

再論我國保險人請求權代位之性質*

陳 俊 元**

要 目

- | | |
|-------------------------|---|
| 壹、緒 論 | (五)中國大陸 |
| 貳、我國通說架構下保險人請求權代位之性質與問題 | 二、學說分析 |
| 一、保險人請求權代位之意義 | (一)認為我國保險代位係採取法定債權移轉論，保險人應以自己之名義行使代位權者 |
| 二、保險人請求權代位之性質 | (二)認為保險人應以被保險人的名義地位行使代位權，或持類似見解者 |
| (一)保險代位係當然代位 | (三)認為被保險人之權利非法定移轉，為保險人請求後方才移轉；亦即採請求權讓與原則者 |
| (二)保險代位係賠償代位 | (四)採其他綜合模式者 |
| (三)保險代位係特定權利之繼受 | 三、制度之建構 |
| (四)小 結 | (一)債權主義 |
| 三、我國通說架構之問題 | (二)物權主義 |
| 參、立法例與學說整理與分析 | (三)英美保險代位理論 |
| 一、各國立法例之探討 | |
| (一)德國法 | |
| (二)日本法 | |
| (三)法國法 | |
| (四)英美法 | |

* 由衷感謝兩位匿名評審的寶貴建議與指正，令作者獲益良多。

** 國立政治大學法律研究所博士班研究生（2005年9月）。

投稿日期：九十四年二月二十一日；接受刊登日期：九十四年五月二日

責任校對：顏于嘉

肆、英美保險代位理論之分析	(一)英美保險代位理論下之運作模式
一、運作模式	(二)本文見解
二、請求之名義	四、民法第二九七條之適用問題
三、與讓與 (Assignment) 之區分	(一)肯定說
四、妨礙代位	(二)否定說
五、第三人資力不足時，保險人與被保險人間之受償順序	(三)小 結
伍、本文見解	五、保險人不行使代位權時之利益歸屬
一、「代位」用語之檢討	(一)問題之源起
二、代位之客體	(二)修正見解之提出與檢討
(一)我國通說架構下代位客體之探討	六、其他應值斟酌之實務見解
(二)英美保險代位理論客體之探討	(一)最高法院九十三年台上字第二〇六〇號判決要旨
(三)本文見解	(二)判決簡評
三、代位請求之數額	(三)以英美保險代位理論觀察
(一)法定移轉理論下之運作模式	陸、結 論

摘 要

本文係在討論保險人請求權代位之性質與相關問題。對於保險人請求權代位之性質，我國通說將其定位為「法定債之移轉」，但是否完全妥適，立法政策上應仍有討論之空間。而除了原有的爭議外，近來學說亦漸有不同見解提出，故更應有加以探討之必要。藉由立法例與學說的歸納，本文整理三種主要的代位模式，並著重較多學說所主張的英美保險代位理論，由學說上的爭議點切入，以探討其與法定移轉理論之差異與處理相關問題時的優劣。本文以為，法定移轉理論與英美保險代位理論運作之模式不同，亦各有特點，立法政策上的修改亦當需要更為審慎的評估；惟從現狀下的許多問題而言，英美保險代位理論應能提供一參考與修正的方向。對於學說與實務適用法定移轉理論之疑義，本文亦將提出相關建議，以供未來之參酌。

關鍵詞：損害填補原則、保險人請求權代位、法定債權移轉、英美保險代位理論、擬制信託

壹、緒 論

保險代位的爭議與問題，一直是保險法的焦點之一。其不僅僅是牽涉了保險法理論的體系與架構，更與保險理賠、損失填補原則、保險契約之分類等等層面息息相關。對於保險人之請求權代位，通說認為其性質屬於法定債之移轉，係本於法律之作用而成立，故不待被保險人為移轉行為，即可行使，是為當然代位¹。然此一性質是否妥適，近來漸有不同之見解提出，故應有加以探討之必要。又我國法使用「代位」一詞，是否妥適？在法定移轉理論下，若保險人不欲代位求償，被保險人又已非權利人，真正之受益人恐將成為造成損害之第三人，此一結果是否全然合理？保險人權利代位權之客體，範圍上應包含何者？於不足額保險時，保險人得代位之範圍為何？另外，實務上適用法定移轉理論時，是否有值得斟酌之處？凡此種種，均應有加以釐清之必要與實益。因此，本文以下將整理不同的代位模式，並著重於與我國法的比較，俾供參酌。

貳、我國通說架構下保險人請求權代位之性質與問題

一、保險人請求權代位之意義

對於保險人之請求權代位，我國保險法規定於第五十三條第一項：「被保險人因保險人應負保險責任之損失發生，而對於第三人有損失賠償請求權者，保險人得於給付賠償金額後，代位行使被保

¹ 鄭玉波，保險法論，頁90，1968年6月3版；桂裕，保險法，頁140，1992年5版；袁宗蔚，保險法，頁158-159，1969年7月4版；江朝國，保險法基礎理論，頁470，2003年9月新修訂4版；劉宗榮，保險法，頁243-244，1997年3月。

險人對於第三人之請求權；但其所請求之數額，以不逾賠償金額為限。」其法理基礎在於防止被保險人可領取保險給付又可向第三人求償而不當得利、使造成損害之第三人負最終之賠償責任、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、防止保險契約被濫用²等等。就其內涵而言，其為關於請求權代位，或稱權利代位之規定，尚不及於「物上代位」³。本文所討論者亦以請求權代位為限，至於物上代位則不在本文討論範圍之內，合先敘明。

二、保險人請求權代位之性質

對於保險人請求權代位之性質，一般對其說明如下：

(一)保險代位係當然代位

所謂當然代位，是指若代位發生之原因係依據法律規定直接發生，而並不需要他方當事人同意者，一方即代位他方享有其請求權，不待他方為移轉行為也，稱之為「當然代位」或稱「法定代位」。例如：民法第二八一條、三一二條、七四九條、八九九條。反之，如須經過當事人之移轉，而非依照法律之規定而逕行代位者，則為非當然代位，例如：民法第二二五條第二項、二一八條之一。對於保險人之代位權，我國通說認為，保險人之代位權係本於法律之作用而成立，故不待被保險人為移轉行為，即可行使⁴，是

² 梁宇賢、劉興善、柯澤東、林勳發，商事法精論，頁715-716，2004年9月；江朝國，同註1，頁467-469；林群弼，保險法論，頁249，2002年10月；劉宗榮，同註1，頁242；梁宇賢，保險法新論，頁180-181，2001年9月4版。

³ 袁宗蔚，保險學，頁251，1992年7月32版。

⁴ 桂裕，同註1，頁140；袁宗蔚，同註1，頁159。

為當然代位，為法定債之移轉⁵。而在此時，由於權利已經移轉，保險人本身已經成為損害賠償請求之權利人，故應以「自己名義」逕對第三人行使損害賠償請求權⁶。

(二)保險代位係賠償代位

所謂賠償代位者，為使賠償權利人將受之利益，歸由賠償義務人取得，而同時由賠償義務人賠償所受損害全部⁷之方式。而保險人之代位權，即屬於一種賠償代位⁸。申言之，債務人所得享有之代位權，其目的係為實現社會公平性而設，以衡平當事人間之權利，避免被保險人不當得利，使最終應負責之人負責。保險代位即是依此原理而生，故其性質為賠償代位。又，賠償代位又可區分為狹義的賠償代位與廣義的賠償代位。狹義的賠償代位為法定的代位，無須當事人間的意思表示，而於法律上當然成立。廣義的賠償代位則尚包括須當事人間另為意思表示的型態⁹。而保險代位，則屬於狹義的賠償代位，為法定當然的代位。

(三)保險代位係特定權利之繼受

保險代位為法定債權移轉，保險人之權利係依法律規定，由被保險人處移轉而來。故其為繼受取得，非原始取得。其僅產生權利主體之變更，並不失權利之同一性，權利之瑕疵亦隨同移轉於被保險人。因此，第三人原得對抗被保險人之事由，亦皆得以之對抗保險人；相對的，凡該第三人所不得對抗被保險人之事由，自亦不得

⁵ 關於法定債權移轉，參照王澤鑑，法律思維與民法實例，頁136，2000年9月。

⁶ 陳雲中，保險學，頁187，1993年9月3版；林群弼，同註2，頁270。

⁷ 鄭玉波，論讓與請求權與賠償代位，法令月刊，31卷3期，頁63，1980年3月。

⁸ 鄭玉波，同註1，頁90。

⁹ 鄭玉波，同註5，頁63。

對抗保險人。最高法院六十六年台上字第一一六號判決¹⁰、台灣高等法院九十年上易字第三十九號判決¹¹等之見解亦同。因此，保險代位為法定之債之移轉，為特定權利之繼受¹²。

(四)小 結

由上可知，我國通說對於保險人代位權之性質採取法定移轉理論。換言之，當保險人為理賠之時，被保險人對第三人之權利即及時、法定、當然地移轉於保險人，無待其再為移轉之行為。實務見解亦多採此說，如七十六年台上字第一四九三號判例、六十九年台上字第九二三號判決、七十一年台上字第二九〇號判決、七十三年台上字第一一四五號判決、七十七年台上字第二二六九號判決、八十四年台上字第一六八八號判決、八十六年台上字第九八五號判決、八十七年台上字第二八〇號判決、八十九年台上字第一八五三號判決、九十一年台上字第八九一號判決、八十九年保險上字第四號判決、八十九年上更字第二六六號判決、九十一年上易字第一八二號判決、七十二年司法業務研究會第三期等均同。

¹⁰ 最高法院66年台上字第1166號判決：「……保險法第五十三條規定之代位求償權，原係保險人之代位行使被保險人對於第三人之損失賠償請求權，於被保險人自己行使此項權利時，如有應受之對抗事由，或適於為抵銷之情事，保險人代位行使其權利，非不應全予承受。本件上訴人依保險法第五十三條規定，代位行使佑發公司對上訴人之損失賠償請求權，東龍公司自得因其計程車之損害，而求償於加害人陳某之僱用人（佑發公司），對於上訴人之代位請求損失賠償，要不能謂東龍公司不得以之主張抵銷……。」

¹¹ 台灣高等法院90年上易字第39號判決：「……未按保險法第五十三條第一項前段所規定法定代位權之行使，有債權移轉之效果，債務人即加害人所得對抗被害人即被保險人之事由，應得以之對抗保險人……。」

¹² 黃川口，保險法學，頁264，1977年。

三、我國通說架構之問題

於我國保險人請求權代位的架構中，其中一重要的關鍵，就是將其定性為法定債之移轉，這也是許多問題討論的根基。然此一見解是否完全妥適，仍不無疑問。此可分為以下數點：

(一)我國通說向來採取法定移轉理論，然近來學說對此性質漸有不同之見解提出；又如全民健康保險代位，通說認為其性質為法定債之移轉，然亦有見解認為應予重新檢討。在此情況下，究以何者較為妥適，實有釐清之必要。

(二)保險「代位」此一用語，為我國學說與實務長久以來習慣使用。但此一用語是否妥適，若干採取法定移轉理論者，與採取英美保險代位理論者之見解並非完全相同。對此，應以何說較為妥適？

(三)在法定移轉理論下，因為權利已經法定移轉於保險人，若保險人不欲代位求償，被保險人又已非權利人，真正之受益人恐將成為造成損害之第三人。然此一價值判斷是否合理？同樣在全民健康保險代位中，若健保局囿於本身之能力而無法全面代位求償，最後亦恐造成第三人受益。此就侵權行為法之嚇阻功能而言，是否妥適？

(四)保險人權利代位權之客體，範圍上應包含何者？我最高法院判例曾表示「不以侵權行為為限」，然是否包含其他權利？我實務上亦多有擴張代位客體之條款，其意義與啓示為何？相較之下，法國保險契約法第三十六條規定保險人可代位者為「被保險人所有之權利與訴權」、英國一九〇六年海上保險法亦規定可代位者為「被保險人之一切權利與救濟」，我國是否有比照修正之必要？

(五)在不足額保險時，保險人之理賠將小於被保險人對第三人之權利，故依法定移轉理論發生移轉的部分，也僅以保險人所理賠之額度為限。如此一來，原被保險人對於第三人之權利即會分裂為

二：一為保險人因法定債權移轉而取得者；另一則為被保險人對第三人之剩餘部分。如此是否會造成法律關係之分裂與複雜化？此是否會造成保險人與被保險人間的利益衝突？立法例上之處理模式有何？而對於第三人而言，其原本只須面對被保險人的求償，但在此卻須面對被保險人與保險人雙方面的求償，對其是否過於不利？

(六)債權讓與，依據其發生之原因，可分為意定之債權讓與以及法定之債權讓與。而通說認為保險人請求權代位性質上屬於法定之債權移轉，既然其亦屬於「債權移轉」，則是否有民法第二九七條之適用或類推適用？

(七)另外，實務上適用法定移轉理論時，是否有值得斟酌之處？最高法院九十三年台上字第二〇六〇號判決認為，在法定移轉理論下，再保險人理賠後，保險人於再保給付部分的權利因已法定移轉於再保險人而已無權利，故原保險人無法就全部數額一併代位求償。並認為保險人就再保險部分一併代位，再攤回於再保險人之國際慣例「內容不明」，肯認此慣例之原審判決「即嫌速斷」。此最高法院判決據法定移轉理論而質疑保險人就再保部分一併代位之國際慣例，是否妥適？

據上所述，對於保險人請求權代位之性質，雖然我國通說採取法定移轉理論，然學說上既有不同之見解提出，亦復有上述問題，則應重予釐清與探討。職是之故，本文先整理立法例與學說上之見解，歸納出可能的模式，再就上述數點相互比較，以明其利弊得失，以供未來之參考。

參、立法例與學說整理與分析

關於保險人之權利代位權，各國立法例對此多有規定，惟內涵不盡相同。為瞭解各國立法例對於保險人請求權代位的定位，並供

後文之歸納與探討，以下即對各較重要立法例對代位權之性質定位做一簡要探討¹³。

一、各國立法例之探討

(一)德國法

德國法對於保險人代位權之主要規範為保險契約法第六十七條¹⁴：

「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。」

從其文義觀之，當保險人理賠之後，要保人對於第三人的權利即移轉於保險人，並不待其再為轉讓之行為，為「損害賠償請求權之法定移轉（*der gesetzliche Übergang von Schadensersatzansprüchen*）」¹⁵。因此，一般均認為德國保險契約法對於保險代位的性質，為採取法定債權移轉理論¹⁵。

¹³ 除此之外，相關立法例尚有1885年西班牙商法第437條，1888年葡萄牙商法第441條，1897年德國商法第804條，1908年瑞士保險契約法第72條，1927年瑞典保險契約法第25條1項，1930年法國保險契約法第36條，1930年羅馬尼亞保險契約法第8條……等等，詳見陳榮一，論保險人物上代位，保險專刊，7輯，頁104，1987年3月。

¹⁴ 江朝國譯，德國保險法，頁102-103，1993年10月。

¹⁵ 江朝國，保險代位之競合——以強制汽車責任保險法第二七條與第三一條為例，月旦法學教室，10期，頁92，2003年8月。

(二)日本法

對於保險人請求權代位之規範，日本法係規定於商法第六六二條¹⁶：

「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。」

依本條與多數學說見解，保險代位之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¹⁷。當保險人理賠之時，即取得被保險人對第三人之權利¹⁸。換言之，被保險人權利之移轉予保險人，以保險人對被保險人之填補為要件¹⁹。此為法律上當然發生，不需要當事人意思表示²⁰。因此，可知日本法對於保險代位之性質採取法定債權移轉理論。

(三)法國法

法國一九三〇年保險契約法第三十六條規定²¹：

¹⁶ 劉春堂譯，日本保險法規，頁7，1994年4月。

¹⁷ 倉澤康一郎，保險契約の法理，頁141，1975年；田邊康平，保險契約の基本構造，頁260，1980年。

¹⁸ 石田滿，商法IV：保險法，頁207，1978年。

¹⁹ 今井薰，保險、商法，頁117，1988年。

²⁰ 昭和四五・四・一四、神戸地判、判タ二八號二八三頁；田邊康平著，廖淑惠譯，保險契約法，頁89，1993年10月；田邊康平，新版現代保險法，頁142，1996年。

²¹ 引自黃正宗，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；鈴木辰紀，現行フランス火災保險普通保險約款，載：保險の現代的課題，頁

「保險人於賠付保險補償後，於其賠償金額為限，代位被保險人因其行為產生保險人應負責任之損害所有之權利及訴權。

如因被保險人之行為致使保險人之代位權不能發生時，保險人免除其對被保險人責任之全部或一部。

保險人依上開規定之代位權不得向被保險人之子女、直系血親卑親屬、直系血親尊親屬、經理人、受僱人、勞工或傭人及於家中共同生活之人行使。但其係故意之行為所產生者不在此限。」

本條規範了保險代位的意義、妨礙代位的效果、以及對於代位權的限制。從第三十六條的用語觀察，當保險人賠付保險補償之後，即可代位被保險人的一切權利與訴權；就其效果而言，應為法定的權利移轉。故可知法國保險契約法對於權利代位的性質，應係採取法定權利移轉理論。

(四)英美法

保險代位，英文為Subrogation，字義上由兩個拉丁字所組成：一為sub意指依據（under）；一為rogate意指請求（to ask）。將兩字合之，即指以他方之名義請求賠償之意。英美法一般將其解釋為“the substitution of one party for another whose debt the party pays, entitling the paying party to rights, remedies, or securities that would otherwise belong to the debtor.”²²故所謂代位原則（Principles of Subrogation）乃指保險人在補償被保險人之損失後，得取得保險標的之所有權或對第三人之請求權之意²³。在英國一八七七年Simpson v.

112，1983年。

²² Kevin Pennell, *On the Assignment of Legal Malpractice Claims: A Contractual Solution to a Contractual Problem*, 82 TEX. L. REV. 481, 512 (2003).

²³ 宋明哲，保險學——純風險與保險，頁151，1995年6月。

Thomson²⁴及一八八二年Burnand v. Rodocanachi Sons & Co.²⁵的重要案例中，大法官Lord Cairns與Lord Blackburn對保險代位作了明確的解釋，此對之後的發展有相當重要的影響。而後在一九〇六年海上保險法第七十九條，也對保險代位有詳細的規定²⁶。在美國，保險代位根植於其法律系統已超過一個世紀²⁷。其源自於衡平法理，主要之精神在於維持損失填補原則²⁸，而使保險人能向最終應負責之人求償²⁹。而且，藉由代位求償的所得，亦能降低保險人的預期損失，而使得保費降低並使得投保大眾同樣受利³⁰。因此，保

²⁴ (1877) 3 App. Cas. 279.

²⁵ (1882) L.R. 7 App. Cas. 333.

²⁶ Section 79 of Marine Insurance Act 1906:

(1)Where the insurer pays for a total loss, either of the whole, or in the case of goods of any apportionable part, of the subject-matter insured, he thereupon becomes entitled to take over the interest of the assured in whatever may remain of the subject-matter so paid for, and he is thereby subrogated to all the rights and remedies of the assured in and in respect of that subject-matter as from the time of the casualty causing the loss.

(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 and in respect of the subject-matter insured as from the time of the casualty the loss, in so far as the assured has been indemnified, according to this Act, by such payments for the loss.

²⁷ RONALD C. HORN, SUBROGATION IN INSURANCE THEORY AND PRACTICE 3 (1964).

²⁸ ROBERT E. KEETON & ALAN I. WIDISS, INSURANCE LAW: A GUIDE TO FUNDAMENTAL PRINCIPLES, LEGAL DOCTRINES, AND COMMERCIAL PRACTICES 222 (1988).

²⁹ Kristin A. Grant, *Toxic Mold: What Insurance Can Do to Abate the Influx of Litigation and Convince the American Homeowners That, When It Comes to Mold Coverage, They Can Still Be Fun Guys*, 38 NEW ENG. L. REV. 141, 167 (2003).

³⁰ Mauro & Vernon Valentine Palmer & Francesco Parisi, *Liability for Pure Financial Loss in Europe: An Economic Restatement*, 51 AM. J. COMP. L. 113, 146-47 (2003).

險人有權對於應負責之第三人求償，以回復其理賠的部分³¹。

英美法上代位之根據，可分為約定之代位（conventional subrogation）與法定之代位（legal subrogation）³²。約定之代位，為當事人間對於代位求償有所約定者；而法定代位，又稱為衡平代位（equitable subrogation），並非以當事人之約定為原因，而是以法律之規定為基礎³³。而就行使的方式而言，原則上保險人是以被保險人的名義、地位³⁴向應負責之第三人主張權利。保險人就代位案件有主導程序與受領第三人賠償之權。也正因為保險人是以被保險人的地位進行求償，所以第三人原得對被保險人主張的一切防禦與抗辯，也可以對保險人主張³⁵。簡言之，英美保險代位理論，主要是在保險人代替（substitute）被保險人行使權利的理念下運作，而與法定移轉理論的運作模式不同。

³¹ James L. Knoll & Randy L. Arthur, *Property Insurance: No Solution for Pollution*, 17 B.C. ENVTL. AFF. L. REV. 231, 316 (1990).

³² KENNETH S. ABRAHAM, *INSURANCE LAW AND REGULATIONS: CASES AND MATERIALS* 192-93, 356-57 (2000). *Cunningham v. Metropolitan Life Insurance Company*, 121 Wis.2d 437, 445-46, 360 N.W.2d 33 (1985).

³³ Jennifer A. Bueler, *Understanding the Difference Between the Right of Subrogation and Assignment of an Insurance Claim*, 68 MO. L. REV. 945, 949 (2003).

³⁴ R. J. LAMBETH, *TEMPLEMAN ON MARINE INSURANCE: ITS PRINCIPLE AND PRACTICE* 459 (1986). JOHN F. DOBBYN, *INSURANCE LAW IN A NUTSHELL* 295 (1996). ROBERT H. JERRY II, *UNDERSTANDING INSURANCE LAW* 600-27 (1996). (Jason A. Mosbaugh, *What Happen in Ohio? Ohio UM/UIM Litigation after Scott-Pontzer v. Liberty Mut. Fire Ins. Co.*), 30 N. KY. L. REV. 437, 438 (2003).

³⁵ *Connor v. Thompson Constr. & Dev. Co.*, 166 N.W.2d 109, 113 (IA. 1969) *Allied Mut. Ins. Co. v. Heiken*, 675 N.W.2d 820, 824-26 (IA. 2004).

(五)中國大陸

對於大陸保險人請求權代位之性質，主要可以參照以下法律規定：

保險法第四十五條第一項：

「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」

海商法第二五二條第一項：

「保險標的發生保險責任範圍內的損失是由第三人造成的，被保險人向第三人要求賠償的權利，自保險人支付賠償之日起，相應轉移給保險人。」

海事訴訟特別程式法第九十三條：

「因第三人造成保險事故，保險人向被保險人支付保險賠償後，在保險賠償範圍內可以代位行使被保險人對第三人請求賠償的權利。」

海事訴訟特別程式法第九十四條：

「保險人行使代位請求賠償權利時，被保險人未向造成保險事故的第三人提起訴訟的，保險人應當以自己的名義向該第三人提起訴訟」

就上述法條結構「……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……」、「……被保險人向第三人要求賠償的權利，自保險人支付賠償之日起，相應轉移給保險人」、「……保險人應當以自己的名義向該第三人提起訴訟」可知，其應係採取法定債權移轉理論³⁶，此

³⁶ 施文森，代位權之研究，載：陳繼堯教授退休紀念論文集，頁919，1997年10月。邱錦添，兩岸保險人代位求償權之比較，再保險資訊，201期，頁5，2003

亦為大陸多數學說所肯認³⁷。再者，對於行使代位權之名義，雖然學說似未有一致之結論，但就應以保險人名義起訴之法條文義與法定移轉理論之意旨而言，似應認為大陸保險法既然採取法定債權移轉理論，即應以保險人自己之名義行使權利為妥³⁸。

二、學說分析

在我國，對於保險人權利代位權之性質與行使方式，雖然一般採取法定債權移轉論，但學說上仍有不同之見解，茲就相關見解歸納如下：

(一)認為我國保險代位係採取法定債權移轉論，保險人應以自己之名義行使代位權者

1. 黃川口³⁹先生

「當然代位即特定之權利基於法律規定，當然的移轉於他一主體，即一方代位他方而享有其請求權或其他權利，不待他方為移轉之行為也（The substitution of one person for another with respect to a claim, a right or the like），因之具有形成權之性質，例如保證契約，保證人向債權人為清償後，債權人對於主債務人之債權，於其清償之限度內，移轉與保證人，不待保證人請求，亦不待債權人移轉，保證人即得享有此債權，是為當然代位。」「保險法上之代位為當然代位之理由：在保險法第五十三條規定下，保險人得代位行

年2月10日。

³⁷ 馬原，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。

³⁸ 另可參照拙著，兩岸保險代位法制之比較研究，法令月刊，55卷11期，頁57-78，2004年11月。

³⁹ 黃川口，同註12，頁263-264。

使被保險人對於第三人之請求權，揆其用語，與民法第二二五條第二項及第二二八條不同，該條項規定：債權人或負賠償責任人得向一定之人請求讓與特定之權利；保險法之規定捨『得……請求讓與』不用，而規定『……代位』是當然代位無疑，無待費詞。」

「既認保險法上之代位為當然代位，乃發生下述之效力：(一)保險人應以自己之名義行使被保險人對於第三人之請求權：蓋以保險法上之代位為當然代位，且有形成權之性質，一經保險人行使，即取得被保險人對第三人之請求權，此項請求權行使之效果，為保險人所享有，故保險人應以自己之名義為之，保險人如以被保險人之名義為之，則在理論上不無杆格，蓋其情形與代理無異，請求權行使之效果，將歸屬於被保險人（民法第一〇三條第一項），此當非代位權目的之所在，亦與保險人行使代位權之意旨相違……。」

2. 袁宗蔚先生

「至於保險人之代位求償權，既由被保險人方面所移轉，是則對第三人行使求償權時，究以保險人之名義，抑仍以被保險之名義為之，各國立法例並無明白規定。惟此種權利之移轉，在法律上為當然之結果，與債權之移轉不同，債務人或其他第三人不得以任何理由對抗之，故保險人之以自己名義行使，自屬無妨⁴⁰。」

3. 桂裕先生

「保險法上所謂代位權（right of subrogation）其情形與保證人向債權人為清償後，債權人對於主債務人之債權，於清償之限度內，移轉於保證人者相同，保險人之代位權係本乎法律之作用而成立，故不必待被保險人為移轉行為即可行使⁴¹。」

⁴⁰ 袁宗蔚，同註1，頁158-159。

⁴¹ 桂裕，同註1，頁140。

4. 陳顧遠先生

「我保險法既稱『保險人得於給付賠償金額後，代位行使被保險人對於第三人之請求權』，則代位行使之結果，保險人得以自己名義，逕向第三人為損害賠償之請求，不必仍用被保險人或要保人之名義以行之⁴²。」

5. 劉宗榮先生

「保險人之代位權，係以保險人自己名義對第三人行使代位權⁴³」「被保險人對第三人之損害賠償請求權，應於保險人向被保險人為保險給付之同時，不待被保險人另為債權讓與之表示，即法定移轉予保險人。⁴⁴」

6. 江朝國先生

「於損害保險被保險人於保險事故發生後，對於第三人之損失賠償請求權，於上列要件及範圍內直接依本法第五十三條第一項之規定移轉於保險人——故稱法定移轉（*cessio legis*），而無須被保險人和第三人合意，其效力與債權轉讓同。移轉後保險人得直接以自己名義向第三人請求賠償，而第三人亦負有義務向保險人履行責任⁴⁵……。」

⁴² 陳顧遠，保險法概論，頁204，1977年5月2版。

⁴³ 劉宗榮，同註1，頁238。

⁴⁴ 劉宗榮，同註1，頁244。

⁴⁵ 江朝國，同註1，頁470。

(二)認為保險人應以被保險人的名義地位行使代位權，或持類似見解者

1. 王衛恥先生

「……按我國民法對於第三一二條及二四二條之兩類代位權，亦係訂有「以自己名義代位行使」之明文，但二二八條⁴⁶則另訂須向有請求權之人請求讓與其權利，始得向第三人行使代位。亦足見我國民法亦區分有代位之不同行使方法，並非可籠統釋為如法律准許有代位時，即為當然之代位，而所謂當然代位者乃可不經讓與而即由代位人以自己之名義行使者也。……依據上述法理，著者乃認同保險人不得以自己名義行使之寶貴見解，而以我國保險法亦應如是解釋為宜……。⁴⁷」「按法授代位權，有給以直接訴權者如民法三一二及二四二；有必須經讓與手續者如民法二二八。另英國法認保險人如未取得被保險人之讓與，即不能以自己名義行使，美國法例相同。理由乃在衡平法賦與保險人之權利，非直接訴權，不過保障其可取得訴訟之結果而已。實務上於賠付後，被保險人常另有其他求償權，與委付之權利移轉不同，由保險人直接訴訟，必引致利益之衝突。故我國若干著作認保險人可直接代位似有誤解。（保五十三未明訂得以保險人自己名義行使，即未授其直接訴權⁴⁸。）」

2. 尹章華先生

「……從消費者權益觀察，『程序代位』可免除消費者向第三人求償程序（訴訟或和解）之困擾，優於『實體代位』。又程序代位之請求範圍，不以保險金理賠為限，保險人可十足全額代位求償，並優先填補被保險人損害餘額歸屬於保險人，對消費者最為有

⁴⁶ 此為舊民法之條號，現行法已經修正為第218條之1。

⁴⁷ 王衛恥，海上保險法與共同海損，頁771-772，1983年10月。

⁴⁸ 王衛恥，實用保險法，頁258，1981年。

利⁴⁹……。」

3. 林勳發先生

從氏所擬之保險法第五十三條修正建議條文：「損失填補保險之要保人因保險人應負保險責任之事故發生，而對於第三人有損害賠償請求權者，保險人得於填補損失後，代位行使要保人對於第三人之請求權。但第三人為履保人之家屬、使用人或受僱人時，除事故係由其故意所致者外，不在此限。（第一項）保險人行使前項權利，應以要保人名義為之；其所得請求之金額不得超過要保人所遭受之損害金額；請求所得之金額，於優先彌補要保人未自保險獲得填補之損害後，其餘額由保險人受領。要保人於保險契約訂立前後，或於保險人填補損失前後，有足以妨礙保險人行使代位權者，保險人於受妨礙之金額內，得減少保險給付金額或請求要保人返還所受領之保險給付。（第二項）」其中第二項：「保險人行使前項權利，應以要保人名義為之⁵⁰……。」應可見氏認為在立法政策上，代位權行使須以被保險人之名義行之，而與英美保險代位理論相同。

4. 黃裕凱先生

「……本項條文『代位』二字用語堪稱相當明確，保險人保險代位之權利基礎僅是有權立於或代替被保險人的立場，行使被保險人對於第三人之損害賠償請求權。以目前國內學說或判例認為『法

49 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112，1995年6月。

50 林勳發，保險法修正評述與建議，財經法新趨勢研討會，國立政治大學法學院財經法研究中心，頁20，2002年11月21日；另如氏著，保險法修正條文評釋，萬國法律，95期，頁10，1997年10月；氏著，保險法修正條文評述，政大法學評論，59期，頁359，1998年6月；氏著，保險法制之沿革與修正芻議（下），月旦法學雜誌，66期，頁68，2000年11月。

定代位權之行使，有債權移轉之效果』之權利法定移轉主張，已相當程度地違反前述文義。蓋法定移轉的結果為，保險人所主張的是自己的權利，而非被保險人的權利，既是保險人自己的權利，何來『代位』之說！……。⁵¹」

(三)認為被保險人之權利非法定移轉，為保險人請求後方才移轉；亦即採請求權讓與原則者

陳聰富先生於全民健康保險代位認為：「在代位求償權不採法定債權移轉說時，若保險人未對被保險人主張不當得利，請求返還保險金，將發生被害人雙重得利之結果。惟如本文所述，對於代位求償權之性質採取法定債權移轉說時，被害人對加害人之損害賠償請求權於保險人為保險給付時，即移轉於保險人，加害人於嗣後受損害賠償請求時，可主張被害人之債權已經移轉，而減輕賠償。此時，若保險人怠於行使求償權，加害人將因而獲利。關於代位求償權之法律性質，通說固採法定債權移轉說，但保險給付既由被保險人給付保險費做為代價，加害人並無任何支出，與其由加害人可能因減低賠償而受益，毋寧應由被保險人獲得可能的雙重賠償，較為合理。據此而論，代位求償權之性質以採非法定債權移轉說為佳⁵²。」即認為應改採請求權讓與原則。

⁵¹ 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46，1999年6月。

⁵² 陳聰富主持，全民健康保險代位求償之法律問題研究，行政院衛生署中央健康保險局91年度委託研究計畫報告，頁81，2002年。

(四)採其他綜合模式者

施文森先生對於保險人請求權代位採取「存在、取得、行使」之「三階段理論」⁵³。氏基本上承認通說法定債權移轉理論之架構⁵⁴，但認為如此的性質對於保險人與被保險人均非有利，對第三人而言亦將倍增困擾⁵⁵。例如：「保險人對於被保險人所給付之賠償金額通常多低於被保險人所遭受之損失額，保險人對於被保險人為賠償後即向第三人提起代位求償之訴，而第三人之資力又僅足以償付保險人之求償額，於受敗訴判決後宣告破產，被保險人就其未獲賠償部分之損失勢將無從向第三人求償⁵⁶。」而氏亦接受英美法之概念，認為保險人與被保險人間可成立擬制信託⁵⁷，保險人所得代位者不以賠償額為限而可全部代位，故可見與法定債權移轉理論並非完全相同。

三、制度之建構

綜上所述，保險人請求權代位之性質，除了我國通說所定性的法定債之移轉以外，加上立法例以及學說上所建議的修正模式，約可以整理為以下三種主要的型態⁵⁸：

⁵³ 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135，2004年6月。

⁵⁴ 同前註53，頁139。

⁵⁵ 施文森，同註53，頁141。

⁵⁶ 施文森，同註53，頁141。

⁵⁷ 施文森，論損害填補與代位求償（下），法官協會雜誌，6卷1期，頁215，2004年12月。

⁵⁸ 施文森，同註36，頁907以下。

(一)債權主義

保險人於給付賠償金額後，並不當然取得被保險人對於第三人之請求權，尚須被保險人之讓與行為，保險人始取得被保險人對第三人之權利。此又稱為「請求權讓與原則」。

(二)物權主義

保險人於給付賠償金額後，被保險人對第三人之損失賠償請求權即法定當然地移轉與保險人，無須再經讓與之行為。此即「法定權利移轉理論」。

(三)英美保險代位理論

保險人得代替被保險人，而以被保險人之地位行使其對第三人之權利，而非權利的法定當然移轉。亦因保險人並非行使自己的權利，保險人行使該權利時，一般認為必須以被保險人的名義為之。保險人可主導訴訟並受領賠償，並與被保險人之間存有「擬制信託」之關係⁵⁹。

如前所歸納，對於保險人請求權代位之性質，應有債權主義（請求權讓與原則）、物權主義（法定權利移轉原則）、以及英美保險代位理論三種主要的模式。我國通說採取法定權利移轉理論，其優點在於權利之移轉明確，較能給予保險人保障。然受批評之處在，其以法定權利移轉之方式作為代位之效果，似有過於偏厚保險人之嫌；又法定權利移轉理論更可能進一步的造成權利與訴訟割裂、對第三人造成多餘之訟累、或第三人可能減免責任等等缺失，亦有待改進。

⁵⁹ 黃正宗，我國財產保險作業研討——法律觀點之研究討論與建議（下），保險專刊，61輯，頁101，2000年10月。

相對的，有學者認為保險代位應採英美保險代位理論或是類似之架構，以符合保險契約保障被保險人的意旨、並防止權利的割裂、促進其社會功能。然而，其受批評之處為，須以被保險人之名義起訴，在程序上難免不便。亦有學者之解釋條文方式深受英美保險代位理論之影響，而認為即使在我國之現行法，代位權之行使亦應解為須以被保險人之名義為之⁶⁰。但是，在最高法院現行見解之下，實際上如欲求之於法律解釋之途，似已非可行。因此，就根本之道，即使欲改採英美法系之制度，亦應從立法政策著手，修正我國保險法第五十三條之相關規定，如此較為合理。

據上所述，雖然我國多數見解採法定權利移轉理論，然而現狀的實然，未必為理論上的應然，在立法政策上應仍有探討之空間。而保險人請求權代位之性質，除了法理上的意義以外，更是許多問題討論的根基，故實有加以深論之必要。然而，請求權讓與原則、法定權利移轉理論與英美保險代位理論孰優孰劣，涉及保險人請求權代位本質的定性與體系的建構，並非短短數語即可判斷。從而，下文將由英美保險代位理論的討論開始，並以其與法定權利移轉理論的比較為中心，就前章所整理之問題與爭議切入，來比較兩者的處理方式與優劣，以明其利弊得失。而對請求權讓與原則而言，學說主張此說的目的主要在於調整不行使代位權時之利益歸屬。因此，本文將於討論此問題時再一併討論之。

⁶⁰ 王衛恥，同註47，頁772。

肆、英美保險代位理論之分析

一、運作模式

於英美保險代位理論，保險人以被保險人之地位、名義行使其對第三人之權利，而非權利的法定當然移轉。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。學說上並稱其為「法定權利理論」⁶¹、「間接訴訟方式」⁶²或「程序代位理論」⁶³。而對於法定移轉理論，或因涉及實體權利的法定移轉，學說上又稱其為「實體代位理論」⁶⁴。惟「程序代位理論」此一名稱，似易使人以為在英美法保險人僅得代位行使程序上之權利，而不及於實體法之權利。然而，於英美保險代位理論中，保險人所得代位的客體為被保險人之「一切之權利與救濟」，實體法上的權利當亦在得代位之列，並非僅侷限於「程序」（訴訟）上的權利。再加上學說將法定移轉理論稱為「實體代位理論」，更易使人以為「程序代位理論」為代位程序上之權利，而「實體代位理論」則為代位實體法上之權利。因此，為了避免疑義，本文將逕稱其為「英美保險代位理論」，合先敘明。

如前文所述，保險人於理賠之後，即得以被保險人之名義、地位，向應負責之第三人，行使被保險人一切之權利與救濟，英美法上常以：“standing in the shoes of the insured”⁶⁵表達此一意旨。保險

⁶¹ 黃裕凱，同註51，頁24。

⁶² 黃裕凱，同註51，頁51。

⁶³ 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。

⁶⁴ 尹章華，同註49，頁95。

⁶⁵ ROBERT E. KEETON & ALAN I. WIDISS, *supra* note 28, at 219. Thomas B. Colby,

人既然是以被保險人之地位行使權利，故在行使權利的名義上，即應以被保險人的名義行使之⁶⁶，而不得以自己之名義行使⁶⁷。保險人是以被保險人之地位行使代位權，與被保險人自己行使權利相同，故而被保險人對於第三人的一切權利與救濟，保險人均得行使。相對的，也正是因為保險人是以被保險人的地位行使權利，所以保險人所得行使的權利並不大於被保險人原得行使的權利⁶⁸；第三人原得對被保險人主張的一切防禦與抗辯，亦可以對保險人主張。而保險人與被保險人間，一般認為存有「擬制信託」（constructive trust）之關係，即對外保險人應以被保險人之名義行使權利，對內保險人得享有該權利之利益⁶⁹。申言之，保險人就訴訟程序有主導權⁷⁰與受領第三人之賠償，並得就全部的金額向第三人代位，而為被保險人之利益成立「擬制信託」⁷¹。相反的，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」⁷²，被保險人被視為保險人之擬制受託人（a con-

Beyond the Multiple Punishment Problem: Punitive Damages as Punishment for Individual, Private Wrongs, 87 MINN. L. REV. 583, 656 (2003).

⁶⁶ E. R. H. IVAMY, GENERAL PRINCIPLE OF INSURANCE LAW 503 (1993). JOHN BIRDS, MODERN INSURANCE LAW 275 (1993). IRWIN M. TAYLOR, THE LAW OF INSURANCE 20 (1983), Thomas G. Wilkinson, *Insurance Subrogation: Identity of Client; Confidentiality of Information; Duties to Insured*, 24 PENNSYLVANIA LAWYER 47, 47 (2002).

⁶⁷ 實際上，也有法院允許保險人可以被保險人的名義或自己的名義行使代位權，Taylor, *supra* note 66, at 20.

⁶⁸ United States V. California, 507 U.S. 746, 747-48 (1993). DIGBY C. JESS, THE INSURANCE OF COMMERCIAL RISKS: LAW AND PRACTICE 486 (2001),

⁶⁹ 黃正宗，同註59，頁101。

⁷⁰ DIGBY C. JESS, *supra* note 68, at 491.

⁷¹ W.I.B. ENRIGHT, PROFESSIONAL INDEMNITY INSURANCE LAW 751 (1996).

⁷² Alan O. Sykes, *Subrogation and Insolvency*, 30 J. LEGAL STUD. 383, 383 (2001).

structive trustee)，被保險人須將該部分交與保險人⁷³。

由上可知，英美保險代位理論之論旨與法定移轉理論不同，並非「權利之法定當然移轉」。故有認為英美法系亦採「法定當然移轉」或「物權主義」，保險人於給付保險金額時，被保險人對於第三人之請求權即移轉於保險人……之見解，應有問題。

二、請求之名義

在英美保險代位理論下，保險人是以被保險人的地位進行代位求償，因此保險人須以被保險人的名義行使權利，即成為一般所接受的通則。然而，美國聯邦民事訴訟規則（Federal Rules of Civil Procedure）之17(a)規定：

Rule 17. Parties Plaintiff and Defendant; Capacity

(a) Real party in interest. Every action shall be prosecuted in the name of the real party in interest. An executor, administrator, guardian, bailee, trustee of an express trust, a party with whom or in whose name a contract has been made for the benefit of another, or a party authorized by statute may sue in that person's own name without joining the party for whose benefit the action is brought; and when a statute of the United States so provides, an action for the use or benefit of another shall be brought in the name of the United States. No action shall be dismissed on the ground that it is not prosecuted in the name of the real party in interest until a reasonable time has been allowed after objection

⁷³ United Sec. Ins. Co. v. Johnson, 278 N.W.2d 29, 30-31 (Iowa 1979). Krause v. State Farm Mut. Auto. Ins. Co., 184 Neb. 588, 593, 169 N.W.2d 601, 604 (1969). E. R. H. IVAMY, *supra* note 66, at 509. F. Joseph, Du Bray, *A Response to the Anti-Subrogation Argument: What Really Emerged from Pandora's Box*, 41 S.D. L. REV. 264, 275 (1996).

for ratification of commencement of the action by, or joinder or substitution of, the real party in interest; and such ratification, joinder, or substitution shall have the same effect as if the action had been commenced in the name of the real party in interest.

本條即為真正當事人原則（real party in interest）。在此原則之下，訴訟即須以真正當事人之名義提起。故於保險代位案件中，保險人須以真正當事人——即自己之名義，提起訴訟⁷⁴。然此是否妥適，應有疑問。對保險人而言，如於貨物運送險由於大多數運送人或船東皆為外國人，在國外起訴機會甚大，不若直接由被保險人在其國內直接運送人起訴，較為便利。再者，在採陪審團制度之國家，保險人若以自己名義訴請第三人賠償，易生經濟強者壓迫經濟弱者賠償之心理，不若以被保險人名義本於直接被害人地位訴請第三人賠償，較易獲陪審團之可決⁷⁵。如此也可以避免保險人公共形象因求償而受損之情形⁷⁶。

相對的，要求保險人必須以自己之名義起訴，可能會使其在訴訟上受到偏見的影响，而對其不利⁷⁷。真正當事人原則更可能在保險人之間造成不平衡的狀態。因為實際上許多代位案件都是發生在各個保險人之間，而為原告的保險人，必須揭露自己的真實身分；但是做為被告的保險人卻不必，這對於保險人來說似乎是不公平

⁷⁴ ROBERT E. KEETON & ALAN I. WIDISS, *supra* note 28, at 241.

⁷⁵ Id. 劉宗榮，船舶碰撞與保險代位，載：海上運送與貨物保險論文選集——附定型化契約條款效力評釋六則，頁209，1991年4月。徐東昇，保險公司行使保險代位權時起訴人名義之探討，萬國法律，72期，頁30，1993年12月。

⁷⁶ Ronald C. Horn, *supra* note 27, at 73-74.

⁷⁷ 因此，實際上保險人常利用loan receipt來避免以自己的名義起訴。然此舉是否有違須以真正當事人起訴之要求，仍有爭議。Luckenbach v. W.J. McCahan Sugar Refining Co. 248 U.S. 139, 143 (1918). Executive Jet Aviation, Inc. v. United States, 507 F.2d 508, 512-15 (6th Cir.1974).

的⁷⁸。而在保險人僅賠償部分損失時，將聯邦民事訴訟規則17(a)適用於代位將使得案件更為複雜而難解⁷⁹。實際上，學說更主張在12(b)(6)等其他條文已足以達到其功能之情況下，即使根本刪除17(a)亦無妨⁸⁰。因此，對於本條之適用，仍應值得斟酌。

三、與讓與 (Assignment) 之區分

如前所述，英美保險代位理論之一重要特徵，即是認為保險人應以被保險人的名義行使代位權。如果保險人以自己的名義行使，在英國法上將被視為當事人不適格 (is not a proper party) 而被駁回⁸¹。然而，須予以區別的是，英美法上另有「讓與」(assignment) 此一法律概念，其意義與代位有所不同⁸²。於代位 (subrogation) 時，保險人得以被保險人的名義行使代位權，並於優先填補被保險人後取得訴訟結果。而在讓與 (assignment) 時，被保險人將原得起訴的訴因 (cause of action) 移轉於保險人，使得該權利成為保險人自己所有，而得以自己的名義行使權利⁸³。

⁷⁸ RONALD C. HORN, *supra* note 27, at 74.

⁷⁹ June F. Entman, *More Reason for Abolish Federal Civil Procedure 17(a): The Problem of the Proper Plaintiff and Insurance Subrogation*, 8 N.C.L. REV. 912 (1990).

⁸⁰ 也因此，學說上認為該條有如聯邦程序法中的電腦病毒，已經擴張到不屬於自己的領域，影響了整體的運作而並無實益。June F. Entman, *supra* note 79, at 950-51.

⁸¹ *Mason v. Sainsbury*, (1782) 3 Doug. K.B. 61.

⁸² George A. Nation III, *Circuitry of Lines Arising from Subordination Agreements: Comforting Unanimity No More*, 83 B.U.L. REV. 591, 605 (2003). Glenn E. Bradford, *Missouri's Hospital Lien Statute*, 59 J. MO. B. 22, 22 (2003). Jennifer A. Bueler, *supra* note 33, at 945.

⁸³ E. R. H. IVAMY, *MARINE INSURANCE* 458 (1985). JOHN BIRDS, *supra* note 66, at 289.

就效果上而言，轉讓具有較多的優點。特別是保險人於起訴之前不必使被保險人得到完全的填補，而且即使該所得會大於原本保險人的理賠給付，保險人仍可以得到起訴所得的一切補償⁸⁴。此是因為原本的權利已經完全屬於保險人，以致於被保險人喪失了在原權利中的所有利益之故。也因此，保險人代位所得不得大於實際上的理賠此一原則即無法適用。但是在實際上，轉讓的情形並不多見。因不以被保險人的名義而以保險人自己的名義起訴，將可能造成對於保險人的聲譽、與公共關係的損失⁸⁵，故在權衡之後，實際上多仍以被保險人之名義求償。

四、妨礙代位

於英美保險代位理論，保險人是以被保險人的地位向第三人求償，故被保險人對第三人所得主張的權利，保險人均得主張；相對的，也正因為保險人與被保險人之地位相同，故第三人原得對被保險人所主張的抗辯，也均得援引對抗保險人。如被保險人與第三人和解或放棄權利，不可避免的將會使保險人之代位權受到妨礙。在這樣的情況下，由於涉及整個代位機制是否能有效落實，故保險人的代位權如何加以保障，即相當重要。

為了達到保險代位的意旨，被保險人有合作與協助的義務，且不得侵害保險人之代位權⁸⁶。如果保險人之代位權因被保險人的棄權或和解而受到侵害，一般認為此時保險人得向被保險人求償或將

⁸⁴ ARNOULD, JOSEPH, *ARNOULD'S LAW OF MARINE INSURANCE AND AVERAGES* 1083 (1981).

⁸⁵ JOHN BIRDS, *supra* note 66, at 289.

⁸⁶ RAOUL P. COLINVAUX, *THE LAW OF INSURANCE* 138 (1979). Gregory R. Veal, *Subrogation: The Duties and Obligations of the Insured and Rights of the Insurer Revisited*, *American Bar Association*, 28 *TORT & INS. L.J.* 69, 80-81 (1992). DONALD O'MAY, *MARINE INSURANCE LAW AND POLICY* 488-91 (1993).

已支付的賠款追回⁸⁷。當然，若是保險人之代位權並未因其而受到妨礙，保險人仍不得主張求償或抗辯⁸⁸。被保險人如欲主張保險人之代位權並未被妨礙，則須對此負舉證之責⁸⁹。事實上，為了防止妨礙代位之情形，大多數的保險契約均有妨礙禁止條款，一旦被保險人違反此一條款，保險人將可拒絕理賠或將已支付的賠款追回。若保險人可以證明第三人惡意——不論其是真實的或是擬制惡意，而與被保險人共謀為妨礙代位之行為，則該和解或棄權仍不會影響保險人的代位權⁹⁰。

五、第三人資力不足時，保險人與被保險人間之受償順序

由於保險給付與被保險人損害請求權之範圍未必相同，在保險人之理賠金額小於被保險人之權利時，由於被保險人於自行負擔之部分仍有權利，保險人於理賠金額內亦有獲終局利益之權，若第三人資力不足而無法同時滿足保險人與被保險人時，求償所得應如何分配？對此，英美法大致上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

⁸⁷ E. R. H. IVAMY, *supra* note 66, at 506. DIGBY C. JESS, *supra* note 68, at 490. 在美國，根據學說上的整理，保險人可視情況依下列方法主張權利：1. 違背契約（breach of contract）；2. 準契約（Quasi-contract）；3. 擬制信託（constructive trust）；4. 禁止命令（injunction）。ROBERT E. KEETON & ALAN I. WIDISS, *supra* note 28, at 245-46. 劉宗榮，同註1，頁259。

⁸⁸ Chapman v. Hoage, 296 U.S. 526, 530-32, 80 L. Ed. 370, 56 S.Ct. 333 (1936).

⁸⁹ Weinberg v. Transamerica Insurance Co., 62 N.Y. 2d 379, 381-84, 477 N.Y.S. 2d 99, 100-02, 465 N.E. 2d 819 (1984).

⁹⁰ Allstate Ins. Co. v. Mazzola, 175 F.3d 255, 260-61 (2d Cir. 1999). Ortega v. Motors Ins Corp, 552 So 2d 1127, 1128 (Fla Dist Ct App 1989). Allum v. Medcenter Health Care, 371 SW2d 557, 559-60 (Minn Ct App 1985). Gregory R. Veal, *supra* note 86, at 81.

於被保險人但以損失金額為限、全部均歸於被保險人等等見解。與我國相同⁹¹，主要的爭議仍在保險人優先受償說（insurer-whole doctrine; the pro tanto approach）、比例分配說（pro-rata theory）、被保險人優先受償說（made-whole doctrine）三種模式⁹²上。

對此，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；換言之，非於被保險人之損害全部獲得補償前，保險人不能主張其利益⁹³。此即為美國法通稱的“Smade-whole doctrine”或“insured-whole rule”⁹⁴。主要的理由在於⁹⁵：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

⁹¹ 我國以被保險人優先說為通說。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、以及被保險人於全部獲得賠償之前根本無不當得利之可能、外國立法例亦多採此說……等等而立論；袁宗蔚，同註1，頁159；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；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；施文森，同註36，頁917；劉宗榮，同註1，頁258。

⁹² 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).

⁹³ *American Surety Co. v. Westinghouse Electric Mfg. Co.*, 296 U.S. 133, 137 (1935). *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). Gregory R. Veal, *supra* note 86, at 82-83.

⁹⁴ Elaine M. Rinaldi, *supra* note 92, at 807.

⁹⁵ Jeffrey A. Greenblatt, *supra* note 92, at 1343.

二，損失的風險應由收取保費的保險人來承擔⁹⁶。也因此，保險人在主張代位之前，須對被保險人已經受完整補償有舉證之責⁹⁷。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⁹⁸。

值得注意的是，並非所有判決均採取此一原則；學說上亦有由不同的價值判斷或立法論出發，而對被保險人優先原則採取質疑或反對的立場⁹⁹。一般認為，被保險人優先原則主要的缺點在於：一為必須個案加以判斷；二為被保險人是否已確受完全之填補多會導致訟累或爭議¹⁰⁰。再者，就後者而言，法院常以Mini Trial來判斷被保險人是否已經得到完整之補償¹⁰¹。但此一方式亦常造成許多問題，例如程序的耗損、司法資源的浪費¹⁰²等等。然而，在衡平法理與保障被保險人的本旨下¹⁰³，由被保險人優先受償說仍是現階段多數判決與學說所採取的立場。

⁹⁶ Garrity v. Rural Mutual Insurance Co. 253 N.W.2d 512, 514 (Wis. 1977); Skauge v. Mountain States Tel. & Tel. Co., 565 P.2d 628, 632 (Mont. 1977).

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

⁹⁸ *Id.* at 113. Alan O. Sykes, *supra* note 72, at 385.

⁹⁹ North of England Ins Assn. v. Armstrong (1870) LR 5 QB 244. Goole & Hull Steam Towing Co. Ltd. v. Ocean Marine Ins Co. Ltd. (1928)1 KB 589. Peterson v. Ohio Farmers Insurance Co. 191 N.E.2d 157, 159 (Ohio 1963). DONALD O'MAY, *supra* note 86, at 474-75. Elaine M. Rinaldi, *supra* note 92, at 811. Alan O. Sykes, *supra* note 72, at 394-96.

¹⁰⁰ Roger M. Baron, *Subrogation: A Pandora's Box Awaiting Closure*, 41 S.D. L. REV. 237, 251 (1996). 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 (2002).

¹⁰¹ Jeffrey A. Greenblatt, *supra* note 92, at 1344.

¹⁰² Jeffrey A. Greenblatt, *supra* note 92 at 1364-65.

¹⁰³ Roger M. Baron, *supra* note 100, at 251-52.

伍、本文見解

一、「代位」用語之檢討

「保險代位」此一用語，為我國學說與實務長久以來習慣使用，但此一用語是否妥適，仍有爭論。我國通說之所以認為保險人請求權代位本質為債之法定移轉，其中一主要理由在於，保險法之規定捨「得……請求讓與」不用，而規定「……代位」，可見為當然代位，無待費詞¹⁰⁴。學說上更進一步認為，「保險代位」此一名稱恐與民法第二四二條「保全代位」相混淆，而無法顯示出其為「法定當然移轉」的特質，故為不妥而應改稱為「承受權」或「給付承受權」¹⁰⁵。然亦有見解由反面加以推論，認為由「代位」一語可知，保險人僅是享有「代替或代理」被保險人得向第三人主張損害賠償請求權之權利，而非取得被保險人對於該第三人之權利，故我國法不應採取法定移轉理論¹⁰⁶。最高法院六十一年台上字第二六七二號判決：「……既稱代位行使，則其本質仍非自己之權利，而係被保險人即上訴人之權利，原判認損害賠償請求權，依法移轉與該保險公司，究係依何法律，尚未明瞭……」之見解亦同。

¹⁰⁴ 黃川口，同註12，頁263-264。

¹⁰⁵ 廖家宏，保險人代位權的一些爭議及其解決——以保險法與民法的結合與對應為中心，法學叢刊，185期，頁71-72，2002年2月。另參黃麟倫等，代位清償制度之意義與機能——民法研究會第二十二次學術研討會記錄，法學叢刊，183期，頁119、128、129、134、142、145等，2001年7月。

¹⁰⁶ 「從條文用語而言，依保險法第五十三條『代位行使』之用語，保險人僅是享有『代替或代理』被保險人得向第三人主張損害賠償請求權之權利，而非取得被保險人對於該第三人之權利。反面言之，如保險人因法定移轉取得被保險人對於第三人之權利，而成為保險人自己的權利，則復何來『代位行使』之說，蓋此時權利之本質已非代位權，而是保險人自己的本權。……」黃裕凱，同註51，頁49。

對此，本文以為，語詞的意義為何，應是定義上之問題，而非事理之必然。與其深究此一名稱，不如先跳脫既有之爭論，而自法理面重新檢討釐清保險人請求權代位之意涵與本質，如此應較能收根本之效。且既然學說與實務對於「代位」之意涵有明顯之爭議，是否可僅依此一用語即足以推論出保險人請求權代位之性質，亦有疑問。在此情形下，由法理面重新探討其本質與不同代位模式間的優劣，即應更具實益。

二、代位之客體

(一)我國通說架構下代位客體之探討

1. 侵權行為之損害賠償請求權

在保險代位的客體中，其典型之一即是侵權行為所致的損害賠償請求權。如被保險人為其汽車投保汽車險，而後因為第三人之侵權行為使得該汽車受損，此時保險人即可於理賠之後向第三人代位求償。此一類型在實務上甚為常見，而在學說上也最無爭議。

2. 非因侵權行為所生之其他請求權

由保險人代位權規定具有防止被保險人不當得利之立法意旨觀之，保險人之代位權行使須以被保險人對第三人具有賠償請求權為先決要件。而此所謂之賠償請求權，是否限於因第三人之侵權行為所產生者？學說上容有爭議。

肯定說認為，若非侵權行為所取得，縱使與保險事故之發生有關，亦不可以主張代位。如「保險法第五十三條所規定之代位，僅及於被保險人基於侵權行為對於第三人所得行使之求償權。若對於保險標的物之毀損，被保險人基於契約關係而對第三人有求償權之存在，此時應以該第三人為主債務人，保險人為賠償後自得對該第三人行使代位權，惟其所依據者為民法第二四二條，而非本

條¹⁰⁷。」又如因火災之發生被害人獲贈之巨款，或發現價值超過標之物之埋藏物，或土地之增值，或同意電影公司用作場景所收受之對價等，均不得代位¹⁰⁸。否定說則認為，此所謂之賠償請求權不僅因第三人之侵權行為所產生者，亦包括第三人因契約關係對被保險人依法須負賠償責任者，此由本法第五十三條第一項之規定「對第三人有損失賠償請求權者」而未言「因第三人之侵權行為有損害賠償請求權者」可知。對此，我國通說與實務見解¹⁰⁹認為，就法理而言，保險人代位權制度之主要目的，除了維持保險人之保險賠償義務及第三人之賠償義務外，在於防止被保險人之不當得利。而被保險人於某保險標的受侵害而同時對第三人有損害賠償請求權時，如被保險人基於保全契約之關係，於標之物遭竊時，得向保全公司請求賠償是，亦可能因同時獲得保險賠償而受不當得利，實不因該賠償原因是否因侵權行為而異其處理。故凡第三人對該標的之毀損滅失須負損失賠償責任者，即得為保險人代位權行使之對象。

¹⁰⁷ 施文森，汽車保險，頁67，1991年6月。

¹⁰⁸ 施文森，代位權之研究，載：保險法論文，頁143-144，1974年。

¹⁰⁹ 可參照最高法院76年台上第1493號判例：「保險法第五十三條第一項規定之保險人代位權，其行使之對象，不以侵權行為之第三人為限，苟被保險人因保險應負保險責任之損失發生，而對於第三人有損失賠償請求權者，保險人即得於給付賠償金額後，代位行使被保險人對於第三人之請求權。原審謂前項代位權行使之對象，限於侵權行為之第三人，即須保險事故之發生限於第三人之故意或過失，被保險人對之得基於侵權行為請求其賠償時，保險人始得代位行使此項損害賠償請求權，顯有違誤。」徐東昇，免責條款對於保險人代位權影響之探討，萬國法律，71期，頁20，1993年10月。又如(86)年秘台廳民1字第09393號函釋、(77)年廳民1字第0537號函、66年第6次民庭庭推總會決議(2)、67年台上字第1077號判決、67年台上字第3576號判決、70年台上字第498號判決、92年台上字第959號判決……等等實務見解亦同。

然須注意者為，不論是否因第三人侵權行為或依契約關係而產生之損失賠償請求權，皆只限於因標的受損或滅失而直接產生之損失賠償請求權而已。若因其他法律關係間接而產生之權利則不在本條項適用範圍之內，如房屋焚毀，被保險人之親友所答應贈與之重建款項是。此即學說上所謂「標的一致性」¹¹⁰之要求。在此一原則下，而若因損害而間接所生之請求權，有別於直接所生之請求權，自非為代位之客體。職是之故，肯定說所舉因火災之發生被害人獲贈之巨款，或發現價值超過標的物之埋藏物，或土地之增值，或同意電影公司用作場景所收受之對價等……之例，即似有再深思之空間。蓋因即使依據否定見解，此等案例亦應無法適用保險人請求權代位。其真正之原因應在於上述案例並不符合學說上標的一致性要求，而非是因保險請求權代位之客體限於侵權行為所致。

3. 代位權

對此，學說上以民法上第二一八條之一之代位權為例：「如保險人承保律師之業務上過失責任險，該律師為買受人於查核不動產買賣契約時有過失，致買受人之權利不獲公信力保護，律師必須賠償買受人，律師賠償買受人之後，保險人應賠償律師；保險人於賠償律師之後，得複代位律師行使原來律師得代買受人之位向出賣人行使出賣人債務不履行之損害賠償請求權。上述代位求償過程中，保險人所承保者是『責任保險』，保險人代位權行使過程是複代位，保險人複代位所行使者是『買受人本於買賣契約對於出賣人之債務不履行損害賠償請求權』。」¹¹¹故而學說上認為，保險人於

¹¹⁰ 江朝國，保險代位之標的一致性，月旦法學教室，18期，頁29，2004年4月。相同見解，林群弼，同註2，頁260。

¹¹¹ 引自劉宗榮，同註1，頁249-252。另外，氏亦認為於責任保險中，亦有代位之適用，同註47，頁249-250。DOBBYN, JOHN F., *supra* note 34, at 285.

為保險給付之後，可以代位行使被保險人對第三人之賠償請求權，其代位之方式，可以一次代位，亦可以多次代位，其請求權基礎，可以是侵權行為、債務不履行之損害賠償，亦可以是不當得利……等¹¹²。

4. 專屬於被保險人之權利

通說認為，保險人代位權之客體，必須為非專屬於被保險人之權利始可。換言之，基於代位權而取得之權利，以無「一身專屬性」者為限¹¹³。此之所謂專屬於被保險人之權利，乃指專屬於被保險人而不得移轉或繼承之權利也。例如基於身分權、人格權所發生之損害賠償請求權，因其係屬以人格上法益為基礎之權利，具有享受上或行使上之專屬性，須附麗於該專屬之權利主體始能存在，既不適於移轉予他人，亦不適於為強制執行之標的，故不得成為保險人代位權行使之客體。因此，在保險人得代位的客體中，應不包含專屬於被保險人之權利。

5. 實體法上之其他權利

除了上述各種權利以外，代位之客體是否尚包含抗辯權、撤銷權、解除權、終止權、撤回意思表示之權、主張無效或失權之權……等等實體法上之權利？對此，學說上有以英美法與法國之立法例，以及立法院編譯處「保險契約法草案」第五十六條第一項之歷史解釋，認為解釋上亦應包含上述權利為妥¹¹⁴。

對於此一問題，應與法定債權移轉理論及英美保險代位理論之差異有關。在英美保險代位理論之下，由於保險人係以被保險人之地位行使代位權，被保險人之一切權利與救濟，保險人均得行使，

¹¹² 劉宗榮，同註1，頁249-252。

¹¹³ 劉宗榮，同註1，頁246；陳雲中，同註4，頁188。

¹¹⁴ 黃正宗，同註21，頁63。

故上述權利自然在可代位之範圍內。而於法定債權移轉理論，則或透過解釋之方式，亦應能推論出上述權利亦得為代位之客體。按因保險人請求權代位之性質為法定之債權移轉，為權利的繼受取得，而非原始取得。故若該權利本身存有瑕疵、或是有其他從權利，依照權利移轉之法理，其自然也會移轉於受讓人。因此，於論及該權利本身存有瑕疵、或有其他從權利時，此兩種架構推論過程雖然不同，但實際差別似為有限。當然，相較於我國現行「損失賠償請求權」之法條用語，英美法尤其是英國一九〇六年海上保險法直接表明「一切權利與救濟」均可代位，仍應可認為較為明確。

6. 程序法上之權利

承接上述之討論，訴訟法或程序法上之權利，是否亦得為代位權之客體？學說上亦以英國¹¹⁵以及法國之立法例為推論基礎，而認為代位之客體除請求權、求償權……等民事實體法之權利以外，尚包含所有程序法上之權利，如訴權、訴願權、行政訴訟之權、提付仲裁權、聲請調解之權……等等¹¹⁶。

本文以為，此一問題應仍與法定移轉理論及英美保險代位理論本質上之不同有關。依英美保險代位理論，保險人以被保險人之地位進行代位，而非直接法定取得被保險人對於第三人之權利，此係因為保險代位制度存在的本質主要在避免被保險人過度受償或不當

¹¹⁵ 黃裕凱，同註51，頁36。

¹¹⁶ 「……但請求權以外之其他權利，如實行抵押權或質權（包括聲請拍賣抵押物、質物之權）、留置權、抗辯權、撤銷權、解除權、終止權、撤回意思表示之權、主張無效或失權之權、訴權、訴願權、行政訴訟之權、提付仲裁權、聲請調解之權等是否得代位行使或可能發生爭議。依英國法，保險人得代行使權利之範圍亦如法國法是所有實體法及程序法上的權利。我國保險法第五十三條第一項保險人得代位行使權利之範圍似宜回復立法院編譯處『保險契約法草案』第五十六條第一項法國法的範圍，較為妥適。……」參見黃正宗，同註57，頁63。同氏著，兩岸保險法制現代化建議，兩岸保險學術研討會論文，頁33，1998年。

得利，保險人保險代位權利不應比被保險人更為有利，所以保險人無權以其自身名義直接向應負責之第三人為訴訟之請求，而必須以被保險人名義行使¹¹⁷之故。因此，在英美學說上之代位並非直接取得「被保險人可向第三人主張賠償或救濟之權利」，與我國通說所謂保險代位之性質屬法定之權利移轉有所不同。而在此一架構之下，若保險只能代位實體法上之權利，而不能代位程序法（或訴訟法）上之權利，保險人即無法起訴、或於程序法上為任何主張。如此一來，對於保險人之代位實屬不便，更於實際上有無法落實之虞，並使得代位之機能受到相當減損。因此，在英美保險代位的體系下，保險人應須得代位被保險人之程序上之各種權利，如此整個代位機制方為完整。

而在法定債權移轉理論下，由於請求權代位本質為法定之債權移轉，保險人於理賠之後即取得該權利。而保險人既然在實體法上擁有權利，其於訴訟上自然即有提起訴訟之權。若謂保險人僅得受讓實體法上之權利，但不得起訴或為程序上之行為，如此不但使代位機制有成為具文之危險，且更與我私法體系有不符之虞。因此，在法定債權移轉理論之下，保險人於理賠之後即法定取得該權利，故其自得於實體以及程序上為主張，亦應無特別強調程序上之權利是否得為代位客體之必要。

(二)英美保險代位理論客體之探討

在英美保險代位理論中，由於保險人係以被保險人之地位行使權利，其地位與被保險人相同，故被保險人之一切權利及賠償請求權，保險人均得代位行使，而不以侵權行為所致者為限¹¹⁸。就可

¹¹⁷ 黃裕凱，同註51，頁25。

¹¹⁸ ROBERT E. KEETON & ALAN I. WIDISS, *supra* note 28, at 222. ROBERT E. KEETON, *INSURANCE LAW-BASIC TEXT* 147 (1971).

代位的權利內容而言，包含因侵權行為所生之權利（rights arising out of tort）、因契約所生之權利（rights arising out of contract）、因成文法所生之權利（rights under statute）、與保險標的上所存之權利（rights over the subject-matter）等等¹¹⁹，內容相當廣泛。而依英國一九〇六年海上保險法第七十九條第一項：「當保險人支付保險標的全部損失或貨物任何可劃分部分之全部損失，即有權取得其賠付之保險標的所餘留之所有利益，並得代位行使自發生損失時起被保險人有關保險標的之一切權利與救濟¹²⁰」亦可知，被保險人基於保險標的物之「一切權利與救濟」（all the rights and remedies of the assured），保險人均得代位行使¹²¹。

（三）本文見解

在代位之客體此一問題中，吾人可以明顯的觀察出法定移轉理論與英美權利代位理論體系與推論過程的不同。在英美保險代位理論下，保險人為「代替」被保險人而立於其地位進行求償，故自然可以行使被保險人之一切權利與救濟。而在法定移轉理論，則是本於不當得利之法理，只要權利會使被保險人不當得利且性質上亦可移轉，該權利即會法定移轉於保險人。然問題在於，由於我保險法第五十三條第一項對於代位之客體敘述為「損失賠償請求權」，依此保險人所得代位的客體，應為被保險人對於第三人的「損失賠償請求權」。然而，由於我民商法通常之用語多為「損害賠償請求權」，現行保險法第五十三條第一項卻變為「損失賠償請求權」，

¹¹⁹ E. R. H. IVAMY, *supra* note 66, at 498-502.

¹²⁰ 黃裕凱，同註51，頁21。

¹²¹ W.I.B. ENRIGHT, *supra* note 71, at 751. 黃正宗，我國財產保險作業研討——法律觀點之研究討論與建議（上），保險專刊，60輯，頁51，2000年6月；黃正宗，同註59，頁101。

其意義似非明確。故有學說以為，現行保險法第五十三條第一項之用語有所瑕疵，應修正為：「被保險人因保險人應負保險責任之損害發生，而對於第三人有損害賠償請求權者，保險人於履行保險給付時，於其保險給付之限度內，取得被保險人對於第三人之請求權」為妥¹²²。此一問題除了涉及文字上的爭議之外，更值得關注的在於代位客體範圍的界定。實際上，多數學說將代位客體之範圍，除了較有共識的不限於侵權行為而亦包含債務不履行之外，並逐漸擴及於內部求償權、代位權……與民法上各種之權利¹²³，更包含共同海損分擔請求權、甚至及於損失補償請求權¹²⁴等等公法上的權利。此符合防止被保險人不當得利之法理，也有利實務上的求償作業。然一般仍不得不承認，如此似已超越現行保險法「損失賠償請求權」之用語所界定之範圍¹²⁵；而英國法之「一切權利與救濟」，亦與我國保險法第五十三條之「損失賠償請求權」非完全相同¹²⁶。因此，根本之道應以修法之方式，將上述之用語加以修正為妥。而在實務保單條款與約定中，亦可發現此一問題。如商業

¹²² 林群弼，同註2，頁259。

¹²³ 劉宗榮，同註1，頁251-252。亦可見同書：「由於保險人基於代位權行使之權利，與被保險人對第三人之損害賠償請求權之內容完全相同，因此二者之請求權基礎必然相同，被保險人對第三人之損害賠償請求權是基於『侵權行為損害賠償請求權』、『債務不履行之損害賠償請求權』、『所有物返還請求權（民法第七百六十七條）』、『占有物返還請求權（民法第九百六十二條）』……者，保險人基於代位權對第三人行使之權利，亦分別應是『侵權行為損害賠償請求權』、『債務不履行之損害賠償請求權』、『所有物返還請求權』、『占有物返還請求權』……等」，頁245-246。

¹²⁴ 黃鴻圖，論保險法上之保險代位制度，載：2004年保險金融管理學術研討會會議資料，頁36，2004年3月。

¹²⁵ 廖家宏，同註105，頁75、85。

¹²⁶ 施文森，同註53，頁138。

火災保險基本條款¹²⁷第三十三條規定：

「一、保險人因本保險契約承保範圍內之損失而對於第三人有賠償請求權者，本公司得於給付賠償金額後，代位行使被保險人對於第三人之請求權。

二、前項情形，被保險人對第三人有賠償請求權以外之其他權利時，被保險人同意轉讓該權利予本公司，如該權利依法不得轉讓時，被保險人同意授權本公司代為行使該項權利。

三、本公司就保險標之物之全部或一部以全損賠付被保險人或其他有保險賠償請求權之人時，被保險人同意轉讓該已賠付保險標之物之所有權及其有關之權益予本公司。」

在本條款中，除了損失賠償請求權當然移轉之外，其他之權利亦在移轉之列。如果該權利依法不得轉讓時，本條款更約定被保險人應授權保險人代為行使該項權利。依此保險人所得代位的客體，應可認為與保險法第五十三條之內涵有所差異。由此亦可見因我國法之不明確，實務上常以條款或約定來重新詮釋。另外值得注意的是，實務上之約款亦常含有英美保險代位理論之意涵。以實務上之代位求償同意書為例：

¹²⁷ 此為舊條款。相似內容之新條款規定於第34條：「被保險人因本保險契約承保範圍內之損失而對於第三人有賠償請求權者，本公司得於給付賠償金額後，於賠償金額範圍內代位行使被保險人對於第三人之請求權。前項情形，被保險人對第三人有賠償請求權以外之其他權利時，被保險人同意轉讓該權利予本公司。本公司就保險標之物之全部或一部以全損賠付被保險人或其他有保險賠償請求權之人時，被保險人同意轉讓該已賠付保險標之物之所有權予本公司。」其與舊條款的內容大致相同，雖然少了授權的條款，但是同樣有轉讓其他權利的約款。就內涵上而言，仍以舊條款較為明顯，且其曾為有效之條款，應仍有討論之價值，因此本文以之為例來作說明。

「代位求償同意書

一、本被保險人所有之 號車於民國 年 月 日肇事， 貴公司依保單條款約定扣除自負額後理賠新台幣 萬 仟 佰 拾 元整， 貴公司如數賠付後本案已告圓滿結束且對本案絕不再作任何賠償請求並放棄一切追訴之權。

二、茲同意 貴公司依法得以本被保險人名義或其他方式代位行使對第三人之損害賠償請求權，並願協助 貴公司行使上述權利，無與該第三人私下和解，且無任何放棄要求賠償之允諾。若有詐騙或妨礙 貴公司行使代位求償權之情事，願意退還前述修理費用及賠償法定利息，並負因而衍生之其他民、刑事責任。」

此代位求償同意書的第二項前段中，就「得以本『被保險人』名義」此一用語而言，應可明顯的發現其受到英美保險代位理論影響的軌跡。不論是從「被保險人名義」的行使名義¹²⁸，或是以「其他方式」代位行使對第三人之損害賠償請求權，皆與英美保險代位理論之意旨相通。然而，由於我國現行實務與通說見解仍採取法定權利移轉理論，故此於體系上是否有不協調之虞，應值考慮。再者，此一方式是否妥適，實際上還會涉及到我國保險法第五十三條是否為強制規定的問題。學說上有認為，因保險代位為保險制度之所需，不只對於保險人有利，對於投保大眾亦屬有利，故其為絕

¹²⁸ 再如信用狀出口保險條款（1998年3月24日台財保第870182910號函核准辦理；2002年9月24日中輸銀第0910003715號修正函報財政部核備通過）第19條：「本行對於已發生之承保危險履行賠償義務之同時，被保險人應簽署並交付形式及內容均合乎本行要求之代位求償同意書，以證明本行已取得代位求償權。本行行使代位求償權時，得以被保險人名義向第三人求償，並得以被保險人名義決定追償程序，進行訴訟或追償。本行依前項規定行使權利而採取必要措施時，被保險人應盡力協助。」其中「本行行使代位求償權時，得以『被保險人名義』向第三人求償，並得以『被保險人名義』決定追償程序，進行訴訟或追償」之用語，亦可見相同的意旨。

對強行規定，當事人不得約定變更¹²⁹。若保險法第五十三條確為強制規定¹³⁰，則當事人可否以特約另行約定？又此是否有主張「有利於被保險人」而不受限制之空間？亦非無疑義。

另外，在約定權利轉讓時，若是完全任由當事人自行約定，實際上也可能出現問題。學說上認為，「保險代位」以及「債權讓與」理論上雖可以並行不悖，實際上也有越來越多的代位求償案件，保險人係同時以代位權人與債權受讓人雙重地位為之。然此方式已嚴重背離保險代位制度原是不致使被保險人過度受償的原有理念。保險人為能有效行使其「代位求償權」，不僅在其自行印就代位求償書上約定超過法律原本賦予的權利範圍；更甚之，另以「債權讓與」方式達到所需之追償目的。另一方面，簽具代位求償書及權利讓與書之被保險人可能完全不明瞭這些文件的真實內涵（例如已不僅是單純的債權讓與而已，甚至整個貨載的所有權，無論有無毀損或投保，均歸屬保險人所有）甚至已危害到被保險人自身之權益¹³¹。因此，未來應考慮修正我國保險法第五十三條中對於代位客體之用語，使其能符合法理以及實務上的需要。而實務上之保單與約款亦應注意我通說與司法實務所採之法定移轉理論與英美保險代位理論之差異，以避免產生適用上的疑義與體系上的衝突。

三、代位請求之數額

(一)法定移轉理論下之運作模式

依法定債權移轉理論，保險人對被保險人理賠之後，被保險人

¹²⁹ 林群弼，同註2，頁251。

¹³⁰ 保險法第54條第1項：「本法之強制規定，不得以契約變更之。但有利於被保險人者，不在此限。」

¹³¹ 以上引自黃裕凱，同註51，頁60。

權利即法定、當然地移轉於保險人。然保險人理賠之金額，與被保險人對於第三人權利之額度兩者未必相同，對此一般分為：1. 保險給付等於被保險人對第三人之權利額度；2. 保險給付大於被保險人對第三人之權利額度；3. 保險理賠給付小於被保險人對第三人之權利額度三種情況來討論。

在1.之情形，如於足額保險時，此時保險賠付金額，與被保險人對於第三人權利之金額相同，較無問題。再者，保險給付若大於被保險人對第三人之權利，如被保險人與有過失時，保險人之代位範圍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？通說認為，因保險代位本質為法定之債權移轉，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，仍然受到該權利原本之限制¹³²。況且，第三人之損害賠償責任，亦不應因有保險人而擴大。因此，在2.之情形，既然第三人可對被保險人主張減輕或免除其賠償責任，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。

在3.之情形，如於不足額保險時，保險人所為之理賠即小於被保險人可對第三人請求之額度。此時因保險人並非為全部理賠，故發生法定移轉者，也僅以保險人所理賠之額度為限。如此一來，原本該被保險人對於第三人之權利，即會因此而「割裂」為二¹³³：一部分為保險人因法定債權移轉而取得者；一部分為被保險人對第

¹³² 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。」

¹³³ 尹章華，同註49，頁105、112；尹章華，同註63，頁121。

三人之剩餘權利。影響所及，保險人與被保險人必須分別求償、起訴，對其而言並非經濟¹³⁴。對於第三人言，其原只需對於被保險人負責任而面對其求償即可，然在此卻因被保險人尚有投保的緣故，使得第三人除了面對被保險人之求償以外，還必須面對保險人之求償，結果恐將造成第三人之不便、訟累與程序之耗損¹³⁵。

(二)英美保險代位理論下之運作模式

在英美保險代位理論下，保險人是以被保險人之地位行使代位權，與被保險人自行行使權利相同，故被保險人一切所得行使之權利保險人均得行使。既然保險人是以被保險人之地位行使代位權，其所得行使者自然以被保險人之權利為限。因此，在上述 1. 的情形固無問題，在 2. 的情形亦應以被保險人之權利為限，而與法定移轉理論推出的結論相同。在 3. 的情形，除了保險人與被保險人就各自之部分有起訴之利益之外，一般認為保險人亦可就被保險人所有的權利請求，並不受其理賠額度之限制¹³⁶。必須加以強調的是，此處所謂保險人行使代位權不受理賠額度之限制，並非指保險人可以就超出理賠額度之金額歸於自己，而是指保險人可以就全部之金額一併向第三人求償，並為被保險人之利益成立擬制之信託¹³⁷，而將超出理賠額度的部分歸屬與被保險人。保險人實際上自己取得者，仍以理賠之額度為限¹³⁸，否則反而將造成保險人之不當得

¹³⁴ 李義仁，從我國法院判決研討保險人之代位求償權之性質，產險季刊，54 期，頁111，1985年3月。

¹³⁵ 施文森，保險法判決之研究——總則編（下），頁551，1976年。

¹³⁶ 黃裕凱，同註51，頁54；尹章華，同註63，頁121。

¹³⁷ 施文森，同註108，頁143。另可參照前文「肆、英美保險代位理論之分析」之討論。

¹³⁸ R. J. LAMBETH, *supra* note 34, at 457-58.

利。綜言之，由保險人一併行使權利，可以避免權利的割裂行使，也可以避免法律關係的複雜化。對於保險人而言，反正均是要對第三人行使權利，原因事實均相同，使其可就超出理賠額度之部分一併請求並不至增加其負擔。而對於被保險人而言，由保險人一併代其向第三人請求實為無害有利，亦能避免自己求償之麻煩與訴訟之累，更可加強保險避免紛爭的機能。而在一部保險時，若被保險人與保險人均得以自己之名義起訴，將會導致訴訟的分裂而使得第三人因為相同的錯誤而受到雙重的訴訟。因此，美國聯邦法院認為即使被保險人與保險人得以自己之名義起訴，在訴訟上也必須共同為之以外，更允許以被保險人之名義就全部之金額求償¹³⁹，以避免上述之情形。

(三) 本文見解

法定權利移轉理論可能產生的問題，已經如前所述。而在保險人僅給付一部時，若能由其一併代位，對於被保險人有利，亦能避免訴訟的分裂與第三人之負擔與訟累。故學說上有建議，在法定移轉理論下，可由被保險人將該差額之請求權轉讓保險人，由其併同代位求償範圍，一併起訴；或被保險人就該不足之差額，由保險人為其訴訟代理人，併同起訴，日後再將訴訟獲勝所得之賠償金額，再返還於被保險人¹⁴⁰。再者，最高法院六十一年台上字第二六七二號判決謂：「惟按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。既稱代位行使，則其本質仍非自己之權利，而係被保險人即上訴人之權利。原判認損害賠償請求權，依法移轉與該保險公司，究係依何法律，尚未明瞭。又請求賠償之權利

¹³⁹ RONALD C. HORN, *supra* note 27, at 73-74.

¹⁴⁰ 李義仁，同註134，頁111；另參徐東昇，同註75，頁33-34。

既係被上訴人之權利，保險公司何能將該權利讓與被上訴人？被上訴人行使自己之權利起訴獲得賠償後，豈非受領雙重之賠償？原判此部分之法律見解，亦屬不當。」其認為保險人所代位行使之權利，本質上仍非自己之權利，而係被保險人之權利；此與在法定權利移轉理論之下，保險人所行使者為繼受移轉後之自己權利有所不同。由此可知，最高法院於此之見解應與法定權利移轉理論有所不同。對此，學說即提出批評，認為此判決與保險人請求權代位為法定移轉之本質並不相符，並更進一步認為所謂「以被保險人之名義提起損害賠償之訴」之約定，應可解讀為代位權之轉讓¹⁴¹。即因代位權在本質上為請求權，為財產權之一種，就法理而言自得任意轉讓，其轉讓之效力並不因受讓人適為被保險人而有異。因此，只要有實際上的需要，保險人自得將代位權讓與給其他人，即使再讓回給被保險人亦可。

對於上述見解，本文以為本案「本公司（被保險人）同意以自己之名義提起損害賠償之訴」之約定，依其用語推論，其應是受到了英美保險代位理論之影響。按以被保險人之名義起訴，正與英美權利代位之理念相符。又最高法院謂該權利仍為被保險人所有，保險人如何受讓該權利並不明瞭……，似亦可見類似之意旨。這也顯示了我國實務與學說仍多少受到英美保險代位理論的影響，而產生與法定移轉理論體系間運作上不一致之情形。學說將「本公司（被保險人）同意以自己之名義提起損害賠償之訴」之約定解釋為代位權之轉讓，雖然在效果上相仿，但實際上與英美權利代位理論的運作模式仍有相當差距。再者，保險人於行使代位權之時，現實上本來就存有太多的外部因素，例如被保險人與第三人有業務上之關係，由其求償較為妥適；或由被保險人求償成本較低而有效率；或

¹⁴¹ 李義仁，同註134，頁110。

因公共關係保險人不便親自求償……等等。在此情況下，先將保險代位定性為「法定權利移轉」，使保險人於理賠之時，即法定當然取得被保險人之權利；然而又再將以被保險人名義起訴之約定解讀為「保險人再將權利轉回給被保險人」，如此在法理上是否過於迂迴複雜，亦似有再深思之空間。

反之，在英美保險代位理論，學說與法院多承認保險人以被保險人之地位求償，可不受理賠金額之限制，並為被保險人之利益成立擬制信託，保險人須將該部分交與被保險人。如此應較能避免權利與訴訟的割裂，也可以避免法律關係複雜、對第三人不利與程序的無效率等等問題。學說上亦認為，我國法應無庸採保險人賠償金額與被保險人實際損失之雙重限制原則¹⁴²，而就被保險人尚未自保險人獲得充分補償之損失部分，保險人與被保險人間成立擬制信託，保險人得以受託人之身分進行訴訟，並使判決之效力及於被保險人，避免被保險人日後另行對第三人提起損害賠償¹⁴³。再者，因其非權利的法定移轉，保險人若不便行使，則仍可由被保險人自行行使，而於被保險人取得賠償後再轉回給保險人。保險人或被保險人可依其公共關係、地域之考量、或其他個別因素決定由何人求償，而不必如採法定移轉理論之學說，須藉當事人間權利輾轉移轉以達相似的效果。綜上所述，就此點而言，應可知英美保險代位理論應較法定移轉理論能避免權利與訴訟的分裂、法律關係複雜、程序不經濟……等等問題；亦較能符合實際上以何人起訴之需要，並避免當事人間權利輾轉移轉之麻煩。

¹⁴² 施文森，同註57，頁242。

¹⁴³ 施文森，同註57，頁215。

四、民法第二九七條之適用問題

所謂債權讓與者，為以移轉債權為標的之契約¹⁴⁴。債權讓與以通知達到債務人，或為債務人所瞭解時發生效力，不必得債務人之承諾¹⁴⁵。按因對債務人而言，反正都必須清償債務，只要有受通知，對於何人給付並無不同，故應不需債務人之同意¹⁴⁶。但若讓與人或受讓人未加以通知，則該債權讓與對於債務人不生效力。我國民法第二九七條：「債權之讓與非經讓與人或受讓人通知債務人，對於債務人不生效力。但法律另有規定者，不在此限。受讓人將讓與人所立之讓與字據提示於債務人者，與通知有同一之效力。」即為此之規定，其性質上屬於觀念通知¹⁴⁷，為準法律行為而準用意思表示之規定。

而債權讓與依其發生之原因，可分為意定之讓與及法定之讓與。既然通說認為保險人請求權代位性質為法定債之移轉，則民法第二九七條是否亦有適用或類推適用，即有問題。對此，學說與實務上見解不一，有持肯定說者，亦有持否定說者：

(一)肯定說

本說以為，「對被保險人負有損失賠償義務之第三人對原債權人之損失賠償義務，不僅其賠償範圍不因債權人因另訂有保險契約而受影響，且關於其債務履行對象之注意義務，亦不應因之而加

¹⁴⁴ 鄭玉波，民法債編總論，頁463，2002年6月2版。

¹⁴⁵ 黃立，民法債編總論，頁604，2002年9月2版。

¹⁴⁶ 最高法院20年上字第58號判例：「債權之讓與，雖須經讓與人或受讓人通知債務人始生效力，但不以債務人之承諾為必要。」林誠二，民法債編總論——體系化解說（下），頁319，2001年3月。

¹⁴⁷ 最高法院28年上字第1284號判例：「債權讓與之通知，為讓與人或受讓人向債務人通知債權讓與事實之行為，其性質為觀念通知。」

重。因此，於損失事故發生後，若被保險人或保險人基於其代位權之規定向第三人為損失賠償請求權移轉之通知，則第三人不得再向被保險人——即原債權人——為給付，否則不生清償之效力，保險人仍得繼續向其請求損失賠償，而第三人只得依不當得利之規定向被保險人請求返還其所給付者；反之，若第三人於損失事故發生後未受通知有關保險人代位之情形，則其向被保險人所為之清償仍為有效，該損失賠償義務因此而消滅，保險人只得依不當得利之規定請求被保險人返還其代位權範圍內之數額」¹⁴⁸。簡言之，由於保險人請求權代位之性質為法定債權移轉，其與意定移轉之不同僅在於發生原因不同，對於債務人而言並無不同，故仍須以民法第二九七條之通知為必要。

而在實務見解方面，如最高法院八十七年台上字第二八〇號判決：「……民法為保險法之補充法，保險法無規定者，自應適用民法有關之規定。故保險人依保險法第五十三條第一項之規定行使法定代位權，固應依民法第二九七條第一項之規定，於通知第三人後，始對該第三人發生效力。……」另最高法院八十八年台上字第一九〇一號判決、台灣高等法院九十二年海商上字第十二號判決、台灣高等法院高雄分院九〇年上易字第二十二號判決、台灣高等法院暨所屬法院八十七年法律座談會等之見解均同。

(二) 否定說

否定說則認為，此時保險人不必再依民法第二九七條對第三人通知，即可對第三人發生效力。按依民法第二九七條：「債權之讓與，非經讓與人或受讓人通知債務人，對於債務人不生效力，但法律另有規定者，不在此限」，保險法第五十三條所定保險人之代位

¹⁴⁸ 以上引自江朝國，同註1，頁480。

權，通說認為係權利之法定移轉，一旦符合法定要件後即當然發生，故兩者性質有所不同，應可認為係法律另有規定¹⁴⁹，故應不以對債務人通知為對抗要件，如此亦較能堅持保險代位屬於法定權利移轉之性質¹⁵⁰。另有學說認為，造成損害之第三人較無保護與通知之必要，故亦無須再以通知為生效之要件¹⁵¹。

在實務見解方面，如最高法院七十三年台上字第一四四五號判決：「……而被上訴人稱於理賠後取得代位求償權，已顯示其請求，係基於保險法第五十三條第一項之規定，不發生應否依民法第二百零九十七條第一項向上訴人為通知之問題……」即採此說。

(三)小 結

對於上述問題，本文以為似以非採肯定說為必要。首先，自保護第三人而言，依民法第三一〇條第二款：「受領人係債權之準占有人者，以債務人不知其非債權人者為限，有清償之效力」，如第三人為善意而給付，於此被保險人可視為保險人（即債權人）之準占有人，故第三人之給付仍然發生清償之效力，而由被保險人對保險人負不當得利之責¹⁵²。故即使採取否定說之見解，仍能對於善意第三人有所保護¹⁵³。又若損害賠償義務人於受通知前實際上已知悉有權利移轉之事實，仍向讓與人為給付時，是否仍使其得援引民法第二九七條第一項為抗辯，則不無疑問¹⁵⁴。若謂仍得抗辯，

¹⁴⁹ 施文森，同註53，頁139-140；陳淑儀，保險代位求償問題之探討——保險代位之保全與障礙，核保學報，2卷，頁151，1994年3月。

¹⁵⁰ 吳月瓏，全民健康保險法第八十二條規定之探討——論健保局行使代位權之適法性及其面臨之困境與評析，保險專刊，50期，頁156，1997年12月。

¹⁵¹ 林群弼，同註2，頁272-273。

¹⁵² 劉宗榮，同註1，頁258。

¹⁵³ 陳淑儀，同註149，頁64。

¹⁵⁴ 汪信君，保險人請求權代位與第三人之給付，月旦法學教室，32期，頁41，

則對第三人保障是否過度，似亦有問題。又在全民健保代位中，全民健保既有政策性與強制性，故一般亦難諉為不知¹⁵⁵。是否有通知之必要，亦有疑問。

再者，吾人若先跳脫上述爭議，就保險人請求權代位之本質以觀，相較之下，英美法則多未論及保險人通知第三人與代位效力之問題。推其原因，應是因保險人既以被保險人之地位求償，與被保險人自為求償無異；而既然與權利之移轉無涉，也就沒有是否需再行通知第三人——即債權讓與對債務人效力之問題。實際上，英美法即使論及保險人將代位相關事項通知第三人，其意多在宣示或確保代位之效力，或強調第三人不得與被保險人為任何有妨礙代位效果之行為。按因保險人之通知可使第三人成為知情之狀態，爾後若第三人與被保險人為妨礙代位之行為，或宣稱已對被保險人給付，則保險人即可主張第三人因惡意而對其不生效力。

當然，即使保險人未再為通知，第三人對於被保險人之義務依然存在。第三人若對保險人給付，因保險人就代位案件有主導與受領之權，故當生清償之效力。若第三人善意對被保險人給付，則就保險人應取得之部分成立擬制信託，被保險人須將該部分交與保險人。若第三人基於惡意而對被保險人給付，則如前所述，第三人即不得對抗保險人矣。綜上所述，在法定移轉理論之下，就是因為涉及權利的「移轉」，所以才必須對於該權利之移轉是否應再行通知第三人——亦即債權讓與對債務人之效力此一問題為討論。相對的，於英美保險代位理論，除非另有意定讓與，否則應不會有上述問題。因此，就此點而言，應以英美保險代位理論較能避免上述之爭議。

2005年7月；施文森，同註53，頁140。

¹⁵⁵ 陳聰富主持，同註52，頁113、119；吳月瓏，同註150，頁156。

五、保險人不行使代位權時之利益歸屬

(一)問題之源起

對於全民健康保險之代位，全民健康保險法第八十二條原規定：「保險對象因交通事故，經本保險提供醫療給付者，本保險之保險人，得向強制汽車責任保險之保險人代位請求該項給付。」本條構成全民健康保險人行使代位權之基礎，賦予全民健康保險人因保險對象遭受汽車交通事故導致之傷害，於提供醫療給付後，得代位保險對象向強制汽車責任保險人請求償還所支出之醫療費用之權利¹⁵⁶。再者，通說與實務見解認為，本條應僅在於簡化求償途徑，使健保局不必依循一般向加害人求償之途徑而已，要無排除依保險法第五十三條向加害人代位求償之意，亦即肯定健保局亦得向加害人代位求償¹⁵⁷。又基於法律一致性、公平正義原則及減輕全民負擔之理念，二〇〇五年五月全民健康保險法第八十二條修正，將全民健康保險保險人得代位行使求償權之範圍，擴大至公共安全事件、其他重大之交通事故、公害或食品中毒事件；另亦增訂得向汽車交通事故特別補償基金求償¹⁵⁸。因全民健康保險代位之性質

¹⁵⁶ 林勳發主持，全民健保代位求償相關問題之研究，行政院衛生署中央健康保險局八十四年委託研究計畫報告，頁29，1995年。

¹⁵⁷ 江朝國，全民健康保險法第八十二條代位權之探討，月旦法學雜誌，4期，頁102，1995年8月；陳聰富主持，同註52，頁98-99。台灣高等法院92年附民上字第45號刑事附帶民事訴訟判決、台灣嘉義地方法院92年訴字第407號、92年訴字第97號、92年訴字第82號、91年訴字第1017號、91年訴字第936號、91年訴字第666號、91年訴字第598號、90年重訴字第216號等判決見解均同。

¹⁵⁸ 2005年5月18日修正全民健康保險法第82條：「保險對象因發生保險事故，而對第三人損害賠償請求權者，本保險之保險人於提供保險給付後，得依下列規定，代位行使損害賠償請求權：一、汽車交通事故：向強制汽車責任保險保險人請求。二、公共安全事件：向第三人依法規應強制投保之責任保險保險人請求。三、其他重大之交通事故、公害或食品中毒事件：第三人已投

屬於法定債之移轉¹⁵⁹，健保局給付之後，被保險人之權利即當然移轉於健保局，被保險人不得再行請求。然而，基於成本效率之考量，健保局未必對所有案件均行使代位權¹⁶⁰；但此時因權利已經法定移轉與健保局，被保險人也無法行使，故最後將造成無人向加害第三人請求之結果。

對此，學說上認為：「……涉及損害填補制度之目的與保險法上不當得利禁止原則之衝突，使受害者獲得雙重補償，除違反保險法上不當得利禁止原則之外，對於社會資源整體而言亦屬浪費，若能統由全民健康保險之保險人，代位求償，當能使保險法與損害賠償法之基本原則得到實現，一方面損害賠償之目的得以維護，另一方面被害人亦不至於雙重受償，然而，基於效率之考量，中央健康保險局對於資訊取得不易、訴訟程序冗長、加害人資力有限之一般侵權案件，其行使代位求償權之意願極低，能力亦有限，實務運作上亦已不再向加害人行使代位求償權，則法院在具體案件中，必須就使加害人因健保給付而減輕賠償責任或是使被害人雙重受償之間作一價值判斷。法院依其組織、程序，較適合實現損害填補制度之公平原則與嚇阻功能，已見前述，而保險法上除不當得利禁止原則之外，亦有防止道德風險產生之原則，而所謂道德風險即被害人因預計損害由他人承擔或反而因而得利，而降低注意或預防措施，導

保責任保險者，向其保險人請求；未投保者，向第三人請求。前項第三款所定重大交通事故、公害及食品中毒事件之求償範圍、方式及程序等事項之辦法，由主管機關定之。」以上參照全民健康保險法第64條、第82條修正草案總說明。

¹⁵⁹ 江朝國，同註157，頁99；王廷懋，全民健保保險代位之探討，法律評論，69卷4期，頁4，2003年6月。另參93年台上字第1159號判決、93年台上字第472號判決、92年台上字第188號等判決。

¹⁶⁰ 張英磊，論汽車交通事故成本之分配——以侵權行為、全民健康保險與強制汽車責任保險為中心，月旦法學雜誌，86期，頁148，2002年7月。

致損害發生風險之提升，其目的實為損害填補制度之嚇阻功能考量之一面向，然由社會整體觀察，因加害人通常對於損害發生之控制力較大，因此，如果必須在使加害人減輕責任致使其注意或預防措施減低與使加害人（此處之「加害人」，依上下文推斷，應係指「被害人」）雙重受償致使其雙重得利中作一選擇，由整體嚇阻功能之觀點，毋寧選擇後者；且因受害人繳交保險費致使加害人之責任反而減輕，恐亦不合於社會一般公平理念¹⁶¹。」簡言之，就被保險人雙重得利與第三人責任減免二者而言，基於公平原則、嚇阻功能、防止道德危險等考量，在價值判斷上應以選擇後者為妥¹⁶²。

如上所述，繳交保費的畢竟為被保險人，若造成損害之第三人反可因被保險人之支出而減輕其責任，在法理上似有未妥。相較之下，與其由第三人實際上減免責任，不如由被保險人留存權利，並使造成損失之第三人有機會負終局之責任。然而，如此是否會使被保險人雙重受償，而有違保險請求權代位之初衷？其實，只要保險人放棄行使代位權，就會有一方實際上可能得利。在此一情況下，只能藉由法律價值的判斷，將利益歸於較為合理的一方。況且這也並非一開始就要使被保險人過度受償，而是已經給予保險人求償之機會，然而在保險人放棄代位權的情況下，所為的不得已的選擇。因此，應可肯認在保險人不行使代位權的情形下，寧由被保險人保留該權利，而非得由第三人減免責任的價值判斷。

在一般的代位案件中，同樣也會出現類似的情形。實際上，保險人囿於種種因素，未必會全面行使代位權。如勝訴與實際獲得賠償之可能性、成本考量、公共關係……等等，均會影響保險人行使代位權之意願。實務保單中，亦不乏明文約定保險人放棄代位求償

¹⁶¹ 本段引自張英磊，同註160，頁153。

¹⁶² 同參陳聰富主持，同註52，頁81。

權者¹⁶³。又因我國通說採取法定移轉理論，故當保險人給付後，被保險人之權利即法定當然移轉於保險人。既然該權利已經法定移轉為保險人所有，被保險人就該權利自然無從為任何主張。因此，保險人若不行使代位權，被保險人亦不得再為行使，最後將產生無人向第三人求償之結果，恐亦與公平原則、嚇阻功能、防止道德危險等法理有違。

(二)修正見解之提出與檢討

對於上述情形，學說上即提出修正意見，認為可改採「請求權讓與原則」，以避免健保局不行使代位權時，被害人亦因權利已法定移轉而無法向加害人求償，使加害人之責任因而減輕；以及加害人所導致事故之醫療費用之支出由全民分攤；更使加害人減輕賠償責任而無法達到侵權行為法嚇阻功能¹⁶⁴之後果。然此一修正方式是否妥適，似值考慮。

所謂請求權讓與原則，係指須由保險人向被保險人請求讓與，代位之權利始移轉於保險人，而非權利的法定當然移轉。於本原則下，既然多了保險人向被保險人請求讓與之步驟，難免將增加保險人求償的成本與不便。若被保險人不願配合，保險人除了訴訟似無其他更為有效方式。即使保險人取得對於第三人之權利，然而也僅僅是取得一「權利」而已，必須向第三人行使，方能真正落實權利之內容，更遑論被保險人與第三人均有破產或失卻清償能力之風險。因此，在請求權讓與原則下，保險人須對被保險人請求，再向第三人請求。如此一來，將會增加保險人行使權利之耗費，並面臨被保險人或第三人無法清償的雙重風險，對其而言實為不利。

¹⁶³ 徐東昇，同註109，頁19。

¹⁶⁴ 陳聰富主持，同註52，頁80-82；張英磊，同註160，頁153。

因此，採取請求權讓與原則，或雖可如學說所述，較能顧及公平原則、嚇阻功能、防止道德危險等法理，但卻可能遭遇法定移轉理論原本可避免之問題。是否妥適，似值再予斟酌。而於英美保險代位理論，保險人是以被保險人的名義、地位，行使被保險人之權利，在性質上並非權利的法定移轉。因此，即使保險人不行使代位權，該權利也依然屬於被保險人，自然也就不會有在法定權利移轉理論之下，保險人取得權利但不行使，被保險人又已經失去權利，最後導致第三人得利之結果。亦較能兼顧公平原則、嚇阻功能、防止道德危險等法理。而在被保險人破產或失去清償能力時，英美判例在「擬制信託」之概念下，被保險人所收取之第三人賠款視同為保險人信託保管，保險人得主張全數並優先被保險人其他債務而返還¹⁶⁵，如此亦應較請求權移轉原則妥適。因此，就保險請求權代位的目的而言，英美保險代位亦可達到防止不當得利等等規範目的，又可於保險人不欲行使代位權時，產生較為衡平之結果，應較值參酌。

六、其他應值斟酌之實務見解

保險人行使代位權時，其所請求的金額是否必須扣除再保險給付？此一問題於我國爭議已久，最高法院六十九年台上字第一五四九號判決對此採取肯定之立場，然學說對此多持不同之見解。新近最高法院九十三年台上字第二〇六〇號判決亦採肯定見解，而對於保險人行使代位權時就再保險部分一併代位求償之國際慣例採取質疑之立場。對於六十九年台上字第一五四九號判決之問題與疑義，

¹⁶⁵ 黃裕凱，同註51，頁51；R. J. LAMBETH, *supra* note 34, at 460. DIGBY C. JESS, *supra* note 68, at 490.

已有相當多的學者為文評釋¹⁶⁶，本文不擬加以複述。而最高法院九十三年台上字第二〇六〇號判決推翻原審¹⁶⁷見解，並由法定移轉理論立論，與本文探討之重點較為相關，故於以下加以分析之：

¹⁶⁶ 通說認為，此判決將造成應負責第三人之不當脫免責任，使其成為再保險契約之真正受益人，而發生荒謬之結果。相對的，對於第三人而言，其所應負之責任，也不應該因為被害人之保險人是否投保再保險而有不同，否則亦有失事理之平。此判決忽視再保險人權益，將使國外之再保險人考慮其權利未獲保障，而不願承受我國之保險業務，影響所及，將使我國保險業交易之對象受限，危險分散不易，對於我國整體保險制度之機能亦將有所減損。參照陳繼堯，再保險人之代位請求權及其行使，法令月刊，34卷5期，頁17，1983年5月；施文森，保險法總論，頁207，1986年7版；桂裕，同註1，頁105-106；宋明哲，同註23，頁374；梁宇賢，保險法實例解說，頁117，1997年3月；江朝國，再保險相關法律問題之研究，載：陳繼堯教授退休紀念論文集，頁792，1997年10月；梁宇賢、劉興善、柯澤東、林勳發，同註2，頁725；林群弼，同註2，頁296。

¹⁶⁷ 台灣高等法院台中分院90年保險上字第9號判決：「……惟按再保險者，乃保險人以其所承保之危險，轉向他保險人為保險之契約行為，同法第三十九條訂有明文，至原保險與再保險間，雖相依併存，然法律關係上實為各自獨立，此觀同法第四十條以下之規定自明，是再保險人給付予原保險人之保險金自不得指為係封頂被保險人之給付。原保險人如有對第三人代位行使之請求權時，讓第三人不得主張原保險人所付與原被保險人之金額中有一部分係得自再保險人，而遂謂代位請求之數額為超過實際賠償之金額。蓋再保險在性質上雖仍為補償損失之契約，原保險人對原被保險人為賠償後，若對於危險事故之發生另有應負賠償責任之第三人時，原保險人對之代位求償，因而所取得之賠償金額，依國際商業慣例，原保險人須按再保險契約所約定之成數攤還再保險人。惟此並非減免為侵權行為第三人之賠償責任，是原保險人如有對第三人代位行使之損害賠償請求權時，該第三人不得主張原保險人所付與原被保險人之金額中有一部分係得自再保險人，而遂謂代位請求之數額應扣除再保險人之攤付額，否則，將減免為侵權行為之第三人之賠償責任，有背侵權行為人應負損害賠償之規定……。」

(一)最高法院九十三年台上字第二〇六〇號判決要旨¹⁶⁸

「……按被保險人因保險人應負保險責任之損失發生，而對於第三人有損失賠償請求權者，於保險人履行賠償之義務後，依保險法第五十三條第一項規定，其損失賠償請求權於賠償金額範圍內，當然移轉於保險人，被保險人於受領保險金給付後，即不得再向第三人行使已移轉予保險人之損失賠償請求權。而依同法第三十九條規定之再保險，乃保險人以其所承保之危險，轉向他保險人為保險之契約行為，性質上原屬於分擔危險之責任保險契約，即再保險人（再保險契約之保險人）於再保險契約所約定之危險（原保險人依其與原被保險人間之保險契約而生之給付保險金義務）發生時，應負給付保險金予原保險人（再保險契約之被保險人）之義務。是除另有約定或習慣外，再保險契約仍有保險法第五十三條第一項規定之適用。申言之，原保險人於依原保險契約給付保險金與被保險人而依法受移轉賠償金額範圍內之被保險人對於第三人之損失賠償請求權，因再保險人依再保險契約給付保險金與原保險人後，亦於該賠償金額範圍內，當然移轉於再保險人。原保險人就再保險人賠償金額範圍內，自不得再代位被保險人向第三人行使已移轉予再保險人之損失賠償請求權。本件上訴人一再抗辯被上訴人已依再保險契約受領保險給付，就此部分即不得代位福裕公司向其請求賠償等語，倘屬實在，將影響被上訴人依保險法第五十三條第一項得代位被保險人福裕公司請求賠償之範圍。上訴人既對被上訴人為請求所依據之代位權是否存在及其範圍如何有所爭執，即應由主張權利發生且仍存在之被上訴人，負舉證責任。原審見未及此，未違究明被上訴人就其因給付保險金予福裕公司所取得該公司對於上訴人之損

¹⁶⁸ 此為本文摘錄，判決全文可參照司法院法學資料檢索系統：<http://nwjirs.judicial.gov.tw/>（最終瀏覽日：2005年8月25日）。

害賠償請求權，已否因再保險人給付再保險之保險金而於該範圍內當然移轉於再保險人？或再保險契約有無約定再保險人不因給付再保險金而取得代位權或僅於原保險人已代位取得賠償後再依約攤付再保險人（即再保險人曾否放棄保險法第五十三條第一項之代位權）？或是否確有再保險人不代位原保險人，轉而由原保險人代位原被保險人直接向應負損失賠償責任之第三人請求賠償之國際商業慣例？等項，遽依內容不明之『國際商業慣例』，認定被上訴人仍享有其於給付保險金予福裕公司範圍內『全部』損失賠償請求之代位權，即嫌速斷。上訴論旨，指摘原判決為不當，求予廢棄，非無理由。據上論結，本件上訴為有理由……。」

(二)判決簡評

於保險實務運作上，因為再保險人散居國外各處，故由原保險人代位行使其代位權再攤回於再保險人，應有實際上之需要。國際再保險合約大都有此意旨之約定，如：「再保險人對於賠款及理賠費用，依其再保險成分負責，但對於該項賠款之救護或追償所得，按其成分具有權利」（“The Reinsurer shall be liable for its share of the claim and costs and expenses incurred in connection therewith, but the Reinsurer shall be entitled to its share of any salvages or recoveries relating to such claim.”¹⁶⁹實務條款亦常為“All loss settlements made by the Company shall be unconditionally binding upon the Reinsurer in proportion to its participation, and the Reinsurer shall benefit proportionately in all salvages and recoveries.”）此一國際保險慣例已廣為保險實務與學說上所接受。依我國民法第一條：「民事，法律所未規定者，依習慣；無習慣者，依法理。」第二條：「民事所適用之

¹⁶⁹ 陳繼堯，同註166，頁14、17。

習慣，以不背於公共秩序或善良風俗者為限。」其符合實務運作需要，若無其他違反公序良俗之情事，應無加以否定之理。

再者，最高法院以法定移轉理論質疑此慣例，亦應值得商榷。雖然，若由法定移轉理論做形式上之推論，或將得出「因再保險人依再保險契約給付保險金與原保險人後，亦於該賠償金額範圍內，當然移轉於再保險人。原保險人就再保險人賠償金額範圍內，自不得再代位被保險人向第三人行使已移轉予再保險人之損失賠償請求權」之結論，然若因此而否定有實際上需要而無違公序良俗之慣例，則未免有本末倒置之嫌。再者，在同樣對於保險人請求權代位採取法定移轉理論之日本，也並未因此而持否認之立場；而是認為原保險人與再保險人間就代位權之行使有「信託關係」¹⁷⁰存在，或認為代位之規定為「任意法規」¹⁷¹可加以特約排除，而認為保險人仍得就再保險部分代位。換言之，日本法院以理論上的權衡與修正，以求能協調地解釋法定移轉之效果與國際慣例。相較之下，最高法院之見解似過於拘泥法定移轉之效果，應有加以斟酌之必要。

(三)以英美保險代位理論觀察

若自保險人請求權代位之本質以觀，於論及保險人行使代位權時就再保險部分一併代位求償之國際慣例時，法定移轉理論因涉及權利的移轉，故可能會如上揭最高法院判決，產生權利已經法定移轉於再保險人，而原保險人就該部分已無權利之疑慮。相對的，於英美權利代位理論中，由於保險人是以被保險人的地位行使代位

¹⁷⁰ 大判昭和一一五、二、二一民集一九卷四號，頁273。中文引自陳繼堯，同註166，頁16；今井薰，同註19，頁121、167；田邊康平著，廖淑惠譯，同註20，頁117。

¹⁷¹ 引自陳繼堯，同註166，頁17。

權，而與權利的法定移轉無涉，故於判斷上應較不會遭遇上述問題。事實上，於英美保險代位理論之中，亦未多見類似上述最高法院判決之見解或討論，如此應與英美保險代位理論與法定移轉理論間運作模式的不同有關。惟於解釋此一慣例時，應以英美保險代位理論較能避免上述權利是否已經移轉之疑慮。

陸、結 論

保險人請求權代位，為保險法中之一重要原則，其於理論與實務上均有重要之地位；而許多的問題與爭議，實際上都是由其本質所衍生而出。我國實務與學說對於保險人請求權代位的相關問題，大多都是在法定權利移轉理論的前提下來做討論，如此固然符合通說之見解，惟難免有囿於現狀之憾。加上近來學說對於保險人請求權代位之本質亦漸有不同之見解提出，因此更有加以重新探討之必要。本文乃嘗試整理不同的代位模式——特別是較多學說所主張的英美保險代位理論，並由學說上的爭議點切入，以探討其與法定移轉理論之差異與處理相關問題時的優劣。

總結以上之討論，本文以為，法定移轉理論與英美保險代位理論運作之模式不同，亦各有特點，實際上亦難有一種理論毫無瑕疵。惟從現狀下的許多問題而言，英美保險代位理論至少應能提供一參考與修正的方向。又我國通說雖採法定移轉理論，但目前之學說、實務見解與條款，多少有仍受到英美保險代位理論影響者，於適用時應注意兩種體系間之差異，以避免產生疑義或衝突。而學說與實務適用法定移轉理論時，若干見解似過於拘泥「法定移轉」之性質，亦應有再思考之空間。對於保險人請求權代位的本質，究竟應繼續沿用通說所採之法定權利移轉理論，或是改採英美保險代位理論，抑或另採其他模式，其牽涉層面甚廣，尚待有識者更進一步的研究。

參考文獻

一、中文

1. 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，1995年6月。
2. 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，1993年6月。
3. 王廷懋，全民健保保險代位之探討，法律評論，69卷4期，2003年6月。
4. 王衛恥，海上保險法與共同海損，1983年10月。
5. 王衛恥，實用保險法，1981年。
6. 田邊康平，廖淑惠譯，保險契約法，1993年10月。
7. 江朝國，全民健康保險法第八十二條代位權之探討，月旦法學雜誌，4期，1995年8月。
8. 江朝國，再保險相關法律問題之研究，載：陳繼堯教授退休紀念論文集，1997年10月。
9. 江朝國，初探兩岸保險契約法，政大法學評論，56期，1996年12月。
10. 江朝國，保險代位之標的一致性，月旦法學教室，18期，2004年4月。
11. 江朝國，保險代位之競合——以強制汽車責任保險法第二七條與第三一條為例，月旦法學教室，10期，2003年8月。
12. 江朝國，保險法基礎理論，2003年9月。
13. 江朝國譯，德國保險法，1993年10月。
14. 吳月瓏，全民健康保險法第八十二條規定之探討——論健保局行使代位權之適法性及其面臨之困境與評析，保險專刊，50期，1997年12月。
15. 宋明哲，保險學——純風險與保險，1995年6月。
16. 李義仁，從我國法院判決研討保險人之代位求償權之性質，產險季刊，54期，1985年3月。
17. 汪信君，保險人請求權代位與第三人之給付，月旦法學教室，32期，2005年7月。
18. 林群弼，保險法論，2002年10月。

19. 林誠二，民法債編總論——體系化解說（下），2001年3月。
20. 林勳發，保險法制之沿革與修正芻議（下），月旦法學雜誌，66期，2000年11月。
21. 林勳發，保險法修正條文評述，政大法學評論，59期，1998年6月。
22. 林勳發，保險法修正條文評釋，萬國法律，95期，1997年10月。
23. 林勳發，保險法修正評述與建議，財經法新趨勢研討會，國立政治大學法學院財經法研究中心，2002年11月。
24. 林勳發主持，全民健保代位求償相關問題之研究，行政院衛生署中央健康保險局八十四年委託研究計畫報告，1995年。
25. 邱錦添，兩岸保險人代位求償權之比較，再保險資訊，201期，2003年2月10日。
26. 施文森，代位權之研究，載：保險法論文，1974年。
27. 施文森，代位權之研究，載：陳繼堯教授退休紀念論文集，1997年10月。
28. 施文森，汽車保險，1991年6月。
29. 施文森，保險法判決之研究——總則編（下），1976年。
30. 施文森，保險法總論，1986年7版。
31. 施文森，論損害填補與代位求償（上），法官協會雜誌，6卷1期，2004年6月。
32. 施文森，論損害填補與代位求償（下），法官協會雜誌，6卷1期，2004年12月。
33. 徐東昇，免責條款對於保險人代位權影響之探討，萬國法律，71期，1993年10月。
34. 徐東昇，保險公司行使保險代位權時起訴人名義之探討，萬國法律，72期，1993年12月。
35. 桂裕，保險法，1992年5版。
36. 袁宗蔚，保險法，1969年7月4版。
37. 袁宗蔚，保險學，1992年7月32版。
38. 馬原，保險法條文精釋，2003年1月。
39. 張英磊，論汽車交通事故成本之分配——以侵權行為、全民健康保險與強制汽車責任保險為中心，月旦法學雜誌，86期，2002年7月。

40. 梁宇賢，保險法新論，2001年9月4版。
41. 梁宇賢、劉興善、柯澤東、林勳發，商事法精論，2004年9月。
42. 莊詠文主編，保險法教程，1987年6月。
43. 陳俊元，兩岸保險代位法制之比較研究，法令月刊，55卷11期，2004年11月。
44. 陳淑儀，保險代位求償問題之探討——保險代位之保全與障礙，核保學報，2卷，1994年3月。
45. 陳雲中，保險學，1993年9月3版。
46. 陳榮一，論保險人物上代位，保險專刊，7輯，1987年3月。
47. 陳聰富主持，全民健康保險代位求償之法律問題研究，行政院衛生署中央健康保險局91年度委託研究計畫報告，2002年。
48. 陳繼堯，再保險人之代位請求權及其行使，法令月刊，34卷5期，1983年5月。
49. 陳顧遠，保險法概論，1977年5月2版。
50. 覃有土主編，保險法概論，1994年6月。
51. 黃川口，保險法學，1977年。
52. 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，2001年12月。
53. 黃正宗，我國財產保險作業研討——法律觀點之研究討論與建議（上），保險專刊，60輯，2000年6月。
54. 黃正宗，我國財產保險作業研討——法律觀點之研究討論與建議（下），保險專刊，61輯，2000年10月。
55. 黃正宗，兩岸保險法制現代化建議，兩岸保險學術研討會論文，1998年。
56. 黃立，民法債編總論，2002年9月2版。
57. 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，1999年6月。
58. 黃鴻圖，論保險法上之保險代位制度，載：2004年保險金融管理學術研討會會議資料，2004年3月。
59. 黃麟倫等，代位清償制度之意義與機能——民法研究會第二十二次學術研討會記錄，法學叢刊，183期，2001年7月。

60. 廖家宏，保險人代位權的一些爭議及其解決——以保險法與民法的結合與對應為中心，法學叢刊，185期，2002年2月。
61. 劉宗榮，保險法，1997年3月。
62. 劉宗榮，船舶碰撞與保險代位，載：海上運送與貨物保險論文選集——附定型化契約條款效力評釋六則，1991年4月。
63. 劉春堂譯，日本保險法規，1994年4月。
64. 鄭玉波，民法債編總論，2002年6月2版。
65. 鄭玉波，保險法論，1968年6月3版。
66. 鄭玉波，論讓與請求權與賠償代位，法令月刊，31卷3期，1980年3月。

二、日 文

1. 今井薰，保險、商法，1988年。
2. 田邊康平，保險契約の基本構造，1980年。
3. 田邊康平，新版現代保險法，1996年。
4. 石田滿，商法IV：保險法，1978年。
5. 倉澤康一郎，保險契約の法理，1975年。
6. 鈴木辰紀，現行フランス火災保險普通保險約款，載：保險の現代的課題，1983年。

三、英 文

1. Alan O. Sykes, *Subrogation and Insolvency*, 30 J. LEGAL STUD. 383 (2001).
2. ARNOULD, JOSEPH, *ARNOULD'S LAW OF MARINE INSURANCE AND AVERAGES* (1981).
3. DIGBY C. JESS, *THE INSURANCE OF COMMERCIAL RISKS: LAW AND PRACTICE* (2001).
4. DONALD O'MAY, *MARINE INSURANCE LAW AND POLICY* (1993).
5. E. R. H. IVAMY, *GENERAL PRINCIPLE OF INSURANCE LAW* (1993).
6. E. R. H. IVAMY, *MARINE INSURANCE* (1985).

7. Elaine M. Rinaldi, *Apportionment of Recovery Between Insured and Insurer in a Subrogation Case*, 29 Tort & Ins. L.J. 803 (1994).
8. 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 (2002).
9. 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).
10. George A. Nation III, *Circuitry of Lines Arising from Subordination Agreements: Comforting Unanimity No More*, 83 B.U.L. REV. 591 (2003).
11. Glenn E. Bradford, *Missouri's Hospital Lien Statue*, 59 J. Mo. B. 22 (2003).
12. Gregory R. Veal, *Subrogation: The Duties and Obligations of the Insured and Rights of the Insurer Revisited*, American Bar Association, 28 TORT & INS. L.J. 69 (1992).
13. IRWIN M. TAYLOR, THE LAW OF INSURANCE (1983).
14. J. Keith E. Edeus, *Subrogation of Personal Injury Claims: Toward Ending an Inequitable Practice*, 17 N. ILL. U. L. REV. 509 (1997).
15. James L. Knoll & Randy L. Arthur, *Property Insurance: No Solution for Pollution*, 17 B.C. ENVTL. AFF. L. REV. 231 (1990).
16. Jason A. Mosbaugh, *What Happen in Ohio? Ohio UM/UIM Litigation after Scott-Pontzer v. Liberty Mut. Fire Ins. Co.*, 30 N. KY. L. REV. 437 (2003).
17. Jeffrey A. Greenblatt, *Insurance and Subrogation: When the Pie Isn't Big Enough, Who Eats Last?*, 64 U. CHI. L. REV. 1337 (1997).
18. Jennifer A. Bueler, *Understanding the Difference Between the Right of Subrogation and Assignment of an Insurance Claim*, 68 MO. L. REV. 945 (2003).
19. JOHN BIRDS, MODERN INSURANCE LAW (1993).
20. John Dwight Ingram, *Priority Between Insurer and Insured in Subrogation Recoveries*, 3 CONN. INS. L. J. 105 (1996-97).
21. JOHN F. DOBBYN, INSURANCE LAW IN A NUTSHELL (1996).

22. June F. Entman, *More Reason for Abolish Federal Civil Procedure 17(a): The Problem of the Proper Plaintiff and Insurance Subrogation*, 8 N.C.L. REV. 912 (1990).
23. KENNETH S. ABRAHAM, *INSURANCE LAW AND REGULATIONS: CASES AND MATERIALS* (2000).
24. Kevin Pennell, *On the Assignment of Legal Malpractice Claims: A Contractual Solution to a Contractual Problem*, 82 TEX. L. REV. 481 (2003).
25. Kristin A. Grant, *Toxic Mold: What Insurance Can Do to Abate the Influx of Litigation and Convince the American Homeowners That, When It Comes to Mold Coverage, They Can Still Be Fun Guys*, 38 NEW ENG. L. REV. 141, (2003).
26. Mauro & Vernon Valentine Palmer & Francesco Parisi, *Liability for Pure Financial Loss in Europe: An Economic Restatement*, 51 AM. J. COMP. L. 113 (2003).
27. R. J. LAMBETH, *TEMPLEMAN ON MARINE INSURANCE: ITS PRINCIPLE AND PRACTICE* (1986).
28. RAOUL P. COLINVAUX, *THE LAW OF INSURANCE* (1979).
29. ROBERT E. KEETON & ALAN I. WIDISS, *INSURANCE LAW: A GUIDE TO FUNDAMENTAL PRINCIPLES, LEGAL DOCTRINES, AND COMMERCIAL PRACTICES* (1988).
30. ROBERT E. KEETON, *INSURANCE LAW-BASIC TEXT* (1971).
31. ROBERT I. MEHR & E. CAMMACK, *PRINCIPLE OF INSURANCE* (1980).
32. Roger M. Baron, *Subrogation: A Pandora's Box Awaiting Closure*, 41 S.D. L. REV. 237(1996).
33. RONALD C. HORN, *SUBROGATION IN INSURANCE THEORY AND PRACTICE* (1964).
34. W.I.B. ENRIGHT, *PROFESSIONAL INEEMNITY INSURANCE LAW* (1996).

A Reexamination of the Nature of Insurers' Right of Subrogation in Taiwan

Chun-Yuan Chen*

Abstract

This paper examines the nature of insurers' right of subrogation and related issues. In Taiwan, an insurer's right of subrogation is generally defined as legal assignment; however, there would appear to be considerable room for debate as to whether this is a wholly appropriate way of dealing with the issue. In addition to the long-standing debate over the appropriateness of this definition, in recent years several new views on the subject have been put forward; these views also need to be considered. Examining both legal precedent and juristic theory, this paper analyzes the three main subrogation models, focusing in particular on common law insurance subrogation theory, which has the most support from legal scholars. By concentrating on the juristic aspects, the paper explores the differences between common law subrogation theory and legal assignment theory, and on their ability to explain the relevant problems. The paper concludes that models based on common law subrogation theory and those on legal assignment theory demonstrate sig-

* Candidate in the Ph. D. Program, College of Law, National Cheng Chi University. Taiwan, 2005.

Received February 21, 2005; accepted May 2, 2005

nificant differences, and that careful evaluation is needed when making revisions to legislative policy. It is suggested that, when tackling the various problems that exist in this area, common law subrogation theory may be able to offer useful insights. The paper also offers recommendations regarding the doubts—both theoretical and practical—that have been raised with respect to the adoption of legal assignment theory.

Keywords: the principle of indemnity, subrogation, legal assignment, common law subrogation theory, constructive trust