解員而該第三者未有妥為作出委任的情況下行使。由於根據這條款委任調解員的權力來自仲裁協議，我們認為此後備的委任權力應由香港國際仲裁中心

行使，這與條例草案第 24(2)條賦予香港國際仲裁中心在一方未有根據仲裁協議條款作出所需委任時委任仲裁員的類似權力一致。至於根據獨立的調解協議作出委任的後備權限，可由調解工作小組在香港發展調解服務的整體架構下予以處理。

III. 調解工作小組報告及對條例草案第 32、103 及 104 條的建議修訂

4. 由律政司司長擔任主席的調解工作小組(“工作小組”)在 2008 年初成立，並在 2010 年 2 月發表報告(“《2010 年報告》”)。

5. 《2010 年報告》第 7.141 至 7.173 段討論調解員豁免權此議題。工作小組研究了有關賦予調解員豁免權的正反論據，並指出是否給予調解員免被民事起訴的豁免權此議題具爭議性。工作小組認為調解員不應享有法定的豁免權。在香港進行的調解最普遍的是斡旋性質的調解，調解員不會執行任何司法職能。因此，法官和仲裁員享有豁免權的基本理據並不適用。

6. 根據海外經驗來看，調解員被起訴的機會很微。此外，調解員可在委任合約內加入適當條文或自行購買保險，就被起訴的風險取得保障。工作小組雖然不建議給予這種豁免權，但認為可能適宜給予局部豁免權，特別是就義務調解或社區調解而言(見工作小組建議 39)。

7. 工作小組在《2010 年報告》第 7.167 段提述條例草案第 103 條(即仲裁庭或調解員只須為不誠實的作為或不作為負上責任)，並(在第 7.173 段)表示，為了保持一致，並基於工作小組就調解員豁免權此概括議題的討論，可能適宜對條例草案第 103 條作進一步的考慮。工作小組特別提出一個問題，就是條例草案第 103 條賦予的豁免權是否只適用於仲裁員按照條例草案第 33 條擔任調解員的情況，還是所有調解員都享有該豁免權(不論該調解員是否亦擔任仲裁員)。工作小組提出疑問，如果條例草案第 103 條賦予的豁免權只適

用於仲裁員擔任調解員的情況，條例草案第 103 條的字眼是否應該作出適當修訂。

8. 我們的見解是，第 32 和第 33 條分別設想兩個不同的情況。第 32 條第(1)和第(2)款所處理的，是在有書面協議規定由第三者委任調解員而該第三者沒有行事的情況下，由香港國際仲裁中心委任調解員的情況。假如任何書面協議規定委任調解員，並規定在有關爭議未能藉調解來解決時由該名獲如此委任為調解員的人出任仲裁員的話，第 32 條第(3)款便適用於這情況。在這情況下，各方不可反對該調解員出任仲裁員。換言之，根據第 32 條第(3)款，調解先於仲裁。我們相信這條文可發揮鼓勵各方在展開仲裁程序前先嘗試進行調解的正面作用。

9. 第 33 條則處理不同的情況。各方事前可能沒有訂立調解協議。在仲裁程序展開之後，各方可隨時以書面同意由仲裁員出任調解員，仲裁程序將隨之而擱置。如調解工作沒有成效，仲裁程序便會恢復，而各方不可純粹因該仲裁員曾出任調解員而反對他出任仲裁員。在第 32 和第 33 條所涉及的兩個情況中，調解程序均在仲裁協議的框架下進行。

10. 鑑於上述討論，並為免影響工作小組就調解員豁免權此議題所進行的諮詢程序，政府當局建議第 103 條(即仲裁庭或調解員只須為不誠實的作為及不作為負上法律責任)應適用於根據第 32 和第 33 條在仲裁協議框架下進行的調解程序。與此同時，應釐清就調解而言，第 104 條(即委任人及管理人只須為不誠實的作為及不作為負上法律責任)只應適用於第 32 和第 33 條所訂明的情況。

11. 總括來說，政府當局認為，應清楚訂明就調解而言，第 103 和第 104 條只適用於第 32 和第 33 條所訂明的情況，從而使條例草案第 103 和第 104 條中調解員可享有的豁免權局限於在仲裁協議框架下所進行的調解程序。

12. 政府當局會建議對條例草案第 103 和第 104 條作出修訂如下：

**103. 仲裁庭或調解員須為某些作為及
不作為負上法律責任**

(1) 仲裁庭或調解員在法律上，須為 —

- (a) 該仲裁庭或調解員；或
- (b) 該仲裁庭的僱員或代理人，或該調解員的僱員或代理人，在行使或執行(或在宣稱行使或執行)該仲裁庭的仲裁職能或該調解員的職能方面作出或不作出的作為，負上法律責任，但只有在證明該作為是不誠實地作出或該不作為是不誠實的情況下，該仲裁庭或調解員方須如此負上法律責任。

(2) 仲裁庭的僱員或代理人，或調解員的僱員或代理人，在法律上，須為其在行使或執行(或在宣稱行使或執行)該仲裁庭的仲裁職能或該調解員的職能方面作出或不作出的作為，負上法律責任，但只有在證明該作為是不誠實地作出或該不作為是不誠實的情況下，該僱員或代理人方須如此負上法律責任。

(3) 在本條中，“調解員”(mediator)指根據第32條委任的或第33條所提述的調解員。

**104. 委任人及管理人只須為某些作為及
不作為負上法律責任**

(1) 凡任何人 —

- (a) 委任任何仲裁庭或調解員；或
- (b) 行使或執行與仲裁程序或調解程序相關連、並具行政性質的任何其他職能，

則該人在法律上，須為在行使或執行(或在宣稱行使或執行)該職能方面作出或不作出的作為所造成的後果，負上法律責任，但只有在證明該作為是不誠實地作出或該不作為是不誠實的情況下，該人方須如此負上法律責任。

(2) 凡任何作為是 —

- (a) 由仲裁程序或調解程序的一方；或

(b) 由該方的法律代表或顧問，

在行使或執行(或在宣稱行使或執行)與該程序相關連、並具行政性質的任何職能方面作出或不作出的，則第(1)款不適用於該作為。

(3) 凡任何人的僱員或代理人作出或不作出第(1)款所提述的作為，則該僱員或代理人在法律上，須為該作為或該不作為所造成的後果，負上法律責任，但只有在證明有以下情況下，該僱員或代理人方須如此負上法律責任 —

(a) 該作為是不誠實地作出的，或該不作為是不誠實的；而

(b) 該僱員或代理人參與該項不誠實的作為或不作為。

(4) 第(1)款所提述的人或該人的僱員或代理人，不得只因他行使或執行該款所提述的任何職能，而在法律上為 —

(a) 有關的仲裁庭或調解員；或

(b) 該仲裁庭的僱員或代理人，或該調解員的僱員或代理人，

在行使或執行(或在宣稱行使或執行)該仲裁庭的仲裁職能或該調解員的職能方面作出或不作出的作為所造成的後果，負上法律責任。

(5) 在本條中，~~“委任”(appoint)包括提名和指定。~~
中 —

(a) “委任”(appoint)包括指名和指定；及

(b) “調解員”(mediator)的涵義與第 103(3)條中該詞的涵義相同，而
“調解程序”(mediation proceedings)須據此解釋。

13. 此外，為清楚說明條例草案第 32 條只適用於仲裁協議所規定的調解員的委任，我們建議修訂第 32 條，以釐清該條是指“仲裁協議”而非“書面協議”，有關修訂如下：

32. 調解員的委任

(1) 如 —

(a) ~~任何書面協議仲裁協議~~規定由並非協議一方的人委任調解員；而

(b) 該人 —

(i) 拒絕作出該項委任；或

(ii) 未有在仲裁協議指明的時間內作出該項委任，或（如協議並無指明時間）未有在任何一方提出作出該項委任的請求後的一段合理時間內作出該項委任，

則香港國際仲裁中心可應任何一方的申請，委任調解員。

(2) 任何人不得針對香港國際仲裁中心根據第(1)款作出的委任提出上訴。

(3) 如任何書面協議仲裁協議規定委任調解員，並進一步規定，倘在調解程序中未能夠達成各方接受的和解，即由該名獲如此委任為調解員的人出任仲裁員 —

(a) 則不可僅以該人先前曾在關乎提交仲裁的爭議的某些或全部事宜相關連的情況下出任調解員為理由，而反對該人出任仲裁員，或反對由該人進行仲裁程序；或

(b) 如該人拒絕出任仲裁員，則除非書面協議仲裁協議另有表明，否則任何其他獲委任為仲裁員的人無須先行出任調解員。

律政司

2010年5月

#354498v2