# 談合約中的保全(Indemnity)條款

廖宗岳

國內廠商在與外國業者洽談各項商務契約之際，時常碰到的一項困擾即是合約中所列的保全條款。例如商品製造商在與外商訂立供應合約或專利授權合約時，時常被要求同意如下的條款：「製造人(或被授權人)對於因專利或商標之侵害所造成之損害、損失或費用之請求權及責任，以及依本合約而製造或販賣之瑕疵商品所引起之請求權與責任，應保全購買人(或授權人)，並使其免受損失。」由於此種條款並未規定於我國民法或商法之中，且為國內日常交易所罕見，國內廠商面對上述之要求不是過份疑慮不前，便是貿然應允。兩種態度均非正確的對應之道。本文擬以美國加州之法典與判例為基礎，對於保全條款的性質與法律效力做一簡要的說明。

## 何謂保全

Indemnity 一字譯為保全，是指當事人約定，一方對於合約當事人(或第三人)之行為所生之法律效果，同意保障他方免於遭受損害。概括的說，也就是一方對於他方所受的損失給予補償的義務。負保全義務的一方叫做保全人(Indemnitor)，他方叫做被保全人(Indemnitee)。(註一)

一般而言，保全之合約義務一旦確立，法律上的效果是：損失或責任之負擔全部由被保全人移轉至保全人。(註二)

由以上的定義看來，保全的性質與一般所知的保險契約相當近似，所不同的，保全人並非以保全為業，被保全人並無交付保費之義務，且保全必須以雙方之間另一交易關係為基礎。

## 何時可行使保全請求權？

要行使合約中的保全請求權，被保全人必須證明：(1)當事人之間存有合約關係；(2)被保全人已善盡合約之義務；(3)因合約保全事由發生，以致被保全人遭受損害及其金額。被保全人所受的損害必須是履行法定義務的結果。

在若干判例中，被保全人自願所做的給付(註三)、因被保全人之詐欺行為所生之責任(註四)、或因被保全人未做完整之答辯所受之不利判決等，被保全人之請求均被法院駁回(註五)。

另一方面，保全人在收到被保全人所寄發之訴訟通知以及答辯的請求後若怠於承擔答辯義務，則被保全人所受敗訴之判決，或與訴訟對造達成之和解，均可作為保全請求權發動之原因。(註六)

## 保全義務的兩種形態—責任(Liability)的保全與損失(Loss)的保全

保全人所負的保全義務有可能是在防止某項情事的發生(例如他人之違約或侵權行為)，則只要該被保全事項發生，保全人即須負責，此稱之為責任的保全(Indemnity Against Liability)。實務上，保全事項發生後，被保全人雖尚未經法院判定應負責任，或尚未履行該判決所定之義務，可立即向保全人行使請求權。

另一方面，合約若規定保全人須對於特定事項之結果負保全責任時，被保全人因該事項所受之實際損失或損害，均可向保全人求償，此稱之為損失的保全(Indemnity Against Loss)。因此，被保全人雖經法院判決應負責任，在其依該判決履行給付之前，不得向保全人求償。

兩種保全形態的差別，一在防止損害原因的發生，一在補償實際所受之損失。一旦保全事故發生，被保全人求償的範圍，在責任的保全中，以其所負責任之大小為準，在損失的保全中，則以被保全人實際所受之損失為準。保全人究竟負擔何種形態的責任，或是兩者均須負責，應依合約的文字，探求當事人之真意決定之。

## 保全人代為辯護之義務

不論保全之形態是責任的保全或損失的保全，一旦被保全人因為保全事故發生而遭到他人起訴時，法規與實務一般均認為保全人在接到請求時，有為被保全人進行辯護的義務。(註七)

被保全人可自行選任律師進行答辯，無須仰賴保全人所選任之律師。而被保全人在選擇自行答辯時，其善意、合理所支出之費用(包括律師費)事後可向保全人請求償還。至於被保全人在該他人之訴訟中，最終是否被判定敗訴或須負責任，則非所問。

關於第三人之起訴，保全人在接獲被保全人及時之通知後，若怠於進行辯護，以致被保全人為自行辯護必須支出費用時，上述費用視為善意、合理的費用，得向保全人求償。(註八)

## 保全人之抗辯

保全條款性質上是一種合約，因此一般對於合約義務所生的抗辯事由，保全人均得主張之。其中最常見的答辯理由，是透過文義解釋的方式，主張合約義務的規定不明確，或主張發生的損害不在保全義務的範圍之內。

合約解釋的最高原則是在探求當事人在訂約時的「真意」。為達到這個目的，法院主要的根據是保全條款本身所使用的文字，必要時也應斟酌合約整體的意旨、相關條文的規定、以及訂約前後的情況證據等。

若經過以上的方式，保全條款仍有模糊、不明確之處，則法院在解釋當事人之真意一點，偏向於採取有利於被保全人，或不利於草擬合約之一方的觀點為之。(註九)

## 結論—訂立保全條款必須十分審慎

被保全人希望藉由保全條款來轉嫁交易所生的風險，是可以理解的。相對的，保全人由於保全條款而承擔了不可測的風險，將它比喻為不定時炸彈，亦不為過。往往保全人由合約所得的利潤不過區區之數，但保全事故發生時，補償他方之損害或代為辯護所支出的金額，卻千百倍不止，可說是得不償失。合約當事人在簽署保全條款之前，必須經過謹慎的評估，千萬不可把它視為無關痛癢的具文，而輕率予以同意。

一般而言，除非交易可得的利益或不成交所造成的損害相當大，否則對於他方當事人片面所要求的保全條款均不應接受。若萬不得已必須承擔保全義務，也要爭取在合約的文字上做適當的規定，以為緩衝。以下幾項原則值得參考：

(1)敘述保全事故的文字力求具體、明確，保全的範圍要盡量限縮，例如添加時間或地點的條件；

(2)增加不負擔保全義務的除外規定，其項目愈多愈有利；

(3)規定保全責任的上限(Ceiling)，例如以被保全人對待給付之金額或保全人因交易所得之利潤為責任之最高限度。

### 附註：

註一：參照美國加州判例(以下同) Maryland Casualty Co. v. Bailey & Sons, Inc. (1995) 35 Cal. App. 4th 856, 864。

註二：Rodriguez v. McDonnell Douglas Corp. (1978) 87 Cal. App. 3rd 636, 676。

註三：Southern Cal. Gas Co. v. Ventura etc. Co. (1957) 150 Cal. App. 2nd 253, 257。

註四：Bachman v. Independence Indemnity Co. (1931) 112 Cal. App. 465, 480-481。

註五：Easton v. Boston Investment Co. (1921) 51 Cal. App. 246, 250；並參照加州民法典§2778(7)。

註六：參照加州民法典§2778(5)。

註七：參照加州民法典§2778(3)；以及 United States Elevator, Inc. v. F & H Construction (1992) 7 Cal. App. 4th 1375, 1380。

註八：County of San Joaquin v. Stockton Swim Club (1974) 42 Cal. App. 3rd 968, 973。

註九：Alberts v. American Gas Co. (1948) 88 Cal. App. 2nd 891, 899-901。

代辦專利商標申請　疑難處理

台一國際專利商標事務所

台北所：台北市104長安東路二段一一二號九樓
電話：(〇二)二五〇一〇〇〇〇(總機)

台南所：台南市701府連路三六四號四樓
電話：(〇六)二七四三八六六(總機)