

# 論保險代位之被保險人優先受償模式（上）\*

陳俊元\*\*、陳志詳\*\*\*

## 要 目

壹、概 說	(一)大陸法系的觀點
一、序曲——潘朵拉的盒子 （Pandora' Box）	(二)英美法系的觀點
二、問題之源起	三、小結與問題之開展
三、本文架構與研究方法	參、爭點整理與評析
貳、基礎理論	一、問題背景
一、保險代位之意義	(一)保險給付等於被保險人對第三 人之請求權額度
二、保險代位之性質	

\* 第一作者陳俊元負責全文的架構、推論，以及模型變數的設定。第一作者撰寫之初稿，潘朵拉的美麗與哀愁——再論被保險人優先原則，曾發表於財經法新趨勢研討會暨海峽兩岸財經法律論壇2006年會，政治大學財經法律中心與上海財經大學法學院合辦，上海：上海財經大學，2006年11月11日；該部分並獲協合國際法律事務所論文獎第1名，2006年12月。第二作者陳志詳負責經濟模型的推導與說明、經濟相關文獻之分析與整理。並由衷感謝兩位匿名評審的寶貴建議。

\*\* 政治大學法律研究所博士候選人。

\*\*\* 中山大學中國與亞太區域研究所經貿組博士候選人。

投稿日期：九十七年六月十八日；接受刊登日期：九十七年九月五日

責任校對：王純逸

(二) 保險給付大於被保險人對第三人之請求權額度	(二) 學說見解
(三) 保險給付小於被保險人對第三人之請求權額度	(三) 法律經濟分析
二、解決模式	六、小結——被保險人優先受償模式之發展
(一) 保險人單獨受益模式 (insurer: whole plus)	(一) 未定時期
(二) 保險人優先受償模式 (insurer: whole; insurer-whole doctrine; pro tanto approach)	(二) 逐漸肯定時期
(三) 比例分配模式 (pro-rata theory)	(三) 再檢討時期
(四) 被保險人優先受償模式 (insured: whole; insured-whole doctrine; made-whole doctrine; make-whole doctrine)	(以下見本評論第一〇七期)
(五) 被保險人單獨受償模式 (insured: whole plus)	肆、本文見解
三、我國學說與實務見解分析	一、立法例、實務與學說見解之評析
(一) 學說見解	二、解決方案之重構
(二) 實務見解	(一) 被保險人優先受償並非本質上之必然
四、立法例分析與評釋	(二) 基礎法理之釐清
(一) 德國	(三) 推論方向的確立
(二) 日本	(四) 被保險人優先受償模式的再驗證——法律經濟分析的方法
(三) 大陸	(五) 原則之再突破
(四) 英國	(六) 實際適用之相關問題
(五) 美國	三、小結——三階段之審查流程與建議修正條文
五、美國法之發展與近況	(一) 法規有無特別規範
(一) 法院判決	(二) 當事人有無特別約定
	(三) 依據被保險人優先受償模式分配
	伍、結論——潘朵拉盒子裡的希望

## 摘 要

本文係在探討，在保險代位原則下，特別是於不足額保險、而應負責之第三人資力不足時，保險人與被保險人之間受償順序之問題。此一問題不僅於實務上具有重要性，多數見解所採取的「被保險人優先受償模式」，近年也逐漸受到不同見解、不同研究方法的質疑與挑戰，在學理上亦饒富探究之價值。對此，本文將由傳統的法釋義學方法出發，藉由對立法例、實務與學說見解的分析，以重新思考相關的法理基礎。本文也將使用法律經濟分析的方法，以經濟模型重新考量代位求償過程中可能的因素，重新驗證被保險人優先受償模式對於被保險人的效用。就結論而言，在損失填補原則的架構下，被保險人優先受償模式仍應為最適的解決方案。但此原則應有以法規或嚴格意定予以排除、修正之空間。在判斷順序上，可依三階段判斷：先檢視法規有無特別規定，再檢視當事人間是否有特別約定，若均無再適用被保險人優先受償模式以分配之。

**關鍵字：**衡平法、損害填補原則、保險代位、法定債權移轉、英美保險代位理論、擬制信託、保險人優先受償模式、比例分配原則、被保險人優先受償模式、法律經濟分析

## 壹、概 說

### 一、序曲——潘朵拉的盒子 (Pandora' Box)<sup>1</sup>

在希臘神話中，眾神之一的Prometheus為了人類，盜取了天上的火種到人間，人類也因此取得比其他動物更為強大的力量。Zeus對此勃然大怒，決意懲罰人類。Zeus首先命令Hephaestus使用水和泥土，依女神的形象塑造出一個可愛的女人。再令女神Aphrodite賜予她美麗與令人迷惑的魅力、Apollo教她音樂、Athena教她織布……。最後，再由Hermes加上愛說謊、喋喋不休、狡猾又好奇的個性，人世間的第一個女人就完成了。她的名字是潘朵拉 (Pandora)<sup>2</sup>。

Zeus令Hermes把女人送給Prometheus的弟弟Epmetheus作為妻子。Prometheus曾勸告Epmetheus別接受Zeus的任何餽贈，但在Pandora的美色之下，生性愚笨的Epmetheus並沒有遵從哥哥的勸告，還是與Pandora結了婚。Hermes也送上了個箱子當作嫁妝，並警告千萬別把它打開。

雖然有著禁忌的警告，但是Pandora對於箱子裡到底是什麼，還是越來越好奇。最後，Pandora忍不住偷偷打開了箱子——在這一瞬間，Zeus為了懲罰人類而塞在箱子裡的疾病、邪惡、災難……全都飛出了箱子而散布人間。Pandora雖然馬上將蓋子蓋上，但已經為時已晚；最後留在箱子裡的，只剩下一個，那就是——希望 (Hope)。

---

<sup>1</sup> 整理自OSKAR SEYFFERT, *DICTIONARY OF CLASSICAL ANTIQUITIES* 620 (1894). JANE ELLEN HARRISON, *PROLEGOMENA TO THE STUDY OF GREEK GELIRION* 280-85 (1903).

<sup>2</sup> “Pandora”在古希臘語中的意思是“all-gifted”，亦即眾神賜予人類的禮物。

## 二、問題之源起

在上述故事中，Pandora的盒子為人類帶來了無窮的苦難，但也留下了可貴的希望<sup>3</sup>。有趣的是，有學說將Pandora盒子帶來的麻煩，用來比喻保險代位所帶來的種種爭議與問題<sup>4</sup>；當然，也有學說認為如此的說法過於嚴苛，而提出了相回應的意見<sup>5</sup>。其實，不論這個比喻是否完全妥適，至少相當程度地反映了保險代位相關問題的複雜與難解。而在保險代位的相關爭議中，關於保險人代位權與被保險人權利的優先受償順序問題，一直以來都是學說上關注的焦點之一。隨者被保險人優先受償模式的逐漸被接受，此一問題看似可以告一段落；然各立法例與學說近年有從不同的價值判斷、與新的方法出發，提出了不同的解釋方法，也為這個議題投注了新的生命力。被保險人優先受償模式的論證，除了在保險實務上具有實益以外，更提供我們有重新思考損失填補原則、保險契約的特性、保險代位機制的本旨、乃至於法律的風險配置是否合理的契機。因此，本文將由法理的根本面著眼，對被保險人優先受償模式重新加以檢討；企盼能以不同的觀點與方法，重新釐清這個保險法上的重要爭議。

## 三、本文架構與研究方法

本文約略可分為兩大部分，第一部分仍以傳統的法釋義學為方

---

<sup>3</sup> 但若是將希望留在箱子裡，那人間應該是沒有希望才是；因此另一種有趣的說法是，Pandora再次打開了箱子，將希望釋放到人間，也因此人間才有希望存在。參見CLIFFORD H. MOORE, *THE GELIGIOUS THOURHT OF THE GREEK* 37 (1916).

<sup>4</sup> Roger M. Baron, *Subrogation: A Pandora's Box Awaiting Closure*, 41 S.D. L. REV. 237 (1996).

<sup>5</sup> F. Joseph, Du Bray, *A Response to the Anti-Subrogation Argument: What Really Emerged from Pandora's Box*, 41 S.D. L. REV. 264 (1996).

法，從保險人代位權與被保險人權利的優先受償順序出發，以被保險人優先說為探討的中心。本文將整理我國實務、學說與立法例上的各種見解，而近年來英美法對於此原則漸有不同的見解出現，更有判決拒絕或修正被保險人優先說的適用，本文擬對此詳加介紹分析，以供我國法未來解釋或修正的方向。

再者，英美法近年有學者以法律經濟分析的方法，結合法律理論與賽局、模型推導的方式，對此一問題提出了不同的見解。關於被保險人優先說的法律經濟分析，在我國目前尚屬於付之闕如的情況，故應有加以引介參考的價值。本文對此將加以介紹，並嘗試補充變數、推導新的模型，企望能以此補強法理推論的結論與不足之處。

## 貳、基礎理論

### 一、保險代位之意義

保險制度為被保險人將其可能因危險事故之發生所導致之損失，透過保險契約，移轉由保險人承擔。若事故之發生係被保險人以外之第三人所導致，此時被保險人除得向保險人請求保險金之給付外，如又可向第三人請求損害賠償，則將可獲雙重賠償，而與保險損失填補之本意不符。如認為被保險人不得再向第三人請求賠償，又將使第三人之責任因被保險人之投保而減免，使其成為實際上之受益者，亦非公平。故有保險代位制度之設計，以調整利益關係，防止被保險人不當得利，使造成損害之第三人負最終責任；並促使保險人迅速理賠、彌補保險人給付保險金之損失而有助於保險費率之降低<sup>6</sup>。我國保險法第五十三條即為此之規範。又其為權利

---

<sup>6</sup> 林群弼，保險法論，頁259-261，2003年11月2版。梁宇賢、劉興善、柯澤東、

代位（或稱請求權代位）之規定，並不及於物上代位<sup>7</sup>。

## 二、保險代位之性質

### （一）大陸法系的觀點

在大陸法系下，多受民法上代位之影響，認為保險代位的本質為「法定債之移轉」——亦即當保險人理賠後，被保險人對於第三人之權利即法定、當然地移轉於保險人，而無須被保險人另為移轉之行為。德國<sup>8</sup>、日本<sup>9</sup>、法國<sup>10</sup>、大陸<sup>11</sup>等係採取此一模式。在台灣，雖然有少數不同見解<sup>12</sup>，但多數說與司法實務<sup>13</sup>對於保險代位

---

林勳發，商事法精論，頁718，2005年10月，修訂版。劉宗榮，新保險法：保險契約法的理論與實務，頁293-294，2007年1月。

<sup>7</sup> 袁宗蔚，保險學，頁251，1992年7月32版。

<sup>8</sup> 江朝國，保險代位之競合一——以強制汽車責任保險法第二十七條與第三十一條為例，月旦法學教室，10期，頁92，2003年8月。

<sup>9</sup> 今井薰、岩崎憲次、栗田和彥、坂口光男、佐藤幸夫、重田晴生，保險・海商法，頁117，1988年。

<sup>10</sup> 黃正宗，我國保險法的比較研析——法、德、日、美諸國法對我國保險契約法影響的探討，中華民國產物保險公會研討會，頁59-61，2001年12月。

<sup>11</sup> 馬原主編，保險法條文精釋，頁146，2003年1月。莊詠文主編，保險法教程，頁89，1987年6月。覃有土主編，保險法概論，頁148，1994年6月。

<sup>12</sup> 王衛恥，實用保險法，頁258，1981年。尹章華，保險代位制度改進芻議——兼論英美法制「程序代位」之社會功能，保險專刊，32輯，頁121，1993年6月。黃裕凱，英美保險代位理論——兼論與我國法理論的差異，保險專刊，56輯，頁13-74，1999年6月。

<sup>13</sup> 袁宗蔚，保險法，頁158-159，1969年7月4版。桂裕，保險法，頁140，1992年5版。江朝國，保險法基礎理論，頁479，2002年9月4版。劉宗榮，同註6，頁295-296。鄭玉波，劉宗榮修訂，保險法論，頁77，2006年2月修訂6版。汪信君、廖世昌，保險法理論與實務，頁77，2006年9月。實務見解如最高法院69年台上字第923號判例、87年台上字第280號判決、77年台上字第2269號判決、73年台上字第1145號判決、71年台上字第290號判決、高等法院91年上易字第182號判決、89年保險上字第4號判決、72年司法業務研究會第3期……等

仍採取法定移轉理論的架構。

### (二)英美法系的觀點

於英美法系，保險代位的性質與架構與大陸法系截然不同<sup>14</sup>。於美國法上之保險代位，保險人係以被保險人之地位、名義行使其對第三人之權利，除非另有意定轉讓，否則該權利仍屬被保險人。保險人可主導訴訟、受領賠償，並為被保險人之利益成立擬制信託，再由保險人將被保險人應得之部分交與被保險人。若是被保險人先已對第三人取得賠償，則在保險人所應得的額度內成立擬制信託<sup>15</sup>，被保險人被視為保險人之擬制受託人（a constructive trustee），被保險人需將該部分交與保險人<sup>16</sup>。英國法的保險代位運作模式與美國相似，保險人仍係以被保險人之地位行使權利。若保險人以被保險人之名義起訴，訴訟將被視為當事人不適格（is

---

等均同。

<sup>14</sup> 詳可參閱陳俊元，再論我國保險人請求權代位之性質，政大法學評論，90期，頁229-300，2006年4月。陳俊元，保險代位之性質與相關問題之探討——以實體代位與程序代位之比較為中心，政治大學風險管理與保險研究所碩士論文，2004年5月。

<sup>15</sup> 如於*National Garment Co. v. New York, C. & St. L. R. Co.*, 173 F.2d 32 (8th Cir. 1949)一案中，運載之貨物遭受超過保險理賠之損失，被保險人即向運送人求償。運送人以被保險人之損失已受到保險之彌補，且被保險人並非有真實利益之當事人而抗辯。法院認為，在此情形下應有兩個真實當事人——就保險人給付之部分為保險人，就被保險人自行負擔之部分為被保險人。若被保險人就全部損失起訴，則就保險人應得之部分，被保險人將被視為保險人之受託人。Alan O. Sykes, *Subrogation and Insolvency* 30 J. LEGAL STUD. 383, 383 (2001).

<sup>16</sup> *North River Ins. Co. v. McKenzie*, 74 So.2d 599 (Ala. 1954). *Krause v. State Farm Mut. Auto. Ins. Co.*, 184 Neb. 588, 593, 169 N.W.2d 601, 604 (1969). *United Sec. Ins. Co. v. Johnson*, 278 N.W.2d 29, 30-1 (Iowa 1979). E. R. H. IVAMY, *GENERAL PRINCIPLE OF INSURANCE LAW* 509 (1993).



not a proper party) 而被駁回<sup>17</sup>。在衡平法理下，英國判決多認為以「優先權」(equitable lien) 或「擬制信託」之概念，被保險人（或保險人）對第三人之求償，會為保險人（或被保險人）之利益成立擬制信託。

### 三、小結與問題之開展

承上所述，保險代位，是為了避免被保險人雙重得利，而使得保險人可向第三人求償的機制。在此基礎架構下，法定移轉理論與英美法的運作模式又不盡相同。在實務運作上，由於保險人理賠之金額，與被保險人對於第三人有請求權的額度，兩者未必相同，其應如何處理，即有待討論。以保險給付小於被保險人對第三人之請求權額度為例，依照法定債權移轉理論，保險人與被保險人即可能同時向第三人請求，此時萬一第三人資力不足，其受償順序為何？於英美法，保險人原則上係以被保險人的名義求償，故在對第三人的關係上，較不會有權利分裂的情形。但保險人與被保險人內部分配代位求償所得時，也會遭遇類似的問題。此時應如何處理，即為本文之目的與重點之所在。因此，下文將由保險人理賠之金額，與被保險人對於第三人有請求權的額度之關係分析起，逐步引出本文欲討論之爭點，並參酌立法例與學說，再詳加分析檢討之。

## 參、爭點整理與評析

### 一、問題背景

由於保險人理賠之金額，與被保險人對於第三人有請求權的額度，兩者未必相同；對此，一般均分三種情況來討論：

---

<sup>17</sup> *Mason v. Sainsbury* (1782) 3 DOUG. K.B. 61.

### (一)保險給付等於被保險人對第三人之請求權額度

保險人於理賠之後，即可取得對於第三人代位求償的權利。而在保險理賠給付等於被保險人損害請求權之範圍時，如足額保險，此時兩者恰好相等，並無差額之問題，也最無爭議。

### (二)保險給付大於被保險人對第三人之請求權額度

如在被保險人與有過失時，此時仍為保險事故之發生，除非有不保之事由，保險人仍應理賠。然被保險人對於第三人之損害賠償請求權，卻因被保險人本身亦有過失的關係，而使得可請求權之額度減少。如此即會產生保險人之理賠額度，大於被保險人可請求賠償額度之情形。此時保險人所得代位請求之額度，究應以其所理賠之金額為準，或是以第三人所應負責之額度為準？在法定移轉理論的架構下，因保險代位為法定之債權移轉，故保險人為繼受取得被保險人之權利，而非原始取得。基於「不得將大於自己之權利讓與他人」之法理，保險人所取得之權利，仍應受到該權利原本之限制<sup>18</sup>。而在英美法的架構下，保險人係以被保險人的地位行使權利，其所能行使者應受到被保險人原有權利的限制，亦屬當然。況且，第三人之損害賠償責任，也不應因保險代位制度而擴大<sup>19</sup>。因

<sup>18</sup> 德國保險契約法第67條第1項後段（詳見後述）、法國1930年保險契約法第36條第1項（L'assureur qui a payé l'indemnité d'assurance est subrogé, jusqu'à concurrence de cette indemnité, dans les droits et actions de l'assuré contre les tiers qui, par leur fait, ont cause le dommage ayant donné lieu à la responsabilité de l'assureur.）。另可參照最高法院65年台上字第2908號判例：「損害賠償祇應填補被害人實際損害，保險人代位被害人請求損害賠償時，依保險法第五十三條第一項規定，如其損害額超過或等於保險人已給付之賠償金額，固得就其賠償之範圍，代位請求賠償，如其損害額小於保險人已給付之賠償金額，則保險人所得代位請求者，應祇以該損害額為限。」

<sup>19</sup> *United States v. California*, 507 U.S. 746, 747-48 (1993). DIGBY C. JESS, THE IN-

此，既然第三人的責任已然減輕，則保險人所得代位之額度仍應以被保險人所得請求者為限，而不能就保險理賠之全部主張代位求償。

### （三）保險給付小於被保險人對第三人之請求權額度

如保險實務上常見的，基於防範道德危險等考量，保險契約經常附加自負額條款或以不足額的方式承保。此時由於保險人僅負部分之責任，故在有應對保險事故負責之第三人時，保險給付即會小於被保險人可對第三人請求之額度。在法定移轉理論下，當保險人理賠後，被保險人之權利即應法定移轉於保險人。但於此因保險人並非為全部理賠，而僅是理賠部分損失，故發生法定移轉者也僅以保險人所理賠者為限，而非全部均移轉與保險人。如此一來，原本被保險人對於第三人之權利，即會「割裂」為二<sup>20</sup>：一為保險人因法定債權移轉而取得者；一為扣除已法定移轉之被保險人對第三人之原請求權。此時，如第三人之資力充足，可以同時滿足保險人與被保人之權利時，自然較無問題。問題是，當第三人資力不足，無法同時滿足保險人與被保人之權利時，此時應以何者為優先？換言之，對於第三人的求償所得應該如何分配？即有重大爭議。而在英美法下，基於擬制信託的法理，保險人固可就全部金額向第三人代位求償；但若保險人與被保險人選擇各自行使權利、或於內部分配時，則也會產生相同的問題。此一情形應如何加以解決，即為本文之重點所在。

---

SURANCE OF COMMERCIAL RISKS: LAW AND PRACTICE 486 (2001).

<sup>20</sup> 尹章華，兩岸海上保險代位制度之比較研究——附我國現行保險法第五十三條第一項修正條文建議稿，保險專刊，40輯，頁105、112，1995年6月。尹章華，同註12，頁121。

## 二、解決模式

對於上述在不足額保險而第三人資力不足時，對第三人的求償所得應如何分配的問題，如果我們在理論上排列組合可能的分配模式，則至少應有：全部均歸於保險人、優先歸於保險人但以理賠金額為限、依保險人與被保險人之損失比例分配、優先歸於被保險人但以損失金額為限、全部均歸於被保險人等模式，茲分述如下<sup>21</sup>：

### (一)保險人單獨受益模式 (insurer: whole plus)

在此模式下，對第三人的求償所得全部均歸於保險人，即使是求償所得超過保險人之理賠亦同。這在實際效果上已等同於被保險人權利的轉讓 (assignment)，換言之，保險人為對第三人求償的單獨受益者。

### (二)保險人優先受償模式 (insurer: whole; insurer-whole doctrine; pro tanto approach)

對第三人的求償所得優先歸於保險人，但以理賠金額為限。如果保險人之損失 (即保險給付之部分) 已經獲得完全補償，多餘者再歸於被保險人。此說在德國稱為「絕對理論」 (absolute

---

<sup>21</sup> 整理自Elaine M. Rinaldi, *Apportionment of Recovery Between Insured and Insurer in a Subrogation Case*, 29 TORT & INS. L.J. 803, 805-06 (1994). J Jr., Keith E. Edeus, *Subrogation of Personal Injury Claims: Toward Ending an Inequitable Practice*, 17 N. ILL. U. L. Rev. 509, 516-17 (1997). Jeffrey A. Greenblatt, *Insurance and Subrogation: When the Pie Isn't Big Enough, Who Eats Last?*, 64 U. CHI. L. REV. 1337, 1341-43 (1997). 林動發譯，營業保險人對於侵權行為人之償還請求權，載：氏著，保險法論著譯作選集，頁122-123，1991年3月；田辺康平，現代保險法，頁143以下，1996年；今井薰、岩崎憲次、栗田和彥、坂口光男、佐藤幸夫、重田晴生，同註9，頁119-120；石田滿，商法IV：保險法，頁209-211，1978年。

theorie)；而在日本則稱為「限度主義」。

### (三)比例分配模式 (pro-rata theory)

依據保險人之損失（即保險給付之部分），與被保險人之損失（未受保險保障之部分）之比例，分配對第三人的求償所得。此說於德國稱為「相對理論」（relative theorie）；而於日本稱為「比例主義」。

### (四)被保險人優先受償模式 (insured: whole; insured-whole doctrine; made-whole doctrine; make-whole doctrine)

本說係以對第三人的求償所得優先歸於被保險人，但以被保險人之實際損失為限。如果被保險人之損失（即不足額保險自負之部分）已經獲得完全補償，多餘者再歸於被保險人。此即一般所稱的「被保人優先受償說」、「被保險人優先原則」。此說於德國稱為「差額理論」（differenz theorie）；日本則稱為「損害額超過主義」。

### (五)被保險人單獨受償模式 (insured: whole plus)

對第三人的求償所得全部均歸於被保險人，即使是同時受領保險給付，致使所得超過被保險人之實際損失亦同。換言之，被保險人為對第三人求償的單獨受益者。

在上述五種模式中，第一種模式使保險人可獲得超過保險給付的利益；第五種模式使被保險人可同時取得保險給付與第三人之賠償，兩說都不符合損失填補原則與保險代位的本質，均不足採。也因此，實務判決與學說上所討論的焦點，即著重在保險人優先受償說、比例分配說與被保人優先受償說三種模式上。

### 三、我國學說與實務見解分析

#### (一)學說見解

就現狀而言，台灣保險法目前對於代位求償所得應如何分配，並未有明文之規定，故學說見解即對此問題有重要之地位。茲將相關學說整理如下：

##### 1. 採比例分配說者

揆諸請求之數額以不逾賠償金額為限，旨在防止被保險人反獲不當之利益也。此點與委付不同，委付經承諾者取得殘存之所有權利，故如失蹤之船舶嗣後尋獲者，保險人取得該船舶之所有權，代位則不然，仍不得逾賠償金額。在不足額保險，依保險法第七十七條，保險人只得按比例請求之<sup>22</sup>。再者，限度主義說（保險人優先受償），以保險人之賠償金額為限度，無視被保險人之不利益，固未盡妥切；而損害額超過主義說（被保險人優先受償），不分全部保險或一部保險，其結果相同，均可獲得完全之填補（多額之保險費與少額之保險費，同獲相等之填補），亦有可議。各說仍以比例主義說較為可取<sup>23</sup>。

##### 2. 採被保險人優先說者

###### (1) 就損失填補原則而言

保險人代位權之規定，旨在於防止被保險人不當得利，事實上，被保險人於全部獲得賠償之前，根本無不當得利之可能，故於被保險人因保險賠償不足填補其損害而對第三人仍保有損害賠償請求權時，若其受償和保險人之行使代位權發生衝突時，應優先保護被保險人之受償權<sup>24</sup>。

<sup>22</sup> 王衛恥，同註12，頁265。

<sup>23</sup> 楊仁壽，論權利代位之取得與行使，法令月刊，42卷4期，頁12，1992年4月。

<sup>24</sup> 整理自江朝國，人壽保險人代位權規定之相關問題探討——以台灣保險法第一

況且，保險人之行使代位權，乃基於衡平法理，避免被保險人獲得填補損害以外之額外利益，其功能是次要的。法律的生命在於經驗而非在邏輯，在填補損害之主要目的未達成之前，不應基於邏輯推理，冒然賦保險人以代位權使之立於平等地位比例求償，否則被保險人受領保險人之保險給付後，保險人立即可本於平等地位向加害第三人比例求償，若加害第三人之積極財產不敷清償之用，將造成被保險人之損害不能獲得完全賠償之結果<sup>25</sup>。

(2)就立法例而言

保險人僅於不損及被保險人原有權利之範圍內，行使其權利。德國保險契約法第六十七條、日本商法第六六二條第二項中，皆有相同旨趣之規定<sup>26</sup>。由於我國保險法第五十三條並無類似之「被保險人優先」規定，當造成保險事故之第三人之財產不足損害總額時，常形成被保險人損害無法優先獲得彌補之現象，宜立即修正保險法，以資救濟<sup>27</sup>。

(3)就被保險人投保之意旨而言

被保險人之向保險人投保，其係交付保費以獲取額外保障，不宜亦不應以其所投保者為足額險抑不足額險而影響其日後獲取全額賠償之機會。又保險之功能原在轉嫁與分散損失，使被保險人之權益獲致充分之保障，在保險人之代位權與被保險人之損失間，以後

---

○三條為中心兼評大陸保險法第六十八條，月旦民商法雜誌，1期，頁98，2003年9月；江朝國，火災保險，頁237-238，1992年3月；江朝國，初探兩岸保險契約法，政大法學評論，56期，頁152-153，1996年12月。相同意旨，梁宇賢，保險法，頁145，1995年2月2版；梁宇賢，保險法新論，頁189，2001年9月；林勳發，保險法修正評述與建議，載：財經法新趨勢研討會會議資料，頁20-21，2002年11月21日。

<sup>25</sup> 劉宗榮，同註6，頁310-311。

<sup>26</sup> 袁宗蔚，同註13，頁159。

<sup>27</sup> 梁宇賢等著，同註6，頁726。

者優先獲償最能符合此意旨<sup>28</sup>。

(4)就保險人之地位而言

保險人維係以「保險人」與「保證人」二種不同之身分從事危險承擔，但前一角色應重於後一角色，故應不適用債權平等原則。換言之，被保險人之過失所致之損失原在保險人之承保範圍以內，保險人對於此部分之損失，不能逕行忽略其「保險人」之身分，其賠償責任，而將「保證人」之身分發揮至極致<sup>29</sup>。

(5)就附合契約之解釋而言

保險契約係屬附合契約，附合契約在表面上雖屬契約之自由，但事實上係屬於一種「交易之不平等」(inequality of bargaining power)。法律為消除此種「交易之不平等」之缺失，乃許主管機關事先加以干涉管理，而且契約如有疑義，應「以作有利於被保險人之解釋為原則」(例如保險法第五十四條之規定)。在此疑義之處，本應朝有利於被保險人之方向解釋，被保險人優先說之見解，正符此解釋原則<sup>30</sup>。

(6)對於反對見解之回應

至於反對見解認為如採損害額超過主義將使不足額保險與足額保險無異，實際上其忽略於不足額保險下被保險人仍須向第三人請求權利時所需負擔之訴訟成本，實與足額保險有所差異。故如進一步依比例主義使被保險人無法填補其損害，而由保險人得就所應負擔之賠償範圍因代位行使之結果而有所減輕，是否有當，不言可

<sup>28</sup> 施文森，論損害填補與代位求償(上)，法官協會雜誌，6卷1期，頁151，2004年6月。

<sup>29</sup> 施文森，論保險人代位求償之範圍，保險學報，2期，頁16，2005年8月。另參照黃健彰，我的過失，誰來承擔——論自負額條款與被保險人與有過失時保險人得代位之金額，律師雜誌，309期，頁86，2005年6月。

<sup>30</sup> 林群弼，同註6，頁288。



喻。因此於代位行使權利之範圍上實不應類如上述比例主義而進一步類推適用我國保險法第七十七條而由保險人按保險金額與保險價額之比例取得對於第三人之請求權。……故縱於保險契約約定自負額且保險事故發生時另有應負賠償義務人之存在時，自應以填補被保險人之損害為優先……<sup>31</sup>。

### 3. 小 結

綜上所述，目前我國學說多採取被保險人優先說，其理由多是自保險制度之本旨在於保障被保險人、被保險人不能反而因投保而受害、以及被保險人根本無不當得利之問題、德日立法例……等等而立論。少數見解採則取比例移轉說，至於採取保險人優先說或其他模式者，則似未有所見。

### (二) 實務見解

至目前為止，台灣法院並未有對於此問題表示明確見解者。學者曾引用最高法院七十四年台上字第八八一號<sup>32</sup>判決為例：「保險

<sup>31</sup> 汪信君，保險法請求權代位與權利移轉之範圍，月旦法學教室，55期，頁27，2007年5月。

<sup>32</sup> 最高法院民刑事裁判選輯，6卷1期，頁361。司法院法學資料檢索系統：<http://jirs.judicial.gov.tw/Index.htm>（最後瀏覽日：2007年5月15日）。本案略為：「本件被上訴人起訴主張：訴外人香港利頗敏獲憶多股份有限公司台灣分公司（以下簡稱台灣利頗敏公司）於民國七十三年三月間，就其展售之卡地亞鑽錶二十二只，向伊投保商業動產流動綜合保險，保險期間自七十三年三月二十八日起至同年四月三十日止，保險金額為新台幣（以下同）二百十五萬零七百二十元，不料台灣利頗敏公司置於該公司直營之茱麗專賣服務中心（以下簡稱茱麗中心）之前述卡地亞鑽錶二十二只，於七十三年四月十九日夜晚失竊，伊業於同年七月三日依約如數理賠。查上訴人與台灣利頗敏公司訂有保全服務契約，由上訴人在茱麗中心裝設安全專線自動報警系統，對該中心營業用品之安全提供防火、防盜、防災設備，負保全之責任。上訴人所裝置之感知器材及專線受信轉換機，於失竊當晚均告失靈，上訴人所僱服務人員亦未能及時

到達現場，致台灣利頗敏公司受有損害，上訴人依約對台灣利頗敏公司應負賠償責任。伊於理賠後，自得依保險法第五十三條第一項規定，代位行使台灣利頗敏公司對於上訴人之損害賠償請求權等情，求為命上訴人給付伊二百十五萬零七百二十元及自七十三年七月四日起加給法定遲延利息之判決。

上訴人則以：伊已於七十三年七月十二日依約賠償台灣利頗敏公司最高賠償額四百萬元，台灣利頗敏公司依約定不得再向伊提出任何要求，被上訴人自亦無從代位求償。且伊與台灣利頗敏公司間僅止於契約關係，伊並非侵權行為人，非屬被上訴人代位求償權之對象等語，資為抗辯。

原審將第一審所為被上訴人敗訴之判決廢棄，改為如其所聲明之判決，係以：台灣利頗敏公司所屬榮麗中心，於七十三年四月十九日夜間失竊之物品，除卡地亞鑽錶二十二只外，尚有其他鑽錶、金筆、打火機、皮包、皮帶等，共值七百餘萬元，其中卡地亞鑽錶二十二只，曾向被上訴人投保，被上訴人業於七十三年七月三日依約賠償台灣利頗敏公司二百十五萬零七百二十元，查保險法第五十三條規定之代位權，其行使之對象，並不以侵權行為之第三人為限，苟保險人應負責任之事故，係因可歸責於第三人之事由而發生，而被保險人對該第三人損害賠償請求權時，保險人於理賠後即得行使此項請求權，上訴人因未盡保全義務，致台灣利頗敏公司所有前述物品失竊，其對台灣利頗敏公司自應負債務不履行之損害賠償責任，被上訴人就其承保之卡地亞鑽錶二十二只部分，於依保險契約理賠後，代位台灣利頗敏公司對於上訴人請求賠償，自無不合。至上訴人雖於七十三年七月十二日與台灣利頗敏公司成立協議，由上訴人依保全服務契約賠償台灣利頗敏公司失竊物品之損失四百萬元，台灣利頗敏公司並同意不再向上訴人提出任何請求，惟此乃在上訴人受債權讓與通知後始生之事由，要無執以對抗被上訴人之餘地。從而，被上訴人請求上訴人賠償二百十五萬零七百二十元及其法定遲延利息，即屬正當等詞，為其判斷之基礎。

惟查保險給付請求權之發生，係以保險契約為基礎，而保險人於給付保險金額後，得代位行使被保險人對於第三人之請求權，則係基於保險法第五十三條第一項之規定，二者賠償範圍並非必一致，苟被保險人對於第三人之請求權有一定之限額，而保險人已給付之賠償金額即令超過此項限額，其所得代位請求第三人賠償之數額，仍不得逾此限額。本件台灣利頗敏公司失竊之物品，除卡地亞鑽錶二十二只外，尚有其他鑽錶、金筆、打火機、皮包、皮帶等，共值七百餘萬元，為原審所確定之事實，而上訴人與台灣利頗敏公司所訂保全服務契約書約定「每一事故，對物賠償最高限額為新台幣四百萬元」，有前述契約書在卷可稽，則台灣利頗敏公司於前開失竊事故中，雖損失七百餘萬元（詳細數額原審並未確定），惟依約僅得向上訴人請求賠償四百萬元，亦即台灣利頗敏公

給付請求權之發生，係以保險契約為基礎，而保險人於給付保險金額後，得代位行使被保險人對於第三人之請求權，則係基於保險法第五十三條第一項之規定，二者賠償範圍並非必一致，苟被保險人對於第三人之請求權有一定之限額，而保險人已給付之賠償金額即令超過此項限額。台灣利頗敏公司於前開失竊事故中，雖損失七百餘萬元，惟依約僅得向上訴人請求賠償四百萬元，亦即台灣利頗敏公司就前開失竊事故中，其對每一物品之損失，僅得向上訴人請求該物品實際價值之七百餘萬分之四百萬之賠償，並不得按每一物品之價值請求全額賠償。」學說並認為，此判決因原審「並未查明該卡地亞鑽錶二十二只之價值若干」，故未就其為全部或一部保險，再予詳論，雖有其不得已之苦衷，惟其隱約之間，似在轉述比例主義說之訊息<sup>33</sup>。但因本判決畢竟未明確表示見解，系爭事實也非直接相關，故對於法院是否確有採取比例分配說之意，本文暫先持較為保留之態度。

#### 四、立法例分析與評釋

##### (一) 德國

在德國，通說係以被保險人之損害填補為優先考量，認為此時

---

公司就前開失竊事故中，其對每一物品之損失，僅得向上訴人請求該物品實際價值之七百餘萬分之四百萬之賠償，並不得按每一物品之價值請求額賠償。原審認台灣利頗敏公司以前述發生同一事故中之卡地亞鑽錶二十二只，向被上訴人投保保險金額為二百十五萬零七百二十元之商業動產流動綜合保險，並未查明該卡地亞鑽錶二十二只之價值若干，即以台灣利頗敏公司於保險事故發生後，已依約向被上訴人索賠二百十五萬零七百二十元而確定被上訴人得代位向上訴人請求賠償之數額為二百十五萬零七百二十元，尚有不當。上訴論旨，指摘原判決不當，求予廢棄，非無理由。」

<sup>33</sup> 楊仁壽，同註23，頁12。

被保險人本身之權利既然尚未受到完全的補償，根本無不當得利之問題，應許被保險人就該不足之部分繼續向第三人求償。且被保險人求償之權利，不能因有投保卻反而受害，此即為「被保險人優先原則」(Quotenvorrecht)<sup>34</sup>。目前德國學界及聯邦最高法院均採此說。論者認為，僅有此說符合立法資料所示的基本理念，但自保險契約法制定後，德國最高法院竟然花費了四十六年之時間始獲得此一結論，實令人驚訝<sup>35</sup>。德國法保險契約法第六十七條<sup>36</sup>規定：「要保人有權對第三人請求損害賠償者，於保險人填補要保人之損害後，要保人對於第三人之請求權移轉予保險人。該移轉之主張不得不利於要保人。若要保人拋棄對第三人之請求權或其請求權之擔保權者，保險人於其得依該請求權或擔保權請求給付之範圍內，免除填補義務。要保人之請求權係對同居之家屬者，保險人無代位權；但損害係由其故意造成者，不在此限。」其中：「該移轉之主張不得不利於要保人」，亦即保險人行使代位權不得損害被保險人之權益，一般認為此即為被保險人優先受償的明文。

---

<sup>34</sup> 江朝國，同註13，頁478-479。

<sup>35</sup> 林勳發譯，同註21，頁123。

<sup>36</sup> 江朝國譯，德國保險法，頁102-103，1993年10月。原文為：“(1) Steht dem Versicherungsnehmer ein Anspruch auf Ersatz des Schadens gegen einen Dritten zu, so geht der Anspruch auf den Versicherer über, soweit dieser dem Versicherungsnehmer den Schaden ersetzt. Der Übergang kann nicht zum Nachteil des Versicherungsnehmers geltend gemacht werden. Gibt der Versicherungsnehmer seinen Anspruch gegen den Dritten oder ein zur Sicherung des Anspruchs dienendes Recht auf, so wird der Versicherer von seiner Ersatzpflicht insoweit frei, als er aus dem Anspruch oder dem Recht hätte Ersatz erlangen können. (2) Richtet sich der Ersatzanspruch des Versicherungsnehmers gegen einen mit ihm in häuslicher Gemeinschaft lebenden Familienangehörigen, so ist der Übergang ausgeschlossen; der Anspruch geht jedoch über, wenn der Angehörige den Schaden vorsätzlich verursacht hat.”

## （二）日本

日本商法第六六二條<sup>37</sup>：「損害因第三人之行為而發生者，保險人對被保險人支付其負擔額時，於支付金額之限度內，取得要保人或被保險人對第三人所有之權利。保險人對被保險人支付其負擔額之一部時，僅於不妨害要保人或被保險人之權利範圍內，得行使前項規定之權利。」為保險代位之規範，意旨在於防止被保險人不當得利、避免造成損害之第三人不當免責、調整當事人間權利關係<sup>38</sup>。於不足額保險時保險人與被保險人間優先受償順序之問題，主要之討論也是在保險人優先受償說（限度主義、絕對說）、比例主義（相對說）與被保人優先受償說（損害超過主義、差額說）三說<sup>39</sup>上。而在保護被保險人之意旨以及第六六二條第二項「保險人對被保險人支付其負擔額之一部時，僅於不妨害要保人或被保險人之權利範圍內，得行使前項規定之權利」的明文規定下，多數學說係採取被保人優先受償說<sup>40</sup>之立場。

<sup>37</sup> 劉春堂譯，日本保險法規，頁7，財團法人保險事業發展中心，1994年4月。原文為：「損害カ第三者ノ行為ニ因リテ生シタル場合ニ於テ保險者カ被保險者ニ対シ其負担額ヲ支払ヒタルトキハ其支払ヒタル金額ノ限度ニ於テ保險契約者又ハ被保險者カ第三者ニ対シテ有セル權利ヲ取得ス。2保險者カ被保險者ニ対シ其負担額ノ一部ヲ支払ヒタルトキハ保險契約者又ハ被保險者ノ權利ヲ害セサル範圍内ニ於テノミ前項ニ定メタル權利ヲ行フコトヲ得」。

<sup>38</sup> 倉沢康一郎，保險契約の法理，頁141，1975年。田辺康平，保險契約の基本構造，頁260，1980年。

<sup>39</sup> 鈴木辰紀，火災保險契約論，頁93-102，1980年。田辺康平，一部保險における保險者の請求權代位，載：保險法の理論と解釈，頁147以下，1981年。今井薰、岩崎憲次、栗田和彦、坂口光男、佐藤幸夫、重田晴生，同註9，頁119-120。西島梅治，保險法，頁197-201，1995年2月。

<sup>40</sup> 山下友信、竹瀆修、洲崎博史、山本哲生，保險法，頁152-154，1999年。倉沢康一郎，保險法通論，頁72-73，2004年。

### (三)大陸

#### 1. 保險人代位權之規範

大陸保險法第四十五條規定：「因第三者對保險標的的損害而造成保險事故的，保險人自向被保險人賠償保險金之日起，在賠償金額範圍內代位行使被保險人對第三者請求賠償的權利。前款規定的保險事故發生後，被保險人已經從第三者取得損害賠償的，保險人賠償保險金時，可以相應扣減被保險人從第三者已取得的賠償金額。保險人依照第一款行使代位請求賠償的權利，不影響被保險人就未取得賠償的部分向第三者請求賠償的權利。」依此，保險人得自向被保險人賠償保險金之日起，在賠償金額範圍內代位行使被保險人對第三者請求賠償的權利。此即保險人之「代位求償權」<sup>41</sup>。若被保險人已經從第三者取得損害賠償的，保險人賠償保險金時，可以相應扣減被保險人從第三者已取得的賠償金額。此為保險人「扣除權」<sup>42</sup>，亦為台灣保險法所無。

#### 2. 被保險人優先說之採行

就損失填補原則的精神而言，保險人在代位中享有的權益以其對被保險人賠償的金額為限，如果保險人從第三人追償的金額大於對被保險人的賠償，則超出的部份應歸還被保險人所有，保險人不能透過代位權行使損害了被保險人之權益<sup>43</sup>，即代位求償權不具排他性。同樣的，在不足額保險的情形下，保險人代位權利之行使，與被保險人對第三人請求權之順序為何？應以何者為優先？

對此，大陸學者也是專注在保險人優先受償說、比例分配說與

<sup>41</sup> 馬原主編，同註11，頁148-149。

<sup>42</sup> 孫蓉，保險法概論，頁132，1999年5月。劉鵬舉，淺議保險代位權與保險金扣除權的實現，山東審判，4期，頁77，2004年。

<sup>43</sup> 樊啓榮主編，保險法論，頁217，2001年6月。

被保人優先受償說三種模式的討論上。有學說採取比例分配說，其以一九〇六年英國海上保險法（*Marine Insurance Act, 1906*）第八十一條<sup>44</sup>為據，將被保險人視為不足額保險的共同保險人，所以對於第三人賠償的分配即應依各自負責的比率定之<sup>45</sup>。惟大陸多數學說採取被保險人優先說，其理由略為：保險代位權是以保護被保險人得到充分補償為意旨的，被保險人的賠償請求權應優先受償於保險人的代位權，不可適用民法中債權人平等原則。否則，被保險人為防止保險人行使代位求償勢必採取損害賠償的「先訴」步驟，而又必須顧及向保險人「索賠」的時效，處於兩難境地；與之相對應，保險人基於其自身利益的考慮，完全可以借其訴訟技巧上的優勢地位以及經濟上的便利，以給付保險賠償金為條件而先於被保險人從第三人處獲得代位賠償，這將損害被保險人的利益<sup>46</sup>。再者，採用絕對說或相對說，無疑是在法律制度上設立了一種鼓勵被保險人先向保險人，而不是先向最終責任人（第三者）請求賠償的制度<sup>47</sup>。另外，保險人因賠付被保險人的「損失」部分已事先取得保費作為對價，從長遠看，保費終值等於總賠款，或以投資等方式來彌補賠款的「損失」，但被保險人的損失卻沒有獲得補償的來源。從各國保險慣例看，保險條款是由討價能力較強的保險人所制定的，保險人對代位追償問題已有所考慮，且保險條款通常傾向於保險人的利益，因此，一旦對保險條款含義彼此間有分歧時，應以作出有利於被保險人的解釋為原則<sup>48</sup>。綜上所述，目前大陸亦以被保

<sup>44</sup> 詳請參照後文關於英國法的討論。

<sup>45</sup> 陳欣，保險法，頁206、207，2000年9月。

<sup>46</sup> 鄒海林，保險法，頁258，1998年。

<sup>47</sup> 程兵、任潔，不足額保險中的保險金扣除權和保險代位權的實現，河海大學學報（哲學社會科學版），4期，頁44，2002年。

<sup>48</sup> 閻彬，不足額保險條件下的保險代位權的行使，保險研究，1期，頁85，2006年。

險人優先說為通說。

### 3. 現行法之疑義

值得注意的是，對於此一問題，台灣學說有以大陸保險法第四十五條第三款之規定：「保險人依照第一款行使代位請求賠償的權利，不影響被保險人就未取得賠償的部分向第三者請求賠償的權利。」為據，認為其中所謂「不影響」即為被保險人優先受償原則之體現<sup>49</sup>，而與德國保險契約法第六十七條相同，故亦較台灣為優<sup>50</sup>。然而，由於在未獲得賠償的部分，被保險人本來就可以向第三人賠償，第四十五條第三款文義上應只在重申此意旨，而似未明確指出被保險人優先受償原則之意涵。故從文義解釋的立場而言，上述推理似有疑義。又大陸學者雖多採取被保險人優先說，但幾乎都不認為大陸保險法第四十五條有表彰此原則之意涵，這由大陸學者多要求修法增訂被保險人優先說之明文，或是對於該法加以批評<sup>51</sup>即可得知。由上可知，第四十五條第三款之意義不明，導致解釋上產生無窮爭議；未來實應重新加以解釋或修正之，方為正本清源之策<sup>52</sup>。又大陸海商法第二五六條規定：「除本法第二百五十五條的規定外，保險標的發生全損，保險人支付全部保險金額的，取得對保險標的的全部權利；但是，在不足額保險的情況下，保險人

<sup>49</sup> 江朝國，同註24，頁153。

<sup>50</sup> 江朝國，同註24，頁153。賴上林，兩岸保險法之比較，頁65，1997年2月。

<sup>51</sup> 孫積祿，保險代位權研究，法律科學——西北政法學院學報，3期，頁86，2003年。劉鵬舉，同註42，頁79。

<sup>52</sup> 另參照「最高人民法院關於審理保險糾紛案件若干問題的解釋（徵求意見稿）」第27條（代位權訴訟）第3款：「根據保險法第四十五條第三款的規定，被保險人的損失優先賠償。」對此之不同意見，如有從業者之立場，認為被保險人優先受償應容許另行之約定，詳請參照上海保險學會關於最高人民法院「關於審理保險糾紛案件若干問題的解釋（徵求意見稿）」的建議，上海保險，2期，頁21，2004年。



按照保險金額與保險價值的比例取得對保險標的的部分權利。」則似又較偏向比例分配說。因此，就大陸之現行法而言，似尚不足以推論出採取被保險人優先之立場，而有待未來立法進一步之釐清。

#### （四）英 國

##### 1. 原則——被保險人優先說

於英國法，保險人係以被保險人之地位行使權利，其可行使被保險人關於該損失的一切權利與救濟。保險人可主導訴訟、受領賠償，並為被保險人之利益成立擬制信託，再由保險人將被保險人應得之部分交與被保險人。若是被保險人先已對第三人取得賠償，則在保險人所應得的額度內成立擬制信託，被保險人被視為保險人之擬制受託人，被保險人需將該部分交與保險人。因此，一般均認為，須待被保險人之損失填補完成，代位所得之利益方能歸於保險人<sup>53</sup>。法理上之理由大約可分為兩點：第一，在被保險人之損失尚未填補完成之前，根本無保險代位「防止」被保險人不當得利之問題。第二，法律除了要防止被保險人不當得利以外，也必須要確保被保險人能夠得到完全之補償<sup>54</sup>。

##### 2. 例 外

###### （1）定值保險（Valued policy）

①在定值保險，依一九〇六年英國海上保險法（Marine Insurance Act, 1906; MIA 1906）第二十七條第二<sup>55</sup>、三<sup>56</sup>項之規定，在

<sup>53</sup> FREDERICK TEMPLEMAN, TEMPLEMAN ON MARINE INSURANCE: ITS PRINCIPLE AND PRACTICE 452 (1986). F. D. ROSE, MARINE INSURANCE: LAW AND PRACTICE 532-3 (2004). *Burnand v. Rodocanachi*, (1882) 7 App. Cas. 333. *H Cousins & Co Ltd. v D & C Carriers Ltd.* (1971) 2 QB 230. *Hobbs v. Marlowe* (1978) A. C. 16.

<sup>54</sup> ROSE, *id.* at 552.

<sup>55</sup> The MIA 1906, s 27(2): *A valued policy is a policy which specifies the agreed value of the subject-matter insured.*

無詐欺的情形下，依本法所約定的定值保險在保險人與被保險人之間具有決定性之效力。也因此，英國法院認為，即使該物之實際價值較約定價值為高，保險人仍係依約定價值向被保險人負責，被保險人亦須在價值內方能主張代位求償之利益。就效果上而言，似屬前述的保險人優先說。以下以數則具有重要地位的判決加以說明之：

*A. North of England Ins Assn. v. Armstrong*<sup>57</sup>

本案被保險船舶約定價值為六千英鎊，與另一船舶相撞後沈沒後，保險人即依全損賠償六千英鎊。但船舶之實際價值對九千英鎊。之後，被保險人由另一肇事船舶之船主得到五千英鎊的賠償。法院認為，被保險船舶既然已約定價值為六千英鎊，為了貫徹此一目的與禁反言之法理，被保險人即應受此約定價值之拘束。因此，之後因船舶損失所得的一切賠償，基於殘餘物之本質，均應屬於保險人所有。

*B. Thames & Mersey Marine Insurance Co v. British & Chilian Steamship Co*<sup>58</sup>

案被保險船舶約定價值為四萬五千英鎊。在被另一船碰撞而沈沒之後，保險人即依全損賠付保險金。在此碰撞中雙方船舶均有過失，相抵後被保險船舶可向另一船主張該損失的十二分之五。之後被保險船舶的實際價值被判定為六萬五千英鎊，被保險人並受領該損失十二分之五的賠償。之後保險人即主張其應有權代位被保險人

---

<sup>56</sup> The MIA 1906, s 27(3): *Subject to the provisions of this Act, and in the absence of fraud, the value fixed by the policy is, as between the insurer and assured, conclusive of the insurable value of the subject intended to be insured, whether the loss be total or partial.*

<sup>57</sup> (1870) LR 5 QB 244.

<sup>58</sup> (1916)1 K.B. 30 1915 WL 18535.

以取得該筆賠償。本案法院認為，只要保險人求償所得未超過理賠之金額，保險人即有權取得被保險人關於該損失所得的一切賠償，即使是實際價值高於約定價值亦同。

*C. Goole & Hull Steam Towing Co. Ltd. v. Ocean Marine Ins Co. Ltd.*<sup>59</sup>

在本案中，被保險船舶約定價值四千英鎊，與另一船舶碰撞後所需之費用（亦即受損之價值）為五千英鎊。被保險人向第三人求償時，因與有過失故獲得二千五百英鎊。被保險人即就剩餘的二千五百英鎊向保險人求償。保險人則主張其四千英鎊責任中的二千五百英鎊被保險人已經回復，故保險人應負責者為一千五百英鎊。對此法院引用海上保險法第七十九條第二項<sup>60</sup>，而認為保險人應有權取得該二千五百英鎊的全部利益。既然被保險人已經先對第三人求償，又被保險船舶已約定價值為四千英鎊，則被保險人僅能就無法向第三人求償之一千五百英鎊向保險人索賠。

② 損失均分條款（The average clause）

依據一九〇六年英國海上保險法（Marine Insurance Act, 1906; MIA 1906）第八十一條<sup>61</sup>，被保險人視為不足額保險的共同保險

---

<sup>59</sup> (1928)1 KB 589.

<sup>60</sup> The MIA 1906, s 79(2): *Subject to the foregoing provisions, where the insurer pays for a partial loss, he acquires no title to the subject-matter insured, or such part of it as may remain, but he is thereupon subrogated to all rights and remedies of the assured in and in respect of the subject-matter insured as from the time of the casualty causing the loss, in so far as the assured has been indemnified, according to this Act, by such payment for the loss.*

<sup>61</sup> The MIA 1906, s 81. EFFECT OF UNDER INSURANCE: *Where the assured is insured for an amount less than the insurable value or, in the case of a valued policy, for an amount less than the policy valuation, he is deemed to be his own insurer in respect of the uninsured balance.*

人。同理，對於第三人賠償的分配即應依各自負責的比率定之。在一九〇七年 *The Commonwealth*<sup>62</sup> 一案中，船舶之約定價值為一千三百五十英鎊，被保險人投保不足額保險一千英鎊。在此情形下，法院認為，被保險船主就未投保之三百五十英鎊之部分應視自己為保險人，也因此，船舶全損後所得向第三人求償的一千英鎊，即應依據被保險人自行負擔之三百五十英鎊與保險人賠出的一千英鎊決定分配之比例。而在實務逐漸採行損失均分條款（*The average clause*）的情形下，此一分配方式也逐漸擴展至海上保險以外的領域。

(2) 自負額——*Napier and Ettrick (Lord) v. Hunter*

對於附有自負額之情形時，對第三人之求償所得應如何加以分配？實務與學理上最具重要性者為 *Napier and Ettrick (Lord) v. Hunter*<sup>63</sup> 一案。在本案中，Outhwaite 辛迭卡（Syndicate）中之成員與再保險人訂立再保險契約，約定損失超過一定限度時，再保險人即應予理賠。該成員於一九八二年時遭受嚴重損失，並自第三人處取得賠償。之後再保險人即起訴主張代位求償之權利。

對此，法院採取了“pay up and recover down”原則，亦即保險人在有自負額時，就該部分保險人（即本案之再保險人）應優先受償代位求償之利益，如有剩餘再歸於被保險人。按因保險人本來就應該在超過自負額之部分方需負責。此判決常被批評為忽視了被保險人自行負擔自負額損失之風險，對於被保險人誠屬不公<sup>64</sup>。亦有不同見解以為，不足額保險的保費通常會低於足額保險的保費，也因此，就自負額的部分，實際上等於被保險人以節省下來的保費來

<sup>62</sup> 22 T. L. R. 475.

<sup>63</sup> (1993) 1 Lloyd's Rep 197; (1993) AC 713.

<sup>64</sup> 黃裕凱，同註12，頁22。對於此案的詳細說明與分析，請參見ROSE, *supra* note 53, at 552-60.

自己負擔、承保<sup>65</sup>。被保險人與保險人應為共同保險人之地位，故而較偏向比例分配說之結論<sup>66</sup>。

(3)當事人另行約定

值得注意的是，如果保險契約之當事人對於代位求償所得的分配方式，另有清楚的契約條款約定時，其約定將可取代既有的分配法則而優先適用<sup>67</sup>。既有的被保險人優先受償模式，不論其優點，實限制海上保險於過小的空間<sup>68</sup>。因而在實務上，特別是海上保險領域，許多條款均有各自的分配法則。如以下之條款<sup>69</sup>：

①Institute Time Clauses Hull 1995

12.3 *Excluding any interest comprised therein, recoveries against any claim which is subject to the above deductible shall be credited to the Underwriters in full to the extent of the sum by which the aggregate of the claim unreduced by any recoveries exceeds the above deductible.*

本條款即約定，保險人應有優先受償對於第三人求償之所得，效果上為保險人優先說。

②International Hull Clauses 2003

49.4 *In the event of recoveries from third parties in respect of claims which have been paid in whole or in part under this insurance, such recoveries shall be distributed between the Underwriters and the Assured as follows*

49.4.1 *the reasonable costs and expenses incurred in making such*

<sup>65</sup> R. M. WALMSLEY, FIRE INSURANCE LAW & CLAIMS 268-69 (1997).

<sup>66</sup> Walmsley也認為不論是任意性的自負額、或是保險人所要求賦予的自負額，總之其保費都會較無自負額的保單來的貴，因而不應構成法律上的區別。Id.

<sup>67</sup> ROSE, *supra* note 53, at 561.

<sup>68</sup> ROSE, *supra* note 53, at 552.

<sup>69</sup> ROSE, *supra* note 53, at 561-62.

*recoveries from the third party shall be deducted first and returned to the paying party*

*49.4.2 the balance shall be apportioned between the Underwriters and the Assured in the same proportion that the insured losses and uninsured losses bear to the total of the insured and uninsured losses. For the purposes of Clause 49.2 and this Clause 49.4.2, uninsured losses shall mean loss of or damage to the subject-matter insured and any liability or expense which would have been recoverable under this insurance, but for the application of deductible(s) under Clause 15 and the limits of this insurance*

本條採取了不同的分配方式，大致上是採取比例分配說，亦即以保險人與被保險人各自之損失來比例分配代位求償之所得。

### 3. 小 結

綜上所述，英國法院原則上係採取被保險人優先說，並在一定的情形下容許適用保險人優先說、比例分配說或另行約定。然對於上述例外之案例，卻常為論者所批評。如就廣受到引用的*North of England Ins Assn. v. Armstrong*一案而言，論者即認為顯然違反了防止被保險人不當得利的保險代位意旨。判決也混淆了委付（Abandonment）與代位（Subrogation）——前者保險人可取得該物的一切利益，但在後者保險人只能就理賠之部分代位行使被保險人之權利以求償而已<sup>70</sup>。因此，學說上即認為，只要被保險人尚未完全填補其損害，當然就沒有不當得利之可能。除非被保險人之損失填補完成，否則保險人應不得行使代位權；此一原則實不應因定

---

<sup>70</sup> *Simpson v. Thompson* (1877) 3 App. Cas. 279. JOSEPH ARNOULD, ARNOULD'S LAW OF MARINE INSURANCE AND AVERAGES 1085 (1981).

值保險、附有自負額或損失均分條款而有任何不同<sup>71</sup>。

#### (五)美 國

在保險人代位權利之行使、與被保險人對第三人請求權之順序此一問題的處理上，美國法則呈現了多元而豐富的態樣。相關案例與學說見解，固然多有採取被保險人優先之見解者，但仍有採取不同類型之見解。即使是在採取被保險人優先的架構下，亦非如此單純，而更包含了更多細緻的類型。例如，對於保險人優先原則是否可以當事人間之約定加以排除，美國法即有相當豐富的論證歷程。更令人矚目的是，近年來對於被保險人優先說的根本性檢討日趨熱烈，漸有學說由不同的角度、價值判斷或研究方法，提供了許多不同意見，誠值吾人參酌。為求體系上之完整，本文將另於下節中，對被保險人優先說在美國法的發展與近況，做一較為詳細的說明與分析。

### 五、美國法之發展與近況

#### (一)法院判決

##### 1. 採被保險人優先受償模式者

大略而言，目前美國法院見解，較多數仍偏向被保險人優先說。對於此一情形有有重要影響地位者，為聯邦最高法院 *American Society Co. v. Westinghouse Electric Manufacturing Co.*<sup>72</sup>一案。本案並非直接關於保險代位之案件，但是其推論法理卻成為後來被保險人優先受償模式的重要基礎。在本案中，承包商完成工作後取得了

<sup>71</sup> Juei-cheng Jao, *A Quest for Subrogation in Insurance: To Formulate a Model Statute by Comparative Study*, 5(1) INSURANCE ISSUES AND PRACTICES 1, 26 (2006.3).

<sup>72</sup> 296 U.S. 133 (1935).

90%的價款，但是後來並沒有對其供應商、次承包商支付價款。這些債權人後來對於承包商的保證人起訴，但該保證人的資力並不足以清償承包商的所有債務。後來該未給付給承包商的10%價款成為可分配的標的，債權人與保證人即對此筆價款各自主張優先權而起訴。法院認為，債權人應有較保證人優先受償之權利。亦即須待債權人受償完畢，其他方歸於保證人。此一判決後即被法院與學說被引用於保險案件中<sup>73</sup>。

而在州法院判決方面，具有重要地位者為威斯康辛州（Wisconsin）的*Garrity v. Rural Mut. Ins. Co.*一案<sup>74</sup>。在本案中，被保險人Garrity因失火遭受損失，並得到保險人六七二二七·一二元的賠償。被保險人並就全部十一萬元的損失向第三人求償，但第三人之資力僅有二萬五千元。法院認為，因為保險人收受被保險人之保費，故應承擔損失之風險；所以在被保險人獲得完全賠償之前，保險人應無行使代位權之餘地。更重要的是，基於普通法（Common-Law）下的保險代位法理，即使本文中保險契約與代位求償收據上均載有「保險人優先受償條款<sup>75</sup>」，但是法院仍認為其無從改變普

<sup>73</sup> Edeus, Jr., *supra* note 21, at 517.

<sup>74</sup> 7 Wis. 2d 537; 253 N.W.2d 512 (1977). Also see *Rimes v. State Farm Mut. Auto Ins. Co.*, 106 Wis.2d 263, 316 N.W.2d 348 (1982); *Waukesha County v. Johnson*, 107 Wis.2d 155, 320 N.W.2d 1 (Ct. App. 1982); *Vogt v. Schroeder*, 129 Wis.2d 3, 383 N.W.2d 876 (1986); *Wondrowitz v. Swenson*, 132 Wis.2d 251, 392 N.W.2d 449 (Ct. App. 1986); *Valley Forge Ins. Co. v. Home Mut. Ins. Co.*, 133 Wis.2d 364, 396 N.W.2d 348 (Ct. App. 1986); *Blue Cross & Blue Shield United of Wis. v. Fireman's Fund Ins. Co. of Wis.*, 140 Wis.2d 544, 411 N.W.2d 133 (1987); *Mutual Serv. Casualty Co. v. American Family Ins. Group*, 140 Wis.2d 555, 410 N.W.2d 582 (1987). Linda J. Gobis, *Lambert v. Wrench: Another Step Toward Abrogation of the Collateral Source Rule in Wisconsin*, 1988 WILR 857, note 47 (1998).

<sup>75</sup> “whereby the fire insurance company became subrogated to all of the rights, claims and interests which the plaintiffs had against any person or corporation liable for



通法下被保險人之權利<sup>76</sup>。其他重要的州法院判決，例如Montana州的 *Skauge v. Mountain States Telephone & Telegraph Co.*<sup>77</sup>、Tennessee州的 *Wimberly v. American Casualty Co.*<sup>78</sup>，Louisiana州的 *Southern Farm Bureau Casualty Insurance Co. v. Sonnier*<sup>79</sup>……，均都採取被保險人優先說之見解。

承上所述，目前美國法院多數見解認為應以保障被保險人之權利為優先，但仍以其損失為限。保險人須待被保險人得到完整之填補（made whole）後方得受償、行使代位權；換言之，非於被保險人之損害全部獲得補償（made-whole）前，保險人不能主張其利益<sup>80</sup>。此即為美國法通稱的“made-whole doctrine”、“make-whole doctrine”、“insured-whole rule”<sup>81</sup>、“complete compensation rule”或“full compensation rule”。主要的理由大致可以歸納為兩點<sup>82</sup>，第一，在被保險人獲得足額補償前，應無不當得利之可能，故亦無適用代位之必要。第二，損失的風險應由收取保費的保險人來承擔<sup>83</sup>。也因此，保險人在主張代位之前，需對被保險人已經受完整

---

the loss ....”

<sup>76</sup> 本案即拒絕適用了 *Peterson v. Ohio Farmers Ins. Co.* 案的推理，詳見後述。也因此，本案見解最受爭議的，就是似乎忽略了意定代位與法定代位之區別。但此一模糊的態度也逐漸被之後的判決所遵循。Rinaldi, *supra* note 21, at 809.

<sup>77</sup> 565 P.2d 628 (Mont. 1977).

<sup>78</sup> 584 S.W.2d 200 (Tenn. 1979).

<sup>79</sup> 406 So. 2d 178 (La. 1981).

<sup>80</sup> *York v. Sevier County Ambulance Authority*, 8 S.W.3d 616, 621 (Tenn. 1999). *Ploen v. Union Ins. Co.*, 573 N.W.2d 436, 440 (Neb. 1998). *Cowden v. Aetna*, 134 A.2d 223, 228 (Pa. 1957). ROBERT I. MEHR & E. CAMMACK, PRINCIPLE OF INSURANCE 133 (1980).

<sup>81</sup> Rinaldi, *supra* note 21, at 807.

<sup>82</sup> Greenblatt, *supra* note 21, at 1343.

<sup>83</sup> *Garrity v. Rural Mutual Insurance Co.*, 253 N.W.2d 512, 514 (Wis. 1977) *Skauge v.*

補償有舉證之責<sup>84</sup>。而所謂「已得完全之補償」，近年來之見解多認為，包括律師費、訴訟費用等均需加入考量<sup>85</sup>。更有見解認為，即使當事人間有其他或相反的明確約定，被保險人仍有優先受償之地位<sup>86</sup>。對於特別約定的問題，美國法上有許多的實務與學說見解進行了更一步的討論與分析，本於將於下文：「更細緻的類性化」中，再予以詳述<sup>87</sup>。

---

*Mountain States Tel. & Tel. Co.*, 565 P.2d 628, 632 (Mont. 1977)

<sup>84</sup> John Dwight Ingram, *Priority Between Insurer and Insured in Subrogation Recoveries*, 3 CONN. INS. L. J. 105, 113 (1996-97).

<sup>85</sup> *Washtenaw Mut. Fire Ins. Co. v. Budd*, 175 N.W. 231, 233 (Mich. 1919). 關於律師費用之問題，美國法尚有所謂“common fund”原則，其法理在於，如果會因求償而獲利者，就應該參與或分擔求償之費用，否則將形同不當得利。詳可參見 *Trustees v. Greenough*, 105 U.S. 527. Robert J. Thompson, *The Common Fund Doctrine: An Uncommonly Used Precept in Personal Injury Cases*, 84 ILL. B.J. 570 (1996). Johnny Parker, *The Common Fund Doctrine: Coming of Age in the Law of Insurance Subrogation*, 31 IND. L. REV. 313 (1998).

<sup>86</sup> *Powell v. Blue Cross and Blue Shield of Alabama*, 581 So.2d 772 (Ala. 1990). Ingram, *supra* note 86, at 113. Sykes, *supra* note 15, at 385.

<sup>87</sup> 採取被保險人優先受償模式之判決，除前述以外，略有：*Marquez v. Prudential Property & Cas. Ins. Co.*, 620 P.2d 29 (Colo. 1980); *Florida Farm Bureau Ins. Co. v. Martin*, 377 So.2d 827 (Fla. Dist. Ct. App. 1979); *Hardware Dealers Mut. Fire Ins. Co. v. Ross*, 262 N.E.2d 618 (Ill. App. Ct. 1970); *Capps v. Klebs*, 382 N.E.2d 947 (Ind. App. Ct. 1978); *Wescott v. Allstate Ins. Co.*, 397 A.2d 156 (Me. 1979); *Frost v. Porter Leasing Corp.*, 436 N.E.2d 387 (Mass. 1982); *Westendorf v. Stanson*, 330 N.W.2d 699 (Minn. 1983); *Home Ins. Co. v. Hartshorn*, 91 So. 1 (Miss. 1922); *St. Paul Fire & Marine Ins. Co. v. W.P. Rose Supply Co.*, 198 S.E.2d 482 (N.C. Ct. App. 1973); *Providence Washington Ins. Co. v. Hogges*, 171 A.2d 120 (N.J. Super. Ct. 1961); *Lombardi v. Merchants Mut. Ins. Co.*, 429 A.2d 1290 (R.I. 1981); *Ortiz v. Great S. Fire & Cas. Co.*, 597 S.W.2d 342 (Tex. 1980); *Vermont Indus. Dev. Auth. v. Setze*, 600 A.2d 302 (Vt. 1991); *Thiringer v. American Motors Ins. Co.*, 588 P.2d 191 (Wash. 1978)....

## 2. 採其他模式者

除了被保險人優先說以外，美國尚有許多州，判決採取其他的模式。如採取保險人優先說者，最常被引用者為Ohio州之*Peterson v. Ohio Farmers Ins. Co.*<sup>88</sup>一案。在本案中，被保險人Peterson因農田失火而導致建物受有一萬七千元的損失，保險人對此理賠七千八百元。之後保險人與被保險人向第三人提起代位求償訴訟，獲得一萬一千元。對此應如何加以分配，即生爭議。原審法院認為，被保險人應可受償至其損失填補完成時為止，其餘的再分配於保險人，亦即採取被保險人應先原則。然而，在上訴法院中，法院卻改採保險人優先說，亦即保險人應可優先受償至七千八百元填補完成，再由被保險人受償。其主要理由在於，在被保險人所簽署的代位收據上，載有保險人應優先受償之條款。最高法院亦維持此一見解。本案的另一關鍵，即在於肯認可以契約上之同意作為分配之標準。其他如Idaho之*Cedarholm v. State Farm Mut. Ins. Co.*<sup>89</sup>、Texas之*Ortiz v. Great Southern Fire & Cas. Ins. Co.*<sup>90</sup>以及Wyoming之*Iowa Nat'l Mut. Ins. Co. v. Huntley*<sup>91</sup>等等判決，也都採取保險人優先說之立場。而在*Aetna Life Insurance Company v. Martinez*<sup>92</sup>一案中，也是因為保險人與被保險人間曾有過合意，故法院採取比例分配說。

而甚為重要的是，美國亦有基於法規的規定，而採取不同之分配模式者。如Alaska勞工補償法（workers' compensation law）<sup>93</sup>即

<sup>88</sup> 75 Ohio St. 34; 191 N.E.2d 157 (1963).

<sup>89</sup> 338 P.2d 93 (Idaho 1959).

<sup>90</sup> 597 S.W.2d 342 (Tex. 1980).

<sup>91</sup> 328 P.2d 569 (Wyo. 1958).

<sup>92</sup> N.E.2d 1338 (Ohio Ct. App. 1982).

<sup>93</sup> AS 23.30.015 Compensation where third persons are liable (g): "If the employee or the employee's representative recovers damages from the third person, the em-

賦予保險人優先受償之權利。其原因在於，因為該法採取嚴格之責任制，為了彌補此點，故使保險人得以優先受償代位所得，以求衡平。因此，由於該法的明確規定，使得法院在 *McCarter v. Alaska National Insurance Company* 一案中採行保險人優先說<sup>94</sup>。同樣的，在 *Liberty Mutual Insurance Co. v. Garry*<sup>95</sup> 一案中，South Dakota 州法院也因勞工補償法之明文規定<sup>96</sup>，而採取了保險人優先說之見解。

### 3. 小結——更細緻的類性化

對於上述美國法院見解之分類，學說間之見解並非完全相同。以加州<sup>97</sup>為例，有認為其是少數採取保險人優先說者<sup>98</sup>，亦有將其

---

*ployee or representative shall promptly pay to the employer the total amounts paid by the employer under (e)(1)(A) - (C) of this section insofar as the recovery is sufficient after deducting all litigation costs and expenses. Any excess recovery by the employee or representative shall be credited against any amount payable by the employer thereafter. If the employer is allocated a percentage of fault under AS 09.17.080, the amount due the employer under this subsection shall be reduced by an amount equal to the employer's equitable share of damages assessed under AS 09.17.080(c)."*

<sup>94</sup> *McCarter v. Alaska National Insurance Company*, 883 P.2d 986 (Alaska 1994).

*Also see Travelers Ins. Co. v. Brass Goods Mfg. Co.*, 146 N.E. 377 (N.Y. 1925).

<sup>95</sup> 1998 S.D. 22, 574 N.W.2d 895.

<sup>96</sup> S.D.C.L. 62-4-39: "If compensation has been awarded and paid under this title and the employee has recovered damages from another person, the employer having paid the compensation may recover from the employee an amount equal to the amount of compensation paid by the employer to the employee, less the necessary and reasonable expense of collecting the same, which expenses may include an attorney's fee not in excess of thirty-five percent of compensation paid, subject to 62-7-36."

<sup>97</sup> *Shifrin v. McGuire & Hester Constr. Co.*, 48 CAL. RPTR. 799, 802-03 (Ct. App. 1966).

<sup>98</sup> Rinaldi, *supra* note 21, at 807.

歸類於採取被保險人優先說之項下<sup>99</sup>。其原因在於，對於「是否可以特約約定分配方式」之觀點不同。有認為既然可以另行約定，故可知係採取保險人優先說；亦有認為雖然可以另行約定，但反之可知多數仍係採取被保險人優先說。對此，為了界定上的清晰，本文擬先採取後者之分類方式。因為多數仍是採取被保險人優先說，只是容許一定條件下的調整而已。又如前所述，雖然美國法院多數見解採取被保險人優先說，但在近年發展之下，已經呈現更為細緻的類型，或是對於被保險人優先說的修正模型，而非一言可以蔽之。茲分述如下<sup>100</sup>：

(1) 衡平法下的被保險人優先模型（Common Law Equitable Made Whole Doctrine）

在本模型中，基於衡平法之理念，採取被保險人優先受償模式。重要的是，在衡平法的法理下，當事人不得以另行約定對此加以變更。採取此一模式者包括Arkansas、Colorado、Connecticut、Georgia、Iowa、Louisiana、Michigan、Mississippi、Montana、Nebraska、New York、North Carolina、Oklahoma、Pennsylvania、Tennessee與Wisconsin等。

(2) 容許意定修正的被保險人優先模型（Made Whole Doctrine Subject to Contractual Modification）

至少十四個州採取當事人可以約定變更被保險人優先說的模式。而針對意定變更所要求的標準，可以再分為四個類型：

①一般之契約條款，即足以排斥被保險人優先受償模式。如Illinois, South Dakota與Maryland等州。

---

<sup>99</sup> Johnny C. Parker, *The Made Whole Doctrine: Unraveling the Enigma Wrapped in the Mystery of Insurance Subrogation*, 70 MO. L. REV. 723, 773 (2005).

<sup>100</sup> *Id.* at 723, 773-75.

②條款必須用語清晰、特定、表示明確之意涵，方能排斥被保險人優先受償模式。採此模式者有Alabama、Florida、Indiana、Kentucky、New Jersey、Ohio、Rhode Island、Utah與West Virginia等州。

③非但要求排除條款必須具體特定，更以保險人必須參與代位求償為要件。換言之，保險人對於代位求償有合作與協助的義務，否則即不得主張約款的排除被保險人優先受償模式。唯一採此模式者為California<sup>101</sup>。

④本模式認為衡平法理應適用於保險代位，除非就該條款可知當事人間確實有明確之排除真意。因此，排除被保險人優先之條款必須使用絕對清晰的文字（use magical or unequivocal words），方能有效，此應為容許特約變更中最嚴格者，例如Minnesota。

(3)權衡的被保險人優先模型（Made Whole Doctrine Subject to a Balancing of the Equities）

在Texas、Washington與 West Virginia，是以個案衡平判斷的方式，來處理被保險人優先受償模式與當事人特約的適用問題。舉凡該案件的事實與背景、當事人的行為、約定的文字以及一般使被保險人優先受償的公共政策……等等，均在考量之列。以Texas為例，法院除了考量被保險人受否受完全賠償以外，也必須考量被保險人（被代位者）之行為、是否對自己之權利善盡保護之義務……等等<sup>102</sup>。又如在West Virginia，法院考量的因素包含了：當事人舉證證明責任的能力、過失狀況、法律與醫療問題的複雜度、未來的

---

<sup>101</sup> *Travelers Indemnity Co. v. Ingebretsen*, 113 Cal. Rptr. 679 (Cal. Ct. App. 1974). *Sapiano v. Williamsburg National Insurance Co.*, 33 Cal. Rptr. 2d 659 (Cal. Ct. App. 1994).

<sup>102</sup> *Esparza v. Scott & White Health Plan*, 909 S.W.2d 548 (Tex. App. 1995).

醫療費用、資產的狀況……等等<sup>103</sup>。不過，大致上來說，使被保險人完全受償之意旨，在本分析模式中仍占了較大的重要性。

## （二）學說見解

在實務判決的多元發展之下，學說也相應的提供了相當多的意見，此對於對美國保險代位運作介紹較少的我國而言，應能有相當的啓發效果。大致上來說，美國學說仍以採取被保險人優先說為多數，採取比例分配說與保險人優先說者較少。基本上採取比例分配說與保險人優先說者，相當多數因為法律規定、當事人間有如此的分配條款或是和解內容之影響所致<sup>104</sup>。單純採取此二說者，應以後文以法律經濟分析推理者較值得重視，此詳後文所述。學說上對於比例分配說的批評<sup>105</sup>，大致是本說欠缺理論上之依據，且此方式主要是是適用於庭外和解之情形，是否足以作為預設的解決方式，實有疑問。同樣的，比例分配說也會面臨「被保險人之全部損失」究竟是多少的認定問題，對此當事人往往難以達成協議，特別是有關於律師、訴訟費用的部分。重要的是，本說將使被保險人無法完全填補其損害。而保險人優先說雖然可以避免對被保險人損失的認定問題，但其最惹爭議的就是完全忽視了被保險人的權益。美國學說採取被保險人優先受償模式的理由，基本上與前述我國、其他國家大致相似，其特殊之處在於對被保險人優先受償模式的反省

---

<sup>103</sup> *Provident Life & Accident Ins. Co. v. Bennett*, 483 S.E.2d 819, 825 (W. Va. 1997).

<sup>104</sup> 如前述的 *Peterson v. Ohio Farmers Ins. Co.* 一案，就是因為當事人間所簽署的代位求償收據中的分配條款，被法院認定為讓與（assignment），故使得保險人取得優先受償權。

<sup>105</sup> Eric J. Pickar, *Westfield Insurance Company, Inc. v. Rome: The South Dakota Supreme Court Reject the Common Law "Made Whole" Doctrine on a Property Insurance Subrogation Claim*, 47 S.D. L. REV 316, 341 (2002).

批評與類型化，此亦為本文之重點所在。以下即先就學說上對於被保險人優先說的批評做一整理、分析。

### 1. 被保險人真正之損失難以判斷

在採取被保險人優先說之後，第一個要面對的問題就是：被保險人是否「已受補償完成」？被保險人「已受補償完成」應如何確定？誰來確定？這也是被保險人優先說目前被批評最烈之處。例如，律師費用、訴訟費用是否應加入計算？特別是基於損失填補之概念，近年來已逐漸承認損失填補與其下位概念——如保險代位、複保險等，應可適用於傷害險等人身保險險種。但是在此情形下，因為人身傷害常伴隨非財產上之損失與慰撫金等賠償，如此將使得被保險人到底遭受到多少損失更是難以計算。更有甚者，因為在被保險人優先受償模式下，被保險人因為可以就代位求償所得優先受償未受保險保障之損失，再加上非財產上之損失與慰撫金的不確定性，更給予被保險人誇大損失的動機與誘因<sup>106</sup>。

### 2. 程序耗損

承上所述，被保險人到底是否已經受到完全補償，法院必須就個案加以檢視、判斷，更容易造成訴訟與程序的耗損與無效率。再者，要判斷被保險人到底是否已經受到完全補償，就先必須釐清被

---

<sup>106</sup> Greenblatt, *supra* note 21, at 1364. 換言之，如採取被保險人優先受償模式，在確定被保險人之損失時，因為人身之傷害、損失經常伴隨非財產損害與慰撫金之請求，此或將致使被保險人有誇大此部分損失之動機——因為當被保險人的損失越大，依被保險人優先說，就越多能優先於保險人而受償。不過，因為造成損害之第三人資力經常不足，故實際常以和解之方式以解決之，這也讓被保險人優先受償模式可以繼續運作。Steven Flower, *Toward Correcting the Misapplication of Subrogation Doctrine in California Healthcare*, 77 SCALR 1039, 1048-9 (2004). 批評者也認為，將保險代位適用於人身傷害險領域所可能帶來實務與理論上的麻煩，將有如打開潘朵拉盒子一般的難以收拾。Baron, *supra* note 4, at 237. 相關的詳細討論，另可參見*id.*, at 316.



保險人的損失到底是有多少。對此，美國法院多以Mini-trial來判斷。亦即在訴訟前先開啓另一程序，以判定被保險人損失為何之此一先決問題。然而，以Mini-trial如此疊床架屋、繁複的訴訟架構，恐將給負擔過重的司法體系更大的重擔，也讓代位求償的利益受到更大的侵蝕。保險人在代位求償所得可能甚微的情形下，或將根本放棄代位求償，使得被保險人雙重得利而無法落實保險代位的目的<sup>107</sup>。

### 3. 內在衝突與矛盾

在英美法下，保險人係在訴訟中以被保險人之地位進行訴訟，其對於代位求償程序有主導之權。因此，保險人當然須對第三人主張被保險人受損的金額愈大愈好，以符合保險人與被保險人之利益。但是在與被保險人之關係中，保險人又必須儘量主張被保險人的全部損失已經填補完成——換句話說，保險人主張被保險人的損失愈小愈對其有利——如此才不必將代位求償所得都用來優先填補被保險人未投保之損失。更有甚者，在此利害衝突關係下，常見的情形是保險人在贏得代位求償訴訟之後，又必須馬上回過頭來與被保險人打官司——因為對於被保險人之損失究係為何雙方無法達成共識。因此，在被保險人優先受償模式下，難免會導致保險人角色的衝突與混亂<sup>108</sup>，也難免導致訴訟與程序的耗損與無效率。

### 4. 將導致保費上漲，對於投保大眾不利

事實上，保險人是否可以優先受償，將會影響其成本；如果保險人遭受虧損，則更將進一步影響到保費。換言之，如果保險人可以在代位中獲償較多，則將會如傳統學說所主張的保險費會降低（所以也對投保大眾有利）；相反的呢如果被保險人的權利優先，保

---

<sup>107</sup> Greenblatt, *supra* note 21, at 1364-65.

<sup>108</sup> Greenblatt, *supra* note 21, at 1365.

險人自然在代位中獲償較少，則其損失也將會反映在保費中，使得保費提高。換言之，在被保險人優先制度下的被保險人，將可預見較在保險人優先制度下的被保險人，付出較多的保費<sup>109</sup>。這也可能連帶的使購買保險的困難度提高<sup>110</sup>，而對於保險與市場的發展為不利。

然而，值得注意的是，愈來愈多的學說提出強力的批評，其認為通說所謂的「保險代位可以讓保險人填補損失，如此可以使保險人之損失降低，並將此反映於保費中，使得投保大眾利益均霑<sup>111</sup>」在實際上全無說服力。在實際作業上，保險人並不會將代位所得用來降低損失率，此兩者之間幾無關聯；代位所得對於保險人而言，幾乎只是一筆意外之財而已<sup>112</sup>。再者，代位所得只對於個別保險公司間的財務有所裨益，對於整個產業並無實際上的益處<sup>113</sup>。故以可降低整體保費為理由，認為應先將代位所得優先分配於保險人之說法，應欠缺實證上之根據。

就上述之批評而言，實屬有力。但是，實際上固然很難證明，要求保險業以代位求償所得來降低保費；但是至少應該可以說，如

---

<sup>109</sup> Greenblatt, *supra* note 21, at 1355.

<sup>110</sup> *Powell v. Blue Cross & Blue Shield of Alabama*, 581 So.2d 772, 792 (Ala. 1990) (Steagall, J., dissenting). Thomas G. Buchanan III, *Franklin v. Healthsource of Arkansas: Arkansas Adopts the Made-Whole Doctrine*, 51 ARK. L. REV. 773 (1998).

<sup>111</sup> McDowell, *The Collateral Source Rule—The American Medical Association and Tort Reform*, 24 WASHBURN L.J. 205, 211 (1985).

<sup>112</sup> Baron, *Subrogation on Medical Expense Claims: The “Double Recovery” Myth and the Feasibility of Anti-Subrogation Laws*, 96 DICK. L. REV. 581, 582 (1992).

<sup>113</sup> 且依據賓州（Pennsylvania）的實際經驗，州保險部門並沒有保險業者代位求償的統計數據，也無從依其使保險業者納入調整保費的考量。Andrea L. Parry, *Subrogation in Pennsylvania – Competing Interests of Insurer and Insureds in Settlements with Third-Party Tortfeasors*, 56 TEMP. L.Q. 667, 699, n. 191 (1983).

果保險業在代位的部分無法獲利，則調高保費的機率應該是高的多。同樣的道理，就經濟分析之角度而言：廠商賺錢，價格未必下跌回饋消費者；廠商賠錢，價格卻往往就會上漲<sup>114</sup>。因此，雖然因果關係或許有待補強，但就讓保險人取得較多之求償較能防止保費上漲之說法而言，在論理上應可初步成立。

### （三）法律經濟分析

值得注意的是，美國學說有以法律經濟分析<sup>115</sup>為方法，來重新分析保險人代位權與被保險人請求權行使順序之問題。以下即就以兩位美國學者Jeffrey A. Greenblatt與Alan O. Sykes的研究加以介紹。

#### 1. Jeffrey A. Greenblatt (1997)<sup>116</sup>

在1997年，Jeffrey A. Greenblatt以法律經濟分析、賽局理論<sup>117</sup>等方式，對於被保險人優先受償模式提出了質疑。其理由如被保險人之全部損失在傷害險領域難以判斷、mini-trial的困難與無效率……等等已於前文加以敘述者外，更重要的是，氏從最適風險配置的解度，提出了不同的觀點。

---

<sup>114</sup> 在寡占的市場中，價格具有僵固性，短期的成本變動，因廠商面對一個拗折的需求曲線，並不會立即的調整其價格；但若成本增加變動較大時，則價格就會上漲。

<sup>115</sup> 法律之經濟分析（economic analysis of law），又稱法與經濟學（law and economics），或若欲強調法學研究的主體性，則不妨稱之為經濟分析法學。其特徵是，將經濟學的研究方法融入法學研究之中。詳請參照簡資修，經濟推理與法律，頁1以下，2004年4月。

<sup>116</sup> Greenblatt, *supra* note 21, at 1337.

<sup>117</sup> 詳參張維迎，賽局理論與信息經濟學，頁1以下，2000年。Rasmusen, Eric，張建一、楊家彥、吳麗真譯，賽局理論與訊息經濟，頁3以下，2003年。

(1)在一般法律經濟分析的文獻與學說<sup>118</sup>中，通常多都假設保險人（insurer）是較為接近風險中立（approximately risk neutral<sup>119</sup>）的，亦即當其發生損失時，可以得到相對的收入，來作為風險的分散；被保險人（insured）是較為接近風險規避（risk aversion<sup>120</sup>）的，亦即當其發生損失時，可以得到保險金之賠償，使其預期財富不致減少，如此被保險人才會進行保險的購買，以便將其風險移轉（risk transfer）。故學說上有認為，將損失的風險分配於保險人，是較為合理的。

然而，Jeffrey A. Greenblatt認為，不論承認不承認、或多或少，保險人的代位求償所得與保費之間確實會存在負相關的關係<sup>121</sup>。在被保險人優先受償模式之下，被保險人可以優先受償，保險人代位所得將會減少，當然會導致保費上漲。經過實際的舉例計算之後<sup>122</sup>，可以發現被保險人在被保險人優先受償模式下所獲得的利益，反而遠不足保費上漲下所帶來的損失。因此，被保險人優先受償模式對於被保險人而言，並不是最適的解決方案，事實

---

<sup>118</sup> Sykes, *supra* note 15, at 385.

<sup>119</sup> 當人們的效用函數為線性效用函數時，則此人為風險中立者。亦即其財富的預期效用為其財富預期值的效用。“...The expected utility of wealth is the utility of its expected value.”一般而言，當發生損失的人，得以得到保險之賠償，此即為風險分散（risk spreading, HAL R. VARIAN, INTERMEDIATE MICROECONOMICS: A MODERN APPROACH, 225-26 (1999).），此與保險人的特性較為符合。而為進行法律經濟的分析，文獻多將保險人歸為接近風險中立者，以利其邊際效用之分析。而所謂邊際效用，為當保險人所收之保費為公平之費用（fair premium）時，其保費之收入，會等於其保費之成本。如此才能進行邊際效用之分析，亦即邊際收入等於邊際成本（MR=MC）。

<sup>120</sup> 當人們偏好擁有預期財富亦或是不想使其財富有所損失時，因而不肯面對冒險或作沒有把握的事，則此人為風險規避者。VARIAN, *id.* at 221-24.

<sup>121</sup> Greenblatt, *supra* note 21, at 1354-55.

<sup>122</sup> Greenblatt, *supra* note 21, at 1359.

上，風險態度趨避的被保險人，會寧可選擇保險人優先，但是保額較大的情形；而非選擇被保險人可以優先受償，但是保額較小的情形<sup>123</sup>。

(2)再者，就訴訟之誘因而言，對於第三人的求償實需要被保險人與保險人間共同努力。而合理的風險分配方式，是將風險配置在處於對求償完成最居關鍵性的人之上。一般的情形下，被保險人對於求償甚為重要，但卻對於協助求償大多意興闌珊；如其又有優先受償的地位，將使得被保險人更沒有協助的誘因。反之，使保險人有優先受償之地位，則被保險人為能分配到代位求償所得，則將較有協助求償的誘因<sup>124</sup>。

### (3)策略行為與交易成本

對於上述損失之不確定性、訴訟費用、以及當事人間策略行為的選擇，可以以下模型來說明<sup>125</sup>，假設條件如下：

①被保險人之總損害為\$15。其中醫療費用之損害為\$5，精神上損害為\$10。

②保險人對被保險人醫療費用之理賠為\$5。

③若對第三人進行求償，則訴訟成本為\$3。依照各自預期所得的比例，被保險人負擔\$2，保險人負擔\$1。

④被保險人可以選擇三種策略：一是不對第三人求償，二是對第三人求償\$15，三是對第三人求償\$20。

⑤保險人可以選擇兩種策略：一是參與該求償並均分費用與所得，二是不參與該訴訟。

---

<sup>123</sup> Greenblatt, *supra* note 21, at 1366.

<sup>124</sup> 至於保險人是否也可能不積極行使代位求償權，作者則認為，保險公司與律師有業務、記錄上的壓力，故應較不會怠於作為。Greenblatt, *supra* note 21, at 1355.

<sup>125</sup> Greenblatt, *supra* note 21, at 1361-62.

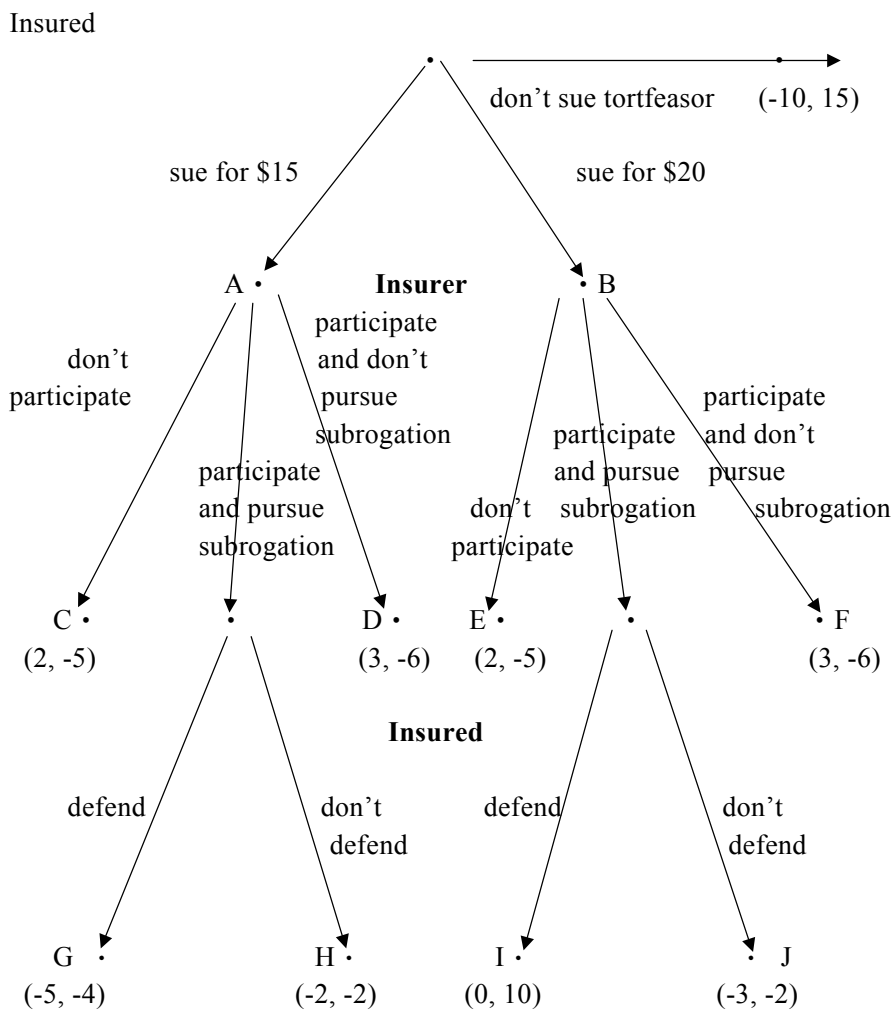
⑥當被保險人對於第三人勝訴之後，保險人可以選擇是否對被保險人要求分配代位所得。若是，則被保險人必須選擇是否進行防禦。而這樣子的訴訟各需花費雙方\$3；即使被保險人放棄防禦，但是保險人仍須支出\$1的成本。

綜合考量以上條件之後，可以得到如「圖一」的賽局。由此可以發現，對於被保險人最為有利的解決方案，是誇大其損失為\$20，並在保險人選擇不參與之時，亦即F點。而且，被保險人將可多獲得\$3—超過了原本的損失範圍，如此將與保險代位防止被保險人不當得利的本旨有違。

(4)小結——應採取保險人優先說

綜上所述，Jeffrey A. Greenblatt認為，被保險人優先說實在存有許多問題。相反的，如果採取保險人優先說，則不但可以符合當事人的風險偏好，更能使被保險人有較強的配合訴訟誘因。而保險人優先說也方能避免被保險人優先受償模式下，損失難以確定所帶來的問題與爭議。

(續接次頁)



Payoffs: Insured, Insurer

\* 「圖一」 Jeffrey A. Greenblatt, Insurance and Subrogation: When the Pie Isn't Big Enough, Who Eats Last? , 64 U. Chi. L. Rev.1337, 1362 (1997).

\*\* A~J之標記為本文所加。

2. Alan O. Sykes (2001)<sup>126</sup>

Alan O. Sykes主要探討了在不足額保險下的三種情形：非財產上損失、不公平保費與道德危險。藉由經濟模型的探討，作者發現，採取保險人優先說才是最適的。也因此，至少應認可契約約定保險人優先受償的情形。而將保險人優先說採取為既定的規則，應是最佳的方式。本文最主要的模型如下：

$$\text{Maximizing } U = (1-p)U_n(z-\pi) + p_1U_a(z-\pi-L+C_1+D) + p_2U_a(z-\pi-L+C_2)$$

$C_1, C_2$

$$\text{Subject to } \pi = P_1C_1 + P_2C_2$$

$$C_1, C_2 \leq L$$

$$C_1, C_2 \geq 0$$

$L$  = 被保險人的損失

$\pi$  = 保費

$z$  = 被保險人的初始財富

$J$  = 第三人應負責的金額

$D$  = 第三人的實際資力

$D \leq J$

$p$  = 發生保險事故之機率

$p = p_1 + p_2$

$p_1$  = 發生保險事故，有應負責第三者之機率

$p_2$  = 發生保險事故，無應負責第三者之機率

$C_1$  = 有應負責第三者時，保險人的淨損失（保險給付扣除代位求償所得）

$C_2$  = 無應負責第三者時，保險人的淨損失

本文係以最適效用分析法來分析代位求償所得的問題。如同本文的三大架構，本文的經濟分析模式也分為三大項，一為非財產上

<sup>126</sup> Sykes, *supra* note 15, at 383.



之損失，於此是以*Lagrange-Multiplier Method*來分析，可以看出被保險人的最適效用會隨者保險事故的發生與賠償金額的大小而受影響。再者，對於保費的不合理性方面，本文仍是以上述的方法，以分析被保險人效用的變化狀態。而在評估道德危險的部分，本文則改變原被保險人的財富，並引入保險代位之問題加以分析。就結論來說，本文仍為被保險優先說實為不妥，應採取保險人優先說方為最適的方案。

本文屬於分析被保險人優先受償模式中使用經濟分析模型者，其見解相當創新、有力。其文中使用經濟學中最適效用模型，來分析對被保險人的最大效用，以求對被保險人有最大的財富效果，來得到被保險人優先受償模式的分配解，其結果仍支持保險人優先原則；但Jeffrey A. Greenblatt於一九九七的研究中所著重的訴訟費用、程序耗損等問題，本模型並未加以探討，似亦為遺憾。

## 六、小結——被保險人優先受償模式之發展

藉由以上對於各國學說、立法例、美國最新之發展……的介紹，對於保險人代位權與被保險人請求權行使順序之此一問題，吾人應可有初步之瞭解。被保險人優先受償模式的演進與發展，則可約略分為三個時期：

### (一)未定時期

受民法之影響，或引用民上代位、保證、債權平等之概念，或認為保險人與被保險人此時均為第三人之債權人，故而認為被保險人與保險人的受償順序相同。或未考量被保險人之立場、保險契約之特性，而逕認為保險人應優先受償。

### (二) 逐漸肯定時期

此時已注意到保險契約之特性、以及考量到被保險人之立場，多從損失填補原則之初衷、保險代位僅在防止被保險人不當得利而非使其無法完全受償、不應因有無保險而使得被保險人受償權利有所不同……等等，而認為除非被保險人之損失已經填補完成，否則保險人無主張代位之餘地。換言之，就對於第三人代位求償的所得，被保險人應該優先於保險人受償，直至其損失填補完成為止，其餘再歸於保險人。

### (三) 再檢討時期

基本上仍承認損失填補原則、保險代位僅在防止被保險人不當得利而非使其無法完全受償……等概念，但對於被保險人優先受償模式在學理與實務上所可能產生的問題，提出加以反省。或有重新思考、定義所謂「有利於被保險人」之考量；更有從由不同的價值判斷、研究方法出發，試圖提出等價或更高的理念或價值判斷，以挑戰被保險人優先說之立場。

(以下見本評論第一〇七期)

# A Reconsideration of the Insured-whole Doctrine (1)

Chun-Yuan Chen\* Chih-Hsiang Chen\*\*

## Abstract

The aim of this paper is to explore, in light of the principles of insurance subrogation, the problems that can arise with regard to payment priority between the insurer and the insured, particularly in cases of underinsurance and when the responsible third party has insufficient funds to make up the difference. Not only is this issue of great importance in practical terms; it is also well worth exploring from an academic point of view, given the increased questioning of the insured-whole doctrine (which had for many years been the majority opinion) using a variety of research methods and interpretations. The present study takes the traditional *rechtsdogmatik* approach as its starting point, analyzing legislative precedents, practical aspects and academic theories to re-examine the underlying legal principles. The paper also makes use of economic analysis of law techniques, employing economic models to reconsider the factors that may be involved in the subrogation process, and re-examining the efficacy of the insured-whole doctrine

---

\* Ph. D. Candidate, College of Law, National Cheng Chi University. Taiwan.

\*\* Ph. D. Candidate, Institute of China and Asia-Pacific Studies, Economic Division, National Sun Yat-Sen University. Taiwan.

Received: June 18, 2008; accepted: September 5, 2008

from the point of view of the insured. The main conclusions reached are that, within the framework created by the principle of indemnity, the insured-whole doctrine is still the optimal solution; however, there may be situations in which the insured-whole doctrine must be rejected or modified in light of legal or regulatory requirements or strict interpretation. Determination can be made in three stages. Firstly, the relevant laws and regulations should be examined to determine whether any special provisions apply. Then, an examination should be made to determine whether any special agreements exist between the parties concerned. If no special legal or regulatory provisions apply and no special agreements exist, then the insured-whole doctrine can be applied.

**Keywords:** Equity, the Principle of Indemnity, Subrogation, Legal Assignment, Common Law Subrogation Theory, Constructive Trust, Insurer-whole Doctrine, Pro-rata Theory, Insured-whole Doctrine, Economic Analysis of Law