

香港常用施工合同的两难处

2004 年 3 月

作者

邓琪祥先生
顾问公司董事

公司

邓琪祥顾问有限公司

工料测量师，建设工程造价及合同顾问
香港跑马地摩利臣山道 70-74 号凯利商业大厦 7 楼 C 室
电话：(852) 2866-6451 传真：(852) 2865-4751
公司电邮：kctcl@kctang.com.hk
私人电邮：kctang@kctang.com.hk

简历

邓琪祥先生乃英国特许工料测量师(1981)、香港测量师学会会员(1984) 资深会员(2003)、注册专业测量师，有 27 年以上的专业工料测量工作经验，对内地的工程亦较有经验，属于香港同行中参与中国大陆工程先驱之一。邓琪祥先生于 1995 年 2 月成立自己的顾问公司。

关键词

施工承包合同 - 设计责任 - 口头指示 - 工程量清单 - 误期赔偿 - 工程延误 - 申索期限 - 分包关系 - 工程款 - 履约保证 - 拖欠工资

目录

1. 前言
2. 传统的设计责任
3. 设计责任的转移
4. 设计责任分割的矛盾
5. 招标文件的设计规定
6. 含设计的施工合同的招标
7. 口头指示
8. 工程量清单的错误责任
9. 误期赔偿率的高低
10. 工程延误的处理流程
11. 申索通知期限的约束
12. 申索审批期限的缺乏
13. 专业分包
14. 指定分包的设计责任
15. 分包工程款的支付
16. 收到才付
17. 总包对分包的管理配合
18. 指定分包的延误责任
19. 误期赔偿对分包的影响
20. 分包误期赔偿率能否与分包价挂钩
21. 指定分包被终止合同的责任
22. 指定分包安排以外的选择
23. 履约保证
24. 拖欠工人工资
25. 结语

简称

建设方	=	建设单位、业主
发包方	=	承包合同的甲方、付款方
总承	=	总承包方
分包	=	分包方
指定分包	=	指定分包方

1. 前言

- 1.1 施工合同的条款要严还是要松？对发包方来说，当然是要严，对承包方来说，当然是要松。是否写得辛辣便好呢？凡事都有代价，太严或太松都各有利弊。对编标者来说，必会遇到进退两难，难于但要作出取舍的情况。
- 1.2 香港使用正规的施工合同条件最少有 35 年（香港现行的私人工程标准合同条件的第一版于 1968 年发行，政府的工程的标准合同条件的早期版本可追溯到 1971 年甚或较早）。大中型的工程项目都采用这两份标准合同条件或其变体。通过使用这两份合同，行内已对合同的关系和原则建立了某些定律和习惯。
- 1.3 香港实行普通法，其法律规定乃按照案例累积而成，而案例乃就双方争议的问题按个别合同的规定而判断。法庭判断时会独立检视合同条件的文字及其合理能推断出的含意而作出解释，此解释未必与原合同草拟者的原意一致。
- 1.4 普通法有个守则，若果文件的文字所表达的意思含糊，在解释其含意时，法庭会倾向于以不利于文件草拟者的角度去解释。
- 1.5 既然两份标准合同条件获得普遍采用，按此而建立的案例自然较多，渐渐地标准合同条件的解释亦受已定的案例约束。
- 1.6 通过多年的实践，虽然没有一套成文的合同法，但已有一套牢固的普通法合同制度及案例，因此，标准合同所描述的合同关系是不能随意变更的。
- 1.7 正因为这牢固的关系，有一些不太理想的情形出现了，亦不能随意更改。
- 1.8 本文旨在举出香港施工合同的一些两难处，希望对内地发展示范合同文件或编标编合同时，有些借鉴的作用。

2. 传统的设计责任

- 2.1 香港一般市民家庭式或小店铺的装修都是由装修公司包设计及施工的形式进行。正规的建造工程则会聘用设计单位(建筑师、结构工程师和机电工程师)设计、承包方施工。一般的工程标准合同条件内，并没有要求承包方需要负上设计责任。
- 2.2 内地的工程基本上亦是要求承包方按设计单位的设计施工，施工图亦是由是设计单位负责。

3. 设计责任的转移

- 3.1 随着材料产品种类的多样化、组件及系统设计的专门化、承包方专有技术及施工机械的差异，单由设计单位提供完整而具体的设计变得越来越不可能。现时，设计单位的图纸只会描绘设计的系统关系、布置、外观及主要用料，另在工料规范说明功能要求，具体的设计则由专业的承包方承担。基础桩、钢结构、预制部件、铝门窗、玻璃幕墙、机电工程、装潢细部、等等都是例子。
- 3.2 此外，建设方觉得设计单位采用的设计预留系数过高、建设方不愿意承担土质影响设计的风险、建设方想有更有创意或更经济的设计时，便会把不太专门的工程部份甚至整个工程交由承包方包设计及施工。
- 3.3 亦有因节省工期、或外判工作减少自聘人手的政策而采用包设计及施工的模式。

4. 设计责任分割的矛盾

- 4.1 承包方提供部份或全部设计的安排，有时会产生矛盾，特别是承包方的承包价是包干性质。
- 4.2 若承包方的承包价是包干性质的，可能会发生下列的情况：
- (a) 承包方在满足设计意图及功能要求的基本后，会尽量减低设计预留系数、减低用料的质量及数量。这自然较难取得设计单位的认同，若工料规范的用料及功能要求不清楚时，便会引起双方对承包方的设计是否达标的争议。
 - (b) 设计单位往往在审批承包方的设计时，才对他自己的原设计意图深入检讨，容易会加入新的想法意念，提出要求，跟着便引起这些要求是在原承包价范围内或是争减帐的争议。
 - (c) 原设计单位的设计可能不太可行，承包方在投标时没有提出，在中标后才提出修改。例如原方案设计容许的建筑造型尺寸太小，结构上不可行。设计单位会认为承包方在投标时应已预计这情况的发生；若承包方认为不可行，应在投标时提出，否则他的价格应已包括解决此问题的费用；现在才修改设计方案会破坏美观及原设计意图，所以不能接受。承包方会提出，在投标时不可能对较微细的部份都复核其可行性，况且投标时提出异议会遭废标，故只能在中标后审批图纸阶段才协商解决。判断是否可行，会有较客观的准则。若属于难造而可行，但涉及成本是否较预期过高的争议，则有较大的主观性。

4.3 若承包方的承包价不是包干性质，而是按最后确定的具体设计再计的，可能会发生下列的情况：

- (a) 承包方的亏本风险会减低，但建设方一般都不愿意接受开口的承包价。
- (b) 因价格不足而偷工减料的压力会降低，建设方得到较高质量的成果。
- (c) 承包方可能会在具体设计内选用较贵的材料及设计，以赚取更高的利润。设计单位要加劲审批设计。

4.4 审批过程反复多次，亦会引起工期延误的责任争议。

5. 招标文件的设计规定

5.1 为减少争议，招标文件可以对责任方面写得严苛些、用料及功能方面写得具体些，但对于原设计意念构思不足或不可行的先天问题则帮助不大。

5.2 招标文件写得太死，反过来会扼杀了投标方的设计自由度、减低了创新的空间、达不到较经济设计的目标。

6. 含设计的施工合同的招标

6.1 为了评比含设计的施工合同的投标方的能力及设计的可行性及优点，招标时会要求投标方在回标时提交设计方案。投标方可能因为各种原因，而不愿意提交太多的设计资料。例如：

- (a) 设计费用大，在中标成数不高的情况下，不愿投入太多。
- (b) 投标时间太短，现时任务较多，未能投入资源设计。
- (c) 不愿披露太多资料，被发包方借鉴。
- (d) 不愿披露太多资料，使自己中标后的灵活性降低。

6.2 含设计的施工合同评标时，亦较普通的纯施工合同困难，再不能单纯按价格来定标，还要考虑设计的优越性。如何评比是一大难题，要解释为甚什弃最低标而选第二标不是易事，尤其是要向公众交代的政府或业主立案法团的工程。采用评分制是办法之一，但这只能视为客观交代手法之一。评分制，特别是招标时已公布的评分制，不一定是定得合理或切合实际回标内容，很容易流于形式化，只找到一个可以交代而不一定理想的选择。

7. 口头指示

- 7.1 香港私人工程标准合同条件容许合同监理（即建筑师或工程师，为发包方聘用、代为监理合同的执行、但应持平的半代理人半中间人）可发出口头指示给承包方执行，但亦规定了合同监理发出口头指示后的书面确认的程序及时效。为怕事后很迟才出现要确认的口头指令太多，引致造价失控，很多工程合同都把容许口头指示的条款删除了。政府工程标准合同条件不容许口头指示。
- 7.2 没有口头指示是否可行呢？口头指示诚然是很便捷的沟通方法，当建设方或其顾问对承包方发出口头指示时，承包方岂敢不从，但事后要合同监理补发书面指示就不是那么容易快捷了。没有书面指示就得不到加帐，所以是一个头痛的问题。

8. 工程量清单的错误责任

- 8.1 招标时提供工程量清单给投标方计价是一个很好的方法。投标方不必花大量金钱及时间计工程量。大家按同一套数量计价，评标时大家只需竞争价格水平，不必担心有人少计工程量低价中标。工程量清单由建设方聘用的工料测量师计算，过程中与设计师紧密沟通，可帮助发现图纸及规范中不足的地方而加以补足。若中标后发现工程量清单的数量有错，不论多少，合同总价可以调整，承包方不必承担这方面的风险。若真的错了，予以更正后，等如回到原应有的情况，建设方其实并没什么实质性的损失，工料测量师亦不会负上什么的经济上的责任。虽然如此，工料测量师一般都很小心的不要计错。这是一个行之已久的好方法。
- 8.2 但是，近年有些变化，建设方不想因工程量清单漏计而失了预算，工料测量师的收费越来越低、编标的时间越来越短，亦不想因计多计少而负上责任，故承包方被要求在投标时复核清单的准确性，按需要加以调整，以后不能再追补。承包方一是花很大费用在短时间内复核，一是碍于费用及时间无奈地接受所提供的数量。
- 8.3 若投标方次次都要花很多钱来复核，因每次只有一家中标，庞大的费用，在中标量不足时自然承担不了，能捱得住的，费用最终都是由建设方共同承担。
- 8.4 若承包方冒险接受所提供的工程量不加以复核，一个解决办法是同样地把风险转嫁给分包。但若清单的确是计漏了，小的还可以承受，大的恐怕仍尝试向建设方追讨或会偷工减料了。若清单的确是计多了，承包方当然很欢喜，但若一早已把风险及利益转嫁给分包，承包方亦只能空欢喜了。
- 8.5 所谓错漏，必然要有一个标准去衡量。若以图纸为准，则那些图纸不足但在工程量清单已补足的地方亦只能视为不算数，还要再补足，等如建设方要付两次费用了。

香港常用施工合同的两难处

- 8.6 工料测量师是否不会因计多而真的不必负责任呢？因取消了更正的机制，恐怕答案亦不会太肯定了。
- 8.7 工程一般都会有净加帐，若投标方斗胆博一博，把所有工程量打九五折，相应调高单价，以期计加帐有较大进帐。除认为投标方斗胆外，建设方会不怀疑工程量清单没有计多吗？
- 8.8 所以，改变一个行之已久的方法，是否真的有好处呢？

9. 误期赔偿率的高低

- 9.1 承包方若延误竣工交付给建设方使用的日期，要赔偿建设方的损失是一个容易理解及合理的概念。在香港实行的普通法下，建设方只能要求赔偿而不能处以比损失为高的惩罚性的罚款。赔偿金额可按实计算，亦可预先就预期损失的金额作一个合理的评估，定一个每天或每周的定额赔偿率，定了之后在招标时说明，就算将来实际的损失是多些或少些，亦不改变此定额赔偿率。此可帮助建设方免除证明实际损失之工夫，投标者可以预计风险程度。
- 9.2 问题是香港私人楼宇的商业价值很高，若工程延误，建设方的经济损失很大。但是，若按此损失厘定定额赔偿率，承包方一定承受不了，没有人愿意投标了。建设方惟有把定额赔偿率降低到有人有兴趣投标、中标后又有一定阻吓作用的水平，同时亦理解赔偿不足的现实。
- 9.3 虽然定额赔偿率是降低了，但仍会是一个与利润相比颇高的数目。若稍有差迟，便要作出赔偿，利润去了，还要亏本。
- 9.4 谁能说工程可以没有延误的因素？当工期定得短时，这些因素的后果特别明显，问题是责任谁属。建设方及其顾问与承包方自然在这方面互相角力互相指责。香港的工程管理在处理工期延误原因、责任等这方面的投入不少。仲裁诉讼的内容亦多涉及这方面。
- 9.5 政府工程的社会效益较高，商业价值较低，经济价值较难量化，所以定额赔偿率通常定得较低。政府工程亦较愿意定一个较宽松的工期，减低承包方的风险。私人工程的工期因经济利益的关系较难定得宽松。

香港常用施工合同的两难处

10. 工程延误的处理流程

10.1 工程的进度受到干扰，承包方会有经济损失。工期延误，建设方及承包方都会有经济损失。责任方向对方赔偿。

10.2 工期延误的处理流程如下：

工程延误→申索工期延长

→获判断为建设方责任→申索获准→延长工期→不必赶工→免除误期赔偿→获得工期延长的经济补偿。

→获判断为承包方责任→申索不获准

→赶工追回工期→工期最终没有延误→不必赔偿延误→自负赶工费。

→不赶工→工期最终有延误→赔偿延误→自负工期延长的经济损失。

11. 申索通知期限的约束

11.1 鉴于工程延误所涉及的金额可以很大，现在很多工程合同都规定，承包方须在理应发觉干扰或延误后的规定期限内向合同监理发出通知，及在规定期限内提交延长工期或金额补偿之申索，若超过期限提出，则不获受理。

11.2 这样的规定，良好的愿望是使到干扰或延误初生时便获得即时注意并记录其起因及后果，以便采取措施减低影响，并获得判断责任方及负责程度，以免事后因记录不足责任分不清。

11.3 但这个良好的愿望，往往不能达到，因为：

(a) 合同监理未必有空或愿意立即处理申索，使采取措施减低影响的精神落空了。

(b) 对于一些管理及申索能力较低、不能依足规定办的承包方，这规定给建设方及合同监理很好的藉口去拒绝考虑申索。就算觉得承包方的确有申索的理由，合同监理亦碍于合同的规定，而不能通融。

- (c) 慎重的承包方会事无大小不论是否真有进度问题，都提交通知，确保不会超出期限不获受理，合同监理便要浪费很多时间去处理这些不必要之申索，最后大家都不能集中处理重要事情，破坏了整个机制的目的。
 - (d) 不愿意合理对待申索的人，随便找个藉口说提交资料不足，便拒绝申索。
- 11.4 大多数情况下，申索期限的设定，并得不到预期的良好意愿，只变成一种浪费精力的行政关卡，大大增加了建设方拒绝考虑申索的能力，同时亦增加了承包方无谓的申索数量。
- 11.5 其实，不设期限亦不一定有很大问题，因为：
- (a) 可以申索的工程延误，不必承包方知会，建设方及其顾问亦应知道，并采取适当的措施；
 - (b) 能力好的承包方仍会有适当的记录及合时的申索，但因知道不会不获考虑，于是不必滥于提出；
 - (c) 对延误记录不力的承包方，申索时提供不出证据，可算是后果自负，不应替他操心。

12. 申索审批期限的缺乏

- 12.1 普通法下有一个原则，若工程受到非承包方责任的干扰或延误，工期应获得批准延长，而该批准应尽快在事情发生后工程竣工前发出，以便承包方按延长了的工期有明确目标完成工程。若批准迟迟不发出，则不能约束承包方按当时的竣工日竣工，承包方只有责任在合理的时间内竣工，即迟于当时的竣工日。
- 12.2 因此，合同大多数都写明合同监理在收到申索后合理时间内审批，但多数没有说明期限，只有比较少的会写明收到申索后审批的期限。
- 12.3 工期获得延长，等于免除承包方延误赔偿的责任，并有机会要给承包方经济补偿，因此，合同监理通常都会非常谨慎地审批。理论上合同监理要中肯地审批工期的延长申索，但很多时，申索的理由是涉及合同监理自己的问题，故此合同监理不太愿意批准，同时合同监理亦希望取得建设方的认可才予以批准。因此，审批时间往往拖得很久甚至等到竣工后才获得处理。这样，让承包方有一个合理的未来竣工日去安排工作的原则便不能实现了。
- 12.4 若写明合同监理要在规定的时间内审批，亦不一定解决到问题，合同监理可以循例回复不同意，或随便找个藉口说申索资料不足，便把申索暂时打发了。

香港常用施工合同的两难处

12.5 承包方在未确定是否取得工期延长的批准前，自然不敢随便松懈，于是只有采取赶工措施，但会有以下的反效果：

→未获判断谁的责任→赶工追回工期→工期最终没有延误→不必赔偿延误→未能证明有实质的延误→不获延长工期→不获补偿赶工费。

12.6 这样的情况是绝不合理的，但现行合同多数没有条款授权可以补偿自发的赶工费，碰上迟迟未获判断工期延误是谁的责任的情况，吃亏的是承包方。

12.7 迟判断工期延误是一个通病，若合同条款授权可以补偿自发的赶工费，则不合理的情况可以舒缓。

13. 专业分包

13.1 为体现单一责任对口的原则，香港的工程一般都只会在同期交给一个总包负责。拆楼、基础桩、地下结构等则有可能与上盖的工程分开几个合同而执行。

13.2 因施工内容的专门化专业化使到一般的总包不能自己执行所有的工程内容，它们要找专业的施工单位分包工程的一部份。合同方面，分包与总包签订分包合同，向总包负责。总包与建设方签订总包合同，向建设方负责，包括分包所引起的责任问题。

13.3 建设方为了确保总包选定的分包的能力是好的、产品是满意的、包设计的其设计是合适的，则会先行自己通过招投标选定最好的一家，价格自然亦是商定了，然后指令总包接受该指定的一家为分包。总包接受该指定的一家为自己的分包后，便要向建设方负责。中标后的付款、变更及结算批核都由建设方的顾问作为中间人来处理。对建设方来说，这样是最好不过了。

13.4 指定分包亦欢迎这样的安排，因有建设方的顾问作为中间人来处理付款、变更及结算批核较有保障，并可与建设方及顾问有较直接的联系。

13.5 对总包来说则不太好了。指定分包获选可能纯粹因为价低，工作能力不是那么好，与建设方及顾问的关系较好，可能不大听总包的话。作为总包，最有力的武器是扣押付款，但合同规定要按顾问批核的款项支付，这样总包便无能为力了。

14. 指定分包的设计责任

14.1 传统上总包不负责设计工作，所以若指定分包包含设计的工作，总包亦不心相应负上设计失误的责任，总包只负责审批时间及工序协调的责任。

14.2 因指定分包与建设方没有直接的合同关系，若指定分包有设计失误，但总包不必负责，则建设方变得没有保障了。为解决这个问题，指定分包会在中标前作为中标的条件被要求提交一向建设方发出的保证书保证对设计责任的承担。

15. 分包工程款的支付

15.1 除一些法例规定的代征代扣费用外，分包的工程款通常会因下列原因被延误发放或被抵扣：

- (a) 总包未收到建设方应支付的工程款(即收到才付) ；
- (b) 总包认为分包不合作而使总包多花管理配合费，例如：清垃圾、重搭脚手架、垂直运输加班费；
- (c) 总包认为分包违规做成损坏、返工；
- (d) 总包认为分包工程延误对总包做成损失。

16. 收到才付

16.1 分包合同(特别是指定分包合同) 常常有向建设方收到钱才付的条款。光是“收到才付” ，最少有两个不同的含意：

- (a) 暂时未向建设方收到钱，可以暂时不付，但最终不论收不收到仍要支付分包；
- (b) 暂时未向建设方收到钱，可以暂时不付，最终仍收不到，则不用支付。

16.2 属于那个解释，则要再看合同的具体写法才能确定。若不明确，法庭倾向采用(a)的解释。

16.3 总包自己收不足，可能是因为他自己问题，而不关分包的事。自选分包工程的付款由总包自己批核，所以自选分包很难判断到底总包何时收到及收到多少，很容易被总包克扣了。指定分包合同基本上规定了，向分包支付的付款金额由合同监理批核，所以指定分包较易判断总包是否收到及收到多少。

16.4 英国及澳洲有些省已经不准收到才付的条款。

17. 总包对分包的管理配合

- 17.1 分包不能独立于总包而自行提供现场措施而施工。现场措施包括临时用水用电、垂直运输机械、脚手架、防护网、围护、围栏、定位线、预埋配合、保安、保护、保险、搭建工棚仓库的场地、提供通道及工作面、垃圾清理、清洁、等等。若要每个分包自行提供这些措施，除费用倍增外，根本没有这个条件各有各做。因此，分包必须依赖总包提供这些措施共享，并由总包予以协调，而总包则需就这些管理配合措施收回费用。
- 17.2 在香港，分包合同的承包价是已经扣除了总包所需的管理配合费，分包不必从承包价内提取总包管理费，这与内地的习惯有些不同。
- 17.3 总包在计算他自己的投标价时，会在分包费用外加上其管理配合费和利润。
- 17.4 现场措施实际提供时往往产生很多矛盾，例子如下：
- (a) 临时用水用电：供应点的分布供需不一致；用量及容量不清楚；合同对调试所需的永久水电的要求不明确；
 - (b) 垂直运输机械：使用时间不协调；钢结构分包所需塔吊早于土建总包自己需要前便要进场；总包自己用完想拆卸机械时，后期施工的分包仍未用完；临时垂直运输加班使用应否收附加费；最后阶级临时垂直运输拆走后，使用电梯应否收附加费；
 - (c) 脚手架：使用范围及时间不协调；土建总包满足了土建及机电初装及粗装修后，便不愿为精装修分包再提供脚手架；全幕墙的大楼因没有外装饰，总包不必自用外脚手架，况且幕墙可用吊船安装，因此亦不会提供外脚手架给幕墙分包；电梯井内脚手架只是电梯分包自用，总包无必要提供；
 - (d) 定位线：总包要提供的程度；
 - (e) 预埋：由分包自理还是总包代理好；总包预埋后分包应予以复核，但在复核并浇筑后才发现移位责任谁属，是浇筑前的复核不力还是浇筑时干扰了；若由分包自理，要不要总包复核，复核并浇筑后才发现移位责任又谁属；

- (f) 保安、保护、保险：在标准合同结合普通法的原则下，物料在未安装前风险归分包，在安装后风险归总包，分包在现场其实没有自己的保安，如何真能保护物料呢；合同往往亦规定分包要采取实物的保护措施，直到交付为止，工程成品受到破坏时，会先归咎分包的实物保护措施不足；若其他工人是粗心大意或恶意破坏的，则除非是极端的保护措施是不能抵御的；分包工程完成后应先交付给总包，待总包工程全部完成时才一并交付给建设方，但总包往往不愿意中接收，拖到总包工程全部完成时才一并交付给建设方，有些合同干脆写明要到交付给建设方时才算数，在此等待交付期间分包自然承担了很大的责任；
- (g) 通道及工作面：狭窄拥挤的工地对通道及工作面的安排使用先后及时间是一个大问题；收尾阶段，大家都挤在一起时，就算是大地也是问题；
- (h) 垃圾清理、清洁：垃圾应由分包自己清走还是由总包代为清走；若恐怕分包积压太多垃圾不清，由总包负全责清走是否较好；总包不能预估分包会制造多少垃圾，会不会报价过高；分包会不会不检点乱来乱放，是否要求分包把垃圾集中才由总包清走较好；集中点是每层楼还是在地面；总包投诉分包未有即时把垃圾集中或未送到集中点时，的确是分包办事不力还是总包托词收取费用呢。

17.5 上述的问题，虽然在分包合同文件都会定出处理的原则，但未必完全能够写得很细，特别是指定分包合同。若指定分包合同招标先于总包合同，分包的特殊要求可写在总包合同内。但若指定分包合同招标后于总包合同，分包的特殊要求便未能写在总包合同内，自然容易会产生后来的争议。自选的分包合同可能会写得贴切些，但就算能写得很细，亦未必能完全解决一些界线分不清的矛盾。

17.6 上述的问题，对自选分包、指定分包都同样存在，但对指定分包来说，矛盾会大一些。当内部工、自选分包、指定分包之间竞争使用现场有限的资源及时间时，总包很自然优先给内部工，让指定分包排队尾，误期时便容易界定为指定分包的错。

18. 指定分包的延误责任

18.1 若指定分包不按时施工，延误了总包工程，按照标准合同条件的规定，总包可以要求延长工期，而不必负上误期赔偿的责任。这样对总包来说是有利的，指定分包若力有不逮，亦不会拖累总包承受分包不逮的后果。

18.2 这样看来指定分包是可以脱身了。为解决指定分包与建设方没有直接的合同关系，建设方不能真接追讨的问题，前面提及的指定分包向建设方提交的保证书会包含指定分包延误工期对建设方赔偿的责任保证。

- 18.3 为体现单一责任对口的原则，大多数的总包合同都会把标准总包合同中可因指定分包不按时施工，延误了总包工程，准予延长工期的条款删掉。若总包工程误期，总包便要负上赔偿的基本责任。至于其中有多少是因指定分包构成的，则再行分解。这对建设方来说，较易处理，但对总包来说则非常不利了。
- 18.4 标准分包合同条件亦有规定，若因指定分包的延误引致总包有所损失及支出，指定分包须赔偿给总包，包括总包要向建设方赔偿的那部份。这对总包来说是有些保障了。
- 18.5 为避免总包向指定分包无理转嫁误期赔偿，标准合同条件规定合同监理须先行界定误期中有多少是属于指定分包的责任，总包才可以转嫁。
- 18.6 实际操作时，总包会先向涉嫌的指定分包转嫁，到合同监理界定了责任才予以调整。要界定总包分包之间的责任谁属，需要合同监理多花工夫更深入了解他们之间的瓜葛，合同监理往往不愿意表态或拖到很后期才予以界定。在这之前，无辜的指定分包会蒙受收不到钱之苦，总包分包的争议亦多。
- 18.7 自选分包的延误责任，由总包及分包自定，合同监理不介入，亦不涉及总包合同的权责。

19. 误期赔偿对分包的影响

- 19.1 若总包的工期延误是分包做成的，分包要赔偿总包的损失，包括总包向建设方赔偿的误期赔偿，这是符合普通法的赔偿原则的。可是，这亦表示每日的赔偿金额，分包所承担的比总包的高，但分包的承包价一般都比总包的低，出现了不平衡的现象。如果分包合同的承包价是很小的，则分包根本不能承担。
- 19.2 指定分包合同的标准条件，都是按上述的原则写，编制招标文件的顾问亦不敢把赔偿率定得比总包的低些。
- 19.3 自选分包合同由总包自己定条件，比较容易相应分包价的高低来调低误期赔偿率。

20. 分包误期赔偿率能否与分包价挂钩

- 20.1 若把分包的误期赔偿率与分包价挂钩，分包比较容易接受，但这便要总包承担了低于总包损失的那部分，好象对总包不公。但再想一想，总包亦应有管理的责任，若不能完全将误期赔偿转嫁给分包，总包可能会更好地管理各分包，减少延误的出现。遇有延误，总包应是更有能力重组馀下工作的一方，甚至应更积极努力地向合同监理争取延长工期，而不是漠不关心地向分包收取误期赔偿。

21. 指定分包被终止合同的责任

- 21.1 若指定分方若未能履行合同恶劣到被终止合同的话，建设方有责任另行指定代替的分包，总包不必承担因此而引致的时间及经济上损失。这算是建设方享用指定分包制度所要承担的唯一代价。
- 21.2 当然，在前面提及的指定分包向建设方提交的保证书，会包含指定分包被终止合同后对建设方赔偿的责任。
- 21.3 这个对总包的最后保障，亦可能有意外的附加值。假如总包当时亦有工期延误，碰上另选指定分包而要延长工期但不必赔偿，可给总包一个脱身的机会。

22. 指定分包安排以外的选择

22.1 指定分包安排有其优点但仍有其缺点，因此有些合同采用其他的方法：

- (a) 选定名单：用单一指定的方式，建设方仍保留若干的责任，不如由总包自选，则责任可全归总包了。但为避免总包选用不够水平的分包，故在总包合同便预先提供一个合适的名单，由总包从中挑选，若总包另行提出人选，则要通过特别的批准。最后选定的分包视为总包的自选分包，由总包负全责，包括将来该分包不能履约的责任。这方法令总包的自由度大了，分包的保障低了，建设方的参与作主度小了。政府工程较多采用这方法。
- (b) 提名或点名分包：在总包合同招标文件预先提供一个合适的名单，给总包提意见或加减人选，从名单中最后选定的分包视为总包的自选分包，由总包负全责，包括将来该分包不能履约的责任。这似乎与上述选定名单的方法一样。但是，实际选定时要有建设方的参与。总包就分包招标、定标的过程及最后的选择，要得到建设方的同意，以确保满意的选择。若主导仍是总包，这亦无可厚非。但有些建设方把招标、定标的工作及决定抓在自己手里，最后总包除非有很强的理由，才能反对，有时甚至在总包投标前已选定了分包，总包根本不能反对，那么实际是变成一个不必负责的指定分包安排。提名或点名分包，获某些大地产商使用。不管用了那个名称，实质可能为一个由总包主导、建设方参与的安排，亦可能为一个极度偏帮建设方的安排。后者对总包是非常不利，但为了生意，亦无可奈何地接受。但是，遇有重大责任争议需诉讼时，法庭会不会判决这样的分包安排实质是指定分包安排，总包有免责的空间呢，则拭目以待了。
- (c) 施工管理合同安排：在这个安排下，没有了传统的总包或分包的关系，取而代之是管理承包方或管理顾问，及分部承包方。管理承包方或管理顾问所承担的风险很低，建设方承担较高，适宜于优质、技术高、工期短、建设方量度大的工程。

23. 履约保证

- 23.1 香港的工程合同多数都要承包方提交由银行或保险公司担保的履约保证书，以保证承包方会履行合同。若承包方未能履行合同，担保人会赔偿发包方损失，直至所担保的金额为止。担保的金额，私人工程一般定为合同总价的 5%，较小或工期较短的比率会高些，政府工程因总量大，会低些。
- 23.2 5%够不够赔偿损失呢？这要视乎工程已进行到的程度及当时的市场淡旺的程度而定，5%不一定足够。加大些是否好些？承包方的信贷额是有限的，增加担保金会减少有能力投标的单位；而发包方亦不可避免地要承担相应增加的取得担保的费用。
- 23.3 一般的履约保证书是有条件的，要确定有违约及损失金额才能赔偿，若问责的程序有瑕疵，很容易变成不赔偿的藉口。
- 23.4 为了避免这些问题，有些合同要求提供无条件的履约担保，只要发包方提出要求，担保方便要无条件支付。这对发包方很有利，但对承包方来说，这样等如开了一张即期支票，使用了他的信贷额，甚至要以等额押金抵押，有能力投标的单位会减少。
- 23.5 并不是所有的承包方都会提交履约担保，小型的承包方及包工头便不会了。上级的承包方会以拖延一部份工程款作为逼使继续履约的手段。当然，克扣得太多使到周转不来倒闭或跑掉了会是可能的后果之一。

24. 拖欠工人工资

- 24.1 拖欠工人工资是一个老问题，特别是发生在包工头带领的工人身上。香港的法例规定，分包拖欠工人工资，其上级的承包方有垫支一部份的责任(两个月)。遇着有预谋的包工头，没交担保，收了工程款，拖欠工资，跑掉了，便拖累了无辜的上级承包方。
- 24.2 工人方面，为了饭碗，被拖欠工资，一天包工头未跑掉，一天仍会哑忍，到头来为时已晚。亦有些人知道上级承包方有垫支一部份的责任，而不太积极尽早追讨工资。
- 24.3 上级承包方的一个保护措施，便是要求下级承包方提交支付了工人工资的证据，才付工程款。下级承包方的应对便是要工人签署已收工资的证明。工人明白不签的话工程款便收不到，同时为了饭碗，往往未收工资便预先签定了。这样的措施，保护不了工人，反过来削弱了工人追讨工资的依据，甚至涉入作假证据的困局。
- 24.4 拖欠工人工资可能不是一个施工承包合同可以解决的问题，可能要有一个行业的机制才能。

香港常用施工合同的两难处

24.5 一个想法是，上级承包方、包工头、工人等透过与银行的安排，工人的每月工资由包工头于月初存入银行，无力垫支的则由上级承包方垫支，以后从工程款抵扣，工人获银行证明有存款才继续开工，没有证明便开工者后果自负，月底由银行按开工记录自动支付工资（可以是最基本的工资）。对上级承包方来说，这样不比现法例规定的严苛。对工人来说，不需要被逼作假证据。若此制度变成一个行规，工人亦较难被逼接受其他不利的安排。无力或恶意的承包方或包工头亦较难生存。当然，制度中要有一些维护具体工资商业秘密的措施。

25. 结语

25.1 这篇文章由设计说到拖欠工人工资，并不表示中间所说的有必然的因果顺序关系。每节都可以是独立的。其实还有很多两难的地方，在这里说不尽了。

25.2 这篇文章旨在指出一些进退两难的局面，付出了代价未必有预期的效果，编标编合同者应充份了解情况、需要及承担能力，在招标文件合同文件作出平衡及适当的取舍，让合同更好的执行。

（完）