

# 英美保險代位本質之再探 ——兼論我國保險代位求償模式之再建構\*

陳 俊 元\*\*

## 要 目

- |                     |                        |
|---------------------|------------------------|
| 壹、前言——問題之源起         | 二、擬制信託——保險代位與擬制信託體系之建構 |
| 貳、保險代位之法理基礎         | (一)擬制信託之分析             |
| 一、衡平法               | (二)源起——英美保險代位體系與信託之關係  |
| 二、隱含條款              | (三)保險代位與擬制信託體系之建立      |
| 三、明示條款              | (四)更進一步之建構             |
| 參、英美保險代位理論本質之再探     | 三、由英美保險代位理論之本質論其體系之建立  |
| 一、衡平讓與              | (一)英美保險代位體系之建構         |
| (一)概 說              | (二)對我國法之啓示             |
| (二)英美法讓與之發展         | 肆、我國保險代位求償模式之再建構       |
| (三)代位與法律上讓與之區別      |                        |
| (四)衡平轉讓對英美保險代位架構之影響 |                        |
| (五)小 結              |                        |

\* 感謝匿名審稿人的寶貴建議。

\*\* 美國伊利諾大學香檳分校法學院博士候選人（教育部公費留考）、中國政法大學民商經濟法學院博士候選人、政治大學法學博士。

投稿日期：九十八年七月十三日；接受刊登日期：九十八年十一月二十七日

責任校對：蘇淑君

- |  |   |
|--|---|
| <p>一、各種代位求償模式之評析</p> <p>(一)請求讓與模式</p> <p>(二)法定債權移轉模式</p> <p>(三)英美保險代位模式</p> <p>(四)中國大陸之學說與其他綜合模式</p> <p>(五)小結——代位求償模式的相對化</p> <p>二、解決方案之重構</p> <p>(一)就法理基礎而言——由保險代位之目的檢視</p> <p>(二)進一步的推論</p> <p>(三)由我國法之架構之觀察</p> <p>三、立法政策之選擇與配套措施</p> <p>(一)擬制信託或優先權</p> <p>(二)實體性擬制信託或救濟性擬制信託</p> <p>(三)與我國法體系之相容性</p> | <p>四、本文見解之提出——保險代位求償模式相對論</p> <p>(一)符合我國法之體系、並能發揮法定債權移轉理論之優點</p> <p>(二)能發揮英美法模式之優點</p> <p>(三)特殊法定信託之引進</p> <p>(四)特約應於保險人理賠前為之</p> <p>(五)現階段特約應以特定、具體之方式為之</p> <p>(六)與現行債權讓與通知之搭配適用</p> <p>(七)與我國民法體系之配合與解釋方向</p> <p>(八)當事人之更為其他約定與特殊法定信託之問題</p> <p>(九)小結：保險代位相對論——三階段之求償架構</p> <p>伍、結論與建議</p> |
|--|---|

## 摘 要

保險代位之本質，可說是整個保險代位體系之核心所在。在保險代位之求償模式方面，我國傳統以來循大陸法系之傳統，採取法定債權移轉理論，而與英美法有所不同。英美法之架構近年來漸受學說之重視，甚至對其有所爭議，故實有釐清之必要。本文乃對英美保險代位之本質、架構加以探索，並對其與擬制信託之融合詳加分析，以求釐清其法律關係。於分析英美法與各國立法例，並審酌我國之背景後，本文乃嘗試對我國提出「保險代位求償模式相對論」——即原則上仍採取法定債權移轉理論，但在保險人與被保險人有特定具體之特約時，則可約定採取英美法之模式、或是自行約定其他求償模式。最後，總結全文提出結論，並分三階段對於我國法提出相關建議，以供未來進一步研究之參酌。

**關鍵詞：**保險代位、法定債權移轉、英美保險代位理論、擬制信託、衡平優先權、法定讓與、衡平讓與、積極代位、消極代位、保險代位求償模式相對論

## 壹、前言——問題之源起

對於保險代位，我國通說均認為其本質屬於權利的法定移轉，亦即當保險人理賠之後，即可法定取得被保險人對於第三人之權利，此時保險人亦當以自己名義行使該權利。但相對地，近年漸為我國學說所討論之英美保險代位理論<sup>1</sup>，其重要特徵即是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<sup>2</sup>。因此，吾人可知英美法代位的基本運作模式，就是當某人給付財產之後，可以另一人之地位，行使其對於第三人的權利。問題是，此一權利的「本質」為何？與其他法律觀念，如轉讓等如何區分？英美法「以他人的地位代位行使權利」在概念上雖非無法想像，但此權利之本質為何？可否由我國法或大陸法系之概念何加以定位？此除了對於英美代位理論的掌握甚為重要，亦恐為學說對於英美代位理論無法完全理解，甚至所有質疑<sup>3</sup>之原因所在。必須注意的是，文獻上常將代位與轉讓等其他概念加以比較，本文以為此一分析固有其意義，但其實益應在於整體觀察此類概念之淵源與發展，以求能對代位做出更清晰的界定。特別是在對英美代位概念較為陌生的我國，此一分析應更能有助於吾人之瞭解。因此，以下即先行分析英美法上說明代位本質之理論與類似概念，以定位英美代

<sup>1</sup> 如尹章華，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49-52，1999年6月。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253-261，2006年4月。

<sup>2</sup> *Mason v. Sainsbury*, (1782) 3 Doug. K.B. 61.

<sup>3</sup> 如江朝國，論保險人代位權之本質，月旦法學雜誌，159期，頁137以下，2008年8月。

位理論的本質，與大陸法系之代位制度加以區分，並嘗試為英美代位理論描繪出完整的體系。再於詳細比較大陸法系與英美法系之特點後，依據我國之背景，嘗試對於我國之保險代位架構，提出整體性之建議，以供未來立法上之參酌。

## 貳、保險代位之法理基礎

由於保險代位之法理基礎，對於其性質之界定有根本之影響，故本文先對其分析如下<sup>4</sup>，之後再對其本質進行分析。

### 一、衡平法

在英國著名的*Randal v. Cockran*<sup>5</sup>一案，其最重要的貢獻之一，就是以衡平法說明代位的法理基礎。簡言之，被保險人不應以同一損失，而獲得雙重的補償，這將構成不當得利，這就是一般所稱的衡平法原則。而代位就可說是衡平法下的產物。*London Assurance v. Sainsbury*<sup>6</sup>一案的見解亦同。在美國，一般也都接受以衡平法理作為保險代位的法理基礎。換言之，代位並不是以當事人間的約定為依據，而是因衡平法所生<sup>7</sup>。整體來說，不論在英國或美國，衡平法原則都廣為被接受是保險代位的法理基礎。

### 二、隱含條款

在*Yorkshire Insurance Co. Ltd. v. Nisbet Shipping Co. Ltd.*一案，

---

<sup>4</sup> MALCOLM A. CLARKE, *THE LAW OF INSURANCE CONTRACT* 848-50 (1997).

<sup>5</sup> (1748) 1 Ves. Sen. 98.

<sup>6</sup> (1783) 3 Doug. 245.

<sup>7</sup> *Stroh v. O'Hearn*, 142 N.W. 865. *JPMorgan Chase Bank v. Cook*, 318 F. Supp. 2d 159, 52 U.C.C. Rep. Serv. 2d 999 (S. D. N.Y. 2004).

Lord Diplock認為保險代位可說是當事人間隱含的相互約定，為保險契約的隱含（默示）條款（*implied term*）。詳言之，代位只不過是保險人與被保險人在保險契約中，對於被保險人應該完全受補償、而非過度受補償的隱含合意。因此，保險人可以代位求償，以避免被保險人雙重得利<sup>8</sup>。*Orakpo v. Manson Investments Ltd.*<sup>9</sup>一案之見解亦同。然此一見解在*Lord Napier and Ettrick v. Hunter*<sup>10</sup>一案已經不被採納，法院肯認代位權自*Mason v. Sainsbury*一案以來的發展，並以衡平法為基礎，確認了保險人對於應得部分之優先權。因此，學說上更認為隱含條款此說已經被送入了歷史<sup>11</sup>。

### 三、明示條款

就上述兩說而言，主要的差別在於保險當事人得以明示約定排除或修訂隱含條款的適用；而如認為代位是衡平法上的權利，則當事人如欲對該權利修訂或排除時，必須受到若干限制<sup>12</sup>。大致而言，衡平說在英美法受到較多的採行，但其實不論採取衡平說或是隱含條款說，事實上在今日的實益已經有限<sup>13</sup>，因為代位權亦可由

---

<sup>8</sup> Lord Diplock: "...The expression 'subrogation' in relation to a contract of marine insurance is thus no more than a convenient way of referring to those terms which are to be implied in the contract between the assured and the insurer to give business efficacy to an agreement whereby the assured in the case of a loss against which the policy has been made shall be fully indemnified, and never more than fully indemnified." *Yorkshire Insurance Co. Ltd. v. Nisbet Shipping Co. Ltd.*, [1962] 2 Q.B. 330.

<sup>9</sup> [1978] AC 95.

<sup>10</sup> [1993] AC 713.

<sup>11</sup> CLARKE, *supra* note 4, at 849-50.

<sup>12</sup> 黃裕凱，同註1，頁18。

<sup>13</sup> For Example, see *Morris v. Ford Motor Co. Ltd.*, [1973] Q.B. 792.

當事人間的約定所成立<sup>14</sup>，而絕大多數的保單條款都有代位權約款。此類的明示條款，一般多是對保險代位進行確認或內容上的變更<sup>15</sup>。

由上可知，於英美法，衡平法理可說是代位重要的法理基礎。因此，即使契約中無代位條款，仍無礙代位之確立。也正因代位係以衡平法理為基礎，故學理上多認為其在體系上屬於回復法，適用範圍廣泛，而非僅適用於保險案件<sup>16</sup>。因此，下文將以衡平法為中心，對於英美保險代位之內涵與本質，加以探索。

## 參、英美保險代位理論本質之再探

### 一、衡平讓與

#### (一)概 說

對於保險代位的本質，大陸法系一向認為其為被保險人債權的法定移轉；但在英美法，其本質究係為何？是否隱含如大陸法系

---

<sup>14</sup> 代位亦可分為法定代位（legal subrogation）與約定代位（conventional subrogation）。法定代位係由法律規定所生，而非源自當事人的約定。*State Farm Mut. Auto. Ins. Co. v. Foundation Reserve Ins. Co.*, 78 N.M. 359, 431 P.2d 737 (1967). *A. Copeland Enterprises, Inc. v. Slidell Memorial Hosp.*, 657 So. 2d 1292 (La. 1995). *Patients Compensation Fund v. Lutheran Hosp.-LaCrosse, Inc.*, 223 Wis. 2d 439, 588 N.W.2d 35 (1999). *Federal Union Life Ins. Co. v. Deitsch*, 189 N.E. 440 約定代位則是因契約之約定為發生的基礎。*Fifield Manor v. Finston*, 54 Cal. 2d 632, 7 Cal. Rptr. 377, 354 P. 2d 1073, 78 A.L.R.2d 813 (1960). *Hospital Service Corp. of R. I. v. Pennsylvania Ins. Co.*, 101 R. I. 708, 227 A.2d 105 (1967). 綜合上述，也有將代位的發生原因歸納為：1. 法律規定、2. 當事人約定、3. 衡平法所賦予。*Chemical Bank of New Jersey Nat. Ass'n v. Bailey*, 296 N. J. Super. 515, 687 A.2d 316 (App. Div. 1997).

<sup>15</sup> CLARKE, *supra* note 4, at 850.

<sup>16</sup> JOHN BIRDS, *MODERN INSURANCE LAW* 275 (3th ed. 1993).

下，債權法定移轉的概念？在論述此一問題時，本文以為，應該、也必須先把英美法上讓與的概念加以釐清，方能明瞭其與代位的不同，乃至於更進一步的與大陸法系的代位、權利移轉概念加以比較。因此，以下先界定英美法系讓與之概念，並將法定讓與（*legal assignment*）與衡平讓與（*equitable assignment*）加以區分。再整理英美法之文獻，說明代位與法定讓與之不同，重新探尋英美保險代位的本質，歸納認為代位本質上類似或屬於衡平轉讓的見解，以求建構出較為清晰完整的架構。

### （二）英美法讓與之發展

對於契約權利的移轉，英美法如同大陸法，也歷經了長期的發展過程。在普通法發展早期，契約權利的轉讓通常被認為無效。一般認為契約關係乃極為私人化（*personal*）的事務，契約權利屬於「權利動產」（*chose in action*），以致必須經過債務人的同意，方能允許第三人介入雙方的契約關係中，這也更被反對提起訴訟的包攬訴訟罪（*maintenance and champerty*）之法律政策所強化<sup>17</sup>。因為古時尚未有移轉權利的適當方法，故只能用代理以規避禁止權利轉讓的行為。亦即由讓與人授與受讓人以代理權，使其可以讓與人的名義行使權利<sup>18</sup>。在這種模式下，受讓人所取得的權利相當脆弱，因為其可能受到讓與人之撤銷授權、死亡與破產等影響<sup>19</sup>。在之後

<sup>17</sup> 整理自楊禎，英美契約法論，頁366-367，2006年4版。 *Saladini v. Righellis*, 426 Mass. 231, 687 N.E.2d 1224 (1997). W. S. Holdsworth, *The History of the Treatment of Choses in Action by the Common Law*, 33 HARV. L. REV. 997, 1000-3 (1920).

<sup>18</sup> 何孝元，中國債法與英美契約法之比較，頁149，1965年6月。 *Also see The Assignability of Contract*, 20 HARV. L. REV. 423, 423-4 (1907).

<sup>19</sup> 整理自楊明剛，合同轉讓論，頁28，2006年9月。



的法院訴訟中，法院即肯認受讓人可以讓與人的名義起訴，由讓與人作為一方當事人參加訴訟<sup>20</sup>。

相對地，衡平法院（Chancery）很早就承認權利動產的轉讓（assignment in equity），並允許受讓人之訴訟。在十七世紀中期，受讓人開始摒棄普通法院，轉向衡平法院求助。衡平法院不同意普通法院對讓與的敵視態度，而給予受讓人較多的保護；其將受讓人視為請求權的享有者，而不僅僅是讓與人的代理人。在衡平法上，受讓人透過對價獲取的權利，並不因讓與人的撤銷、死亡或破產而受損<sup>21</sup>。受讓人雖得在衡平法院以自己名義主張權利，而讓與人在普通法上之訴權並不因之消失，故讓與人仍得向債務人在普通法院主張。因此，衡平法院乃使讓與人准許受讓人得以其名義在訴訟向債務人主張權利。而此種訴訟須經過兩種程序，即受讓人先須在衡平法院向讓與人起訴，迫使其主與借用名義；然後在普通法院提起訴訟，向債務人主張權利<sup>22</sup>。為了強化對權利動產之債權的讓與，一八七三年英國通過法律修正案，Judicature Law第二十五條第六款對讓與加以改革，規定了法定的方式，只要受讓人履行此一方式，不論是法律上或衡平法上的權益，均可以自己名義主張權利。自此以後，權利可與貨物同樣自由值轉讓矣<sup>23</sup>。

上述條文在一九二五年之財產法（Law of property act 1925）第一三六條經重新整理制訂，其要件略為：1. 轉讓必須是絕對的

<sup>20</sup> 楊禎，同註17，頁367。6A C.J.S. *Assignments* § 126 (2010).

<sup>21</sup> 引自楊明剛，同註19，頁28。

<sup>22</sup> 之後，衡平法院與普通法院管轄權合併，此種雙重訴訟程序亦因之取消。引自何孝元，同註18，頁149-150。

<sup>23</sup> 整理自何孝元，同註18。楊明剛，同註19，頁29。Lutz-Christian Wolff, *Assignment Agreements under English Law: Lost between Contract and Property Law*, J.B.L. 474 (Jul. 2005).

(absolute)，而不得以債務負擔 (Charge) 的方式為之；2. 轉讓必須是對全部債權的轉讓，而不得只轉讓其中一部分；3. 須以書面為之，並須有讓與人的簽名；4. 必須以書面通知債務人。由於此轉讓的以法律規定，故稱為法定或法律上之讓與 (legal assignment)。因此，法律上的讓與 (普通法上的轉讓、法定讓與，legal assignment)，為將財產或其權益由一人轉讓給另一人，此無須借助衡平法即可生效<sup>24</sup>。

因此，必須符合上述要件後，方能構成普通法上之讓與。但即使未能符合，仍可能構成衡平之讓與 (equitable assignment) 而仍為有效。所謂衡平轉讓，指在普通法中被認為無效，但為衡平法所承認並得以執行的轉讓，例如，對權利動產 (choses in action) 或將來可得利益的轉讓<sup>25</sup>。衡平轉讓雖亦涉及利益的移轉，惟與法律上轉讓有所不同<sup>26</sup>。法律上轉讓所涉及者為已經存在之事物，而衡平轉讓所涉及者為未定的利益、期待或潛在的事物<sup>27</sup>。只有當該訴訟已經終結或利益已經實現時，衡平讓與才會成為法定轉讓<sup>28</sup>。再者，法定轉讓必須對於債務人加以通知，衡平法轉讓則否。法定轉

---

<sup>24</sup> 薛波主編，元照英美法辭典，2003年5月。

<sup>25</sup> 同前註。BRYAN A. GARNER, BLACK'S LAW DICTIONARY 137 (9th ed. 2009). *Also see* "Such an assignment as gives the assignee a title which, though not cognizable at law, equity will recognize and protect." *Board of Com'rs of Bartholomew County v. Jameson*, 86 Ind. 154, 1882 WL 6446, Ind., Nov Term 1882 (NO. 8618). *Spratley v. Hartford Ins. Co.*, 1 Dill. 392, 22 F.Cas. 973, No. 13,256, C.C.D.Kan., 1871.

<sup>26</sup> *Bank of Cave Spring v. Gold Kist, Inc.*, 173 Ga. App. 679, 327 S.E.2d 800 (1985). John Davison, *Land Law and Vat*, VAT Dig. 2007, 54 (APR), 1.

<sup>27</sup> Am. Jur. 2d, Assignments § 5. *Johnson By and Through Lackey v. Schick*, 1994 OK 109, 882 P. 2d 1059 (Okla. 1994).

<sup>28</sup> *Bernstein v. Allstate Ins. Co.*, 56 Misc. 2d 341, 288 N.Y.S.2d 646 (City Civ. Ct. 1968).

讓必須以書面為之，衡平轉讓則不論書面或口頭均可成立。而法定轉讓與衡平轉讓最重要的不同之一，在於訴訟方式上：在前者，受讓人可以自己的名義起訴；而在後者，受讓人不得以自己的名義起訴，而應以讓與人的名義為之<sup>29</sup>。

至此，吾人可知，傳統英國法之法律上讓與有一定之要件；而在欠缺此等要件時，如果當事人確有債權讓與的意思表示，則可考量是否成立衡平法上的轉讓<sup>30</sup>。例如，在未對於債務人通知時，雖無法構成法定轉讓，但可能被以衡平法上的轉讓來考慮。換言之，在上述的發展下，衡平讓與並未被法定讓與所取代<sup>31</sup>。在英國，目前雖然不再區分普通法院與衡平法院，但基於歷史發展之背景，衡平法讓與之影響可謂仍然存在。

在美國，早期仍受英國法架構的影響。在其建國之後，簡化了法院的訴訟程序，將普通法與衡平法合併為一，並規定受讓人為讓與契約的利害關係人，而得以訴訟主張權利。此最重要的意義在於，受讓人不需以讓與人的名義起訴，而可以自己名義參與訴訟。雖然有少數州尚未合併，亦有對於普通法與衡平法採用不同訴訟程

---

<sup>29</sup> *Hobbs v. Marlowe* [1978] A.C. 16 [1977] 2 W.L.R. 777 HL. Gerry McCormack, *Assignment and Documentary Credits*, 16(5) J.I.B.L. 138 (2001). Also see Simon Bowmer & Richard Ambery, "Why Don King Needs a Haircut"—*Transfer and Assignment of Contracts: How to Sell Trade Receivables under English Law*, 15(9) J.I.B.L. 216-17 (2000). 也因此，一般認為衡平讓與之受讓人，其地位將弱於一般法定讓與之受讓人。Clive M. Schmitthoff, *The Transferable Credit*, J.B.L. 49 (Jan. 1988). 關於衡平讓與的進一步說明，可參照何寶玉，英國合同法，頁244以下，1999年7月。

<sup>30</sup> 7 Summ. Pa. Jur. 2d Property § 14:3.

<sup>31</sup> Wolff, *supra* note 23, at 474. 另可參考Tasha Stanford, *Securitisation of Film Rights*, 11(6) ENT. L.R. 122 (2000). David R. Perks, *When Is an Assignment Not an Assignment? The Court of Appeal Decision in Brown & Root: Its Practical Consequences*, 1(5) L. & T. REV. 100 (1997).

序者<sup>32</sup>；但大致而言，美國目前已不區分普通法與衡平法，也不再區分法律上利益與衡平法上之利益。讓與人與受讓人及債務人間的關係，在普通法與衡平法上均屬相同。換言之，債權自由讓與原則在美國可謂已然確立。統一商法典（Uniform Commercial Code, UCC）§ 2-210 (2) 即規定，除§ 9-406另有規定外，出賣人或買受人的全部權利得經同意後讓與<sup>33</sup>。第二次契約法整編（Restatement (Second) of Contracts）§ 317亦有明確揭示。簡言之，除非讓與會實質上改變義務的內容、增加風險之負擔、損害或減少其價值、為法律公共政策或契約所不許，否則契約權利均可讓與<sup>34</sup>。

### （三）代位與法律上讓與之區別

在釐清英美法下讓與的概念後，吾人即可進入讓與代位概念的比較。首先，必須加以強調的是，在英美法上，一般認為代位（subrogation）與讓與（assignment，此處應指前述的合法讓與、普通法上的轉讓、法定讓與，即legal assignment）為不同之概念。關於兩者之不同，詳細可整理如下<sup>35</sup>：

1. 代位不論是在英國或美國，大多已經同意其為衡平法所生，並不以當事人間的約定為必要。而讓與一般多由當事人間之約定

<sup>32</sup> 何孝元，同註18，頁153-154。

<sup>33</sup> Unif. Commercial Code § 2-210 (2).

<sup>34</sup> BRADFORD STONE, UNIFORM COMMERCIAL CODE IN A NUTSHELL 35-6 (5th ed. 2002).

<sup>35</sup> 主要整理自83 C.J.S. *Subrogation* § 22. 68 Tex. Jur. 3d *Subrogation* § 4. NY Jur 2d, *Assignments* § 1. *Ellsworth v. Lockwood*, 42 N.Y. 89, 1870 WL 4004 (1870). CHARLES MITCHELL, *THE LAW OF SUBROGATION* 174-75 (1994). Michael Sean Quinn, *Subrogation, Restitution, and Indemnity*, 74 TEX. L. REV. 1361, 1388-90 (1996). Zhen Jing, *The Confusion between Subrogation and Assignment in the Insurance Law of the People's Republic of China 1995—A Critical Analysis on Article 44 of the Insurance Law*, J.B.L. 619-20 (Nov. 2002).

為之<sup>36</sup>。

2.就實體上而言，於權利轉讓後，受讓人即成為權利所有人。故在程序上，受讓人可以、也應該以自己的名義行使權利。而所謂代位，是代位人以被代位者的地位行使權利，實體權利（訴因）仍屬於被代位人，只是訴因授權於代位人行使。在程序上，代位者必須以被代位者的名義行使權利，而不得以代位者自己的名義來求償<sup>37</sup>。換言之，代位是在確保分擔與補償，而轉讓則是請求權利的移轉<sup>38</sup>。

3.在權利讓與之後，由於權利已經屬於受讓人所有，即使讓與人有破產、失去清償能力等情事，也不會影響受讓人的權利。而在代位的架構下，由於代位者是行使被代位者的權利，故當被代位者發生破產、失去清償能力等情事時，將可能使代位者受到影響<sup>39</sup>。

4.在讓與時，由於整個訴因已經轉讓，故受讓與人可以取得該權利的所有利益<sup>40</sup>。而在代位的概念下，代位者雖可代位求償，但其所得不得超過其之前履行賠償義務之額度。因此，如果被保險人是將對第三人的權利整個讓與保險人，則保險人可請求的實際所得將不以理賠額為限；如果是在代位的架構下，保險人代位行使權利後的最後所得，將不得大於其所理賠的額度。簡言之，代位只是在確保分攤與填補原則，而讓與則是所有求償權利的讓與<sup>41</sup>。

<sup>36</sup> *American Surety Co. v. Bank of California*, 133 F. 2d 160 (C.C.A. 9th Cir. 1943).

<sup>37</sup> *Also see* W. I. B. ENRIGHT, PROFESSIONAL INDEMNITY INSURANCE LAW 780 (1996).

<sup>38</sup> *Hospital Serv. Corp. v. Pennsylvania Ins. Co.*, 101 R.I. 708, 227 A. 2d 105 (1967).  
*Western Cas. & Sur. Co. v. Bowling*, 39 Colo. App. 357, 565 P. 2d 970 (1977).

<sup>39</sup> 此時在應歸於代位者的部分，英美法上一般認為會構成其利益之信託，在信託效力下，即可避免被代位者發生破產、失去清償能力之影響。

<sup>40</sup> *Krohn v. Gardner*, 248 Neb. 210, 533 N.W.2d 95 (1995).

<sup>41</sup> *Bernardini v. Home & Auto. Ins. Co.*, 64 Ill. App. 2d 465, 212 N.E.2d 499 (1st Dist. 1965).

5. 就理論架構而言，代位只是在確保請求分擔與填補的權利，代位者所代位的債務或請求，已經被代位者所給付，只是衡平救濟為代位者之利益繼續存續。相對的，讓與一般的前提是債務或請求尚未被給付<sup>42</sup>。

6. 因此，更進一步來說，在約定轉讓時，不以受讓與人已經履行給付或賠償義務為限。而在代位的架構下，代位者必須已經先履行其給付或賠償義務，才能代位被代位者行使權利。於保險代位之中，如果是被保險人將對第三人的權利約定讓與於保險人，則該讓與並不以保險人已經理賠為要件。如果是依據代位的架構，保險人必須在理賠之後，才能代位被保險人的權利向第三人求償。

7. 在權利讓與時，對於受讓人而言，會有須向第三人為債權通知的問題。而在代位的架構下，代位者仍行使被代位者的權利，故應無再向第三人為債權讓與通知的問題。

由上可知，在英美法，權利的讓與代位為不同之概念。兩者雖有某些相似之處，例如，就結果而言，代位與轉讓相同，都有利益移轉的效果，但兩者之方式並不同<sup>43</sup>。又如第三人在於原法律關係所得主張的抗辯與防禦，不論是在讓與時的對受讓人，或是在代位時的對被代位人，第三人均同樣可以行使<sup>44</sup>。但不論是在要件、運作方式等方面，代位與讓與實有顯然之不同，故兩者仍應加以區別。更有見解進一步認為，讓與與代位在同一個時間點、同一法律

---

<sup>42</sup> *American Nat. Bank and Trust Co. of Chicago v. Weyerhaeuser Co.*, 692 F. 2d 455, 34 UCC Rep. Serv. 1335, C.A.7 (Ill.), October 26, 1982 (NO. 81-2620, 81-2690). *Eastern Refractories Co., Inc. v. Fibrex, Inc.*, 1989 WL 76473, N.D.Ill., July 05, 1989 (NO. 86 C 1269). *Federal Ins. Co. v. Basabe*, 1989 WL 134799, N.D.Ill., October 13, 1989 (NO. 88 C 10504).

<sup>43</sup> ENRIGHT, *supra* note 37, at 779.

<sup>44</sup> *Id.* at 780.

關係中，兩者是互斥的，無法同時發生<sup>45</sup>；又在衡平轉讓下，另外的約定轉讓應無必要<sup>46</sup>。總之，在英美法，代位並非權利的讓與，更與大陸法系的債權法定移轉架構並不相同，應無疑義。

#### 四、衡平轉讓對英美保險代位架構之影響

衡平讓與 (equitable assignment) 的重要特徵之一，就是名義上的權利所有權、訴因仍留存於讓與人，而受讓人享有實質上的權利。在行使權利的程序上，受讓人必須以讓與人的名義為之，而不得以自己的名義為之<sup>47</sup>。從早期開始，在英美法許多的判決見解中，許多就以衡平讓與說明代位的架構。其多強調代位非權利的法律上讓與，而衍生自衡平轉讓或與其架構相近<sup>48</sup>。即使在近年，特別是在美國，法律上轉讓與衡平轉讓的界線已趨模糊，以讓與人的名義起訴亦非無爭議，但仍有見解以衡平讓與說明代位的本質與運作模式。此點相當重要，茲先分別概述英國法與美國法的狀況如下。

以英國而言，甚多判決以衡平轉讓說明保險代位的本質。例如：「代位的效果類似與衡平轉讓……。代位使訴因的衡平利益在保險人的理賠額度內轉移於保險人……<sup>49</sup>。」、「於本案的代位並

<sup>45</sup> Also see *Haley v. Posdal*, 201 Ill. App. 3d 963, 147 Ill. Dec. 743, 559 N.E.2d 1083 (2d Dist. 1990). 例如，在轉讓時，保險人可以自己名義起訴；但在代位，保險人卻必須以被保險人的名義起訴，故兩者應無法同時發生。JOHN HANSON & CHRISTOPHER HENLEY, ALL RISKS PROPERTY INSURANCE 237-8 (1995).

<sup>46</sup> *Sheridan v. Dudden Implement, Inc.*, 174 Neb. 578, 119 N.W.2d 64 (1962). Also see *Garey v. Trude*, 218 Ill. App. 372, 1920 WL 1143 (1st Dist. 1920), cert. denied.

<sup>47</sup> Also see *Bryant v. Dana*, 3 Gilman 343, 8 Ill. 343, 1846 WL 3860, Ill., December Term 1846.

<sup>48</sup> *Ablon v. Hawker*, 200 S.W.2d 265 (Tex. Civ. App. Dallas 1947).

<sup>49</sup> *Lord Napier and Ettrick v. Hunter* [1993] A.C. 713 [1993] 2 W.L.R. 42 HL.

不是轉讓，其無疑的是衡平轉讓<sup>50</sup>」，「當保險人理賠後，其可代位被保險人的權利。……這是被保險人權利依比例的衡平轉讓……。代位以相同於衡平轉讓的方式運作……。在權利的衡平轉讓之下，法律上的權利仍留存於讓與人，但法律視受讓人為此權利的實際主體；因此讓與人為代受讓人之利益行使權利。……<sup>51</sup>」，「……代位只不過是保險人對被保險人的衡平權利，其可以促使被保險人向第三人求償、或使保險人可以被保險人的名義求償。……代位並不構成被保險人對第三人訴因的轉讓。……如保險人在使用被保險人的名義時遭遇困難、或被保險人拒絕提供名義給保險人使用時，此時保險人如衡平轉讓的持有人，可將讓與人（被保險人）一併加入被告起訴<sup>52</sup>。」類似見解之判決甚多<sup>53</sup>。

在美國，衡平轉讓也常被用以說明代位的性質與架構。例如，在早期的*Hart v. Western R. Corp.*<sup>54</sup>一案，法院認為，在本質上代位可說是一種衡平轉讓，而在衡平轉讓下，受轉讓人可以讓與人的名

<sup>50</sup> *Geoffrey Silver v. Bradford & Bingley Building Society* [2002] WL 1876163 Ch D.

<sup>51</sup> *Hobbs v. Marlowe* [1978] A.C. 16 [1977] 2 W.L.R. 777 HL.

<sup>52</sup> *M.H. Smith (Plant Hire) Ltd. v. Mainwaring* (1986) 2 B.C.C. 99262 CA (Civ Div).

<sup>53</sup> For example, *Boag v. Standard Marine Insurance Company, Limited.* [1936] 2 K.B. 121 KBD. *Court Line, Ltd. v. Canadian Transport Company, Ltd.* (1940) 67 Ll. L. Rep. 161 HL. *Canadian Transport Company v. Court Line* [1940] A.C. 934 HL. *Miller, Gibb & Co, Re* [1957] 1 W.L.R. 703 [1957] 2 All E.R. 266 [1957] 1 Lloyd's Rep. 258 (1957) 101 S.J. 392 1957 WL 17750. *Smith (MH) (Plant Hire) Ltd. v. Mainwaring* [1986] BCLC 342. *Esso Petroleum Co. Ltd. Pursuers v. Hall Russell & Co. Ltd.* [1989] A.C. 643 [1988] 3 W.L.R. 730 HL. *Central Transport Rental Group plc v. Darwen Leasing Ltd.* [1996] C.L.C. 83 QBD (Comm). *St Paul Travelers Insurance Company Limited v. Nicholas James Dargan, Nicholas Guy Edwards, Mott MacDonald Limited* 2006 WL 3835215 [2006] EWHC 3189 (Ch) Ch D. *Re Ballast Plc.* [2007] B.C.C. 620 [2006] EWHC 3189 (Ch) Ch D.

<sup>54</sup> 13 Metcalf 99, 54 Mass. 99, 1847 WL 2224, 46 Am. Dec. 719, Mass., 1847.



義，為自己的利益進行求償。故在保險代位中，保險人應得以被保險人的名義行使權利。除此之外，許多判決與見解，也以衡平轉讓說明代位的性質，認為其與代位相似，或是認為代位在本質上就是一種權利的衡平轉讓<sup>55</sup>。例如，「代位本質上就是衡平轉讓<sup>56</sup>」、「代位權以衡平轉讓的方式運作，實際的轉讓並無必要<sup>57</sup>」、「代位，為保險人可請求其理賠被保險人額度之賠償的衡平轉讓<sup>58</sup>」類似之判決也相當多<sup>59</sup>。

<sup>55</sup> *Investors Title Ins. Co. v. Herzig*, 330 N.C. 681, 413 S.E.2d 268 (1992).

<sup>56</sup> “Subrogation is nothing more than an equitable assignment.” *Burgoon v. Lavezzo*, 92 F.2d 726, 113 A.L.R. 944 (App. D.C. 1937). *Chittick v. State Farm Mut Auto Ins Co.*, 170 F.Supp. 276 (1958). *In re Flamingo 55, Inc.*, 378 B.R. 893 (2007).

<sup>57</sup> “Right of subrogation works equitable assignment and actual assignment is not necessary.” *In re Gordon, Second and Partial Account*, 51 Montg. 122 (1935). *Sheridan v. Dudden Implement, Inc.*, 174 Neb. 578, 119 N.W.2d 64 (1962). 83 C.J.S. Subrogation § 22.

<sup>58</sup> “Subrogation is an equitable assignment in which an insurance company can seek reimbursement to the extent of its payment to the insured.” *Investors Title Ins. Co. v. Herzig*, 330 N.C. 681, 413 S.E.2d 268 (1992). Also see *J & B Slurry Seal Co. v. Mid-South Aviation, Inc.*, 88 N.C.App. 1, 362 S.E.2d 812, N.C. App. (1987).

<sup>59</sup> For example, *Gracie v. New York Ins. Co.*, 8 Johns. 237 (N.Y. Sup., 1811). *Newcomb v. Cincinnati Ins. Co.*, 22 Ohio St. 382, 1872 WL 17, 10 Am.Rep. 746 (1872). *Phenix Ins. Co. v. Pennsylvania Co.*, 20 L.R.A. 405, 134 Ind. 215, 33 N.E. 970, (Ind. 1893). *Baltimore & O.R. Co. v. Countryman*, 16 Ind. App. 139, 44 N.E. 265 (Ind. App. 1896). *Arnold v. Green*, 71 Sickels 566, 116 N.Y. 566, 23 N.E. 1 (N.Y., 1889). *Lake Erie & W.R. Co. v. Hobbs*, 40 Ind. App. 511, 81 N.E. 90, (Ind. App. 1 Div., 1907). *Fidelity & Deposit Co. of Maryland v. City of Stafford*, 93 Kan. 539, 144 P. 852 (Kan. 1914). *Pittsburgh-Westmoreland Coal Co. v. Kerr*, 220 N.Y. 137, 115 N.E. 465 (N.Y. 1917). *Scheidell v. Llewellyn Realty Co.*, 177 N.Y.S. 529, (N.Y. Sup.1918). *Comeaux v. Savoy*, 146 So. 725 (La. App. 1 Cir. 1933). *Hunt v. Hoppe*, 22 Tenn.App. 540, 124 S.W.2d 306, (Tenn. Ct. App. 1938). *Katschor v. Ley*, 153 Kan. 569, 113 P. 2d 127 (Kan. 1941). *London & Lancashire Indem. Co. of America v. Tindall*, 377 Ill. 308, 36 N.E.2d 334 (Ill. 1941). *Royal Indem. Co. v. Security*

由上可知，目前英美法的多數見解，均認為代位與權利的法律上轉讓不同，而與衡平法上的讓與相似或相同。於衡平轉讓，前引的英美判決已說明的相當清楚，名義上的權利仍屬於讓與人，而受讓人取得實際上的受益權，有如讓與人為受讓人信託持有訴因。在程序上，受讓人可以促使讓與人，以讓與人之名義、為受讓人的利益求償，或由受讓人以讓與人的名義求償<sup>60</sup>。此一架構如運用於保險代位<sup>61</sup>，即為英美法傳統以來之架構<sup>62</sup>——保險人在理賠之後，取得代位權；此權利並非被保險人對第三人債權的法定轉讓，權利仍屬於被保險人；保險人可促使被保險人自己向第三人求償；保險人亦可以被保險人名義、地位，為自己之利益，行使屬於被保險人權利之；對於該求償所得的利益，就保險人理賠之額度內，保險人

---

*Truck Lines*, 212 Cal.App. 2d 61, 27 Cal.Rptr. 858 (Cal. App. 1 Dist., 1963). *D'Angelo v. Cornell Paperboard Products Co.*, 19 Wis.2d 390, 120 N.W.2d 70 (Wis.1963). *Criss v. Folger Drilling Co.*, 195 Kan. 552, 407 P. 2d 497 (Kan. 1965). *Dean Foods Co. v. Foley*, 125 Wis.2d 131, 370 N.W.2d 588 (Wis. App. 1985). *Commonwealth Land Title Ins. Co. v. Stephenson*, 97 N.C.App. 123, 387 S.E.2d 77 (N.C. App. 1990). *In re XTI Xonix Technologies Inc.*, 156 B.R. 821, (Bkrcty. D. Or. 1993). *Cavarette v. Greyhound Real Estate Finance Co.*, 1995 WL 791943 (D. Mass. 1995). *Am-Haul Carting, Inc. v. Contractors Cas. and Sur. Co.*, 33 F. Supp. 2d 235 (S.D.N.Y. 1998). *In re Brady*, 243 B.R. 253, Bankr. L. Rep. P 78,103 (E.D.Pa. 2000). *National City Mortg. Co. v. Ross*, 34 Kan. App.2d 282, 117 P.3d 880 (Kan. App. 2005).

<sup>60</sup> Jing, *supra* note 35, at 611-12. S. Rory Derham, *Set-Off against an Assignee: The Relevance of Marshalling Contribution and Subrogation*, 107 L.Q.R. 126, 143 (1991). Also see *Carpenter v. Hall*, 311 F.Supp. 1099, Fed. Sec. L. Rep. P 92,729 (1970).

<sup>61</sup> Andrew Green, *Strengthening the Insurer's Subrogation Rights*, 3(10) INT. I.L.R. 348, FN15 (1995).

<sup>62</sup> *Commonwealth Land Title Ins. Co. v. Stephenson*, 97 N.C. App. 123, 387 S.E.2d 77 (1990).

為實際上應享有該利益者……。由此可知，權利衡平轉讓的概念，應較能說明英美法下代位之本質與運作模式。總而言之，在權利的讓與方面，雖然法律上讓與與衡平法讓與的界線逐漸模糊；但衡平讓與的概念，可說對於英美代位的架構產生了深遠的影響，此影響至今仍然存在。

#### (五)小 結

##### 1. 由歷史之發展觀察

在英國，即使在債權自由轉讓已經確定的今日，大致上判決仍然肯認衡平讓與之存在。就英國法之保險代位而言，至今也一貫的要求保險人以被保險人的名義起訴，名義上權利仍屬於被保險人，保險只是代位行使被保險人之權利。因此，不論是從歷史軌跡<sup>63</sup>、運作模式，以及現行的法理基礎，衡平讓與都較能為英國的代位模式提供適當的解釋基礎。

但就美國而言，此一基礎就較為模糊。在早期。美國法之讓與受到英國法的影響，亦存有衡平讓與之概念。但近年來，美國不論是在統一商法典或是契約法整編，都已經不再區分嚴格法律上之讓與及衡平讓與。對於代位求償的架構而言，早期美國也是受到英國法的影響，曾以保險人以被保險人名義求償之架構為主流，故衡平讓與也較能為其本質提供完整的解釋<sup>64</sup>。

<sup>63</sup> 另可參照RONALD C. HORN, *SUBROGATION IN INSURANCE THEORY AND PRACTICE* 15 (1964).

<sup>64</sup> *Also see* Omer Lee Reed, *Insurance Subrogation in Personal Injury Actions: The Silent Explosion*, 12 AM. BUS. L.J. 111, 111-12 (1974-1975). 也有認為，以衡平讓與說明代位，只是一種方便的描述而已，John J. O'Brien, *The Origins of Subrogation*, <http://www.subrogation.net/edu/edu1.doc>，最後瀏覽日：2009年5月15日。不同意見的進一步分析，可參考ANDREW TETTENBORN, *LAW OF RESTITUTION IN ENGLAND AND IRELAND* 54-5 (3rd ed. 2001).

另外，在真實利益當事人原則（Real Party in Interest Rule）<sup>65</sup>的適用下，除了使傳統英國模式在美國法上似乎更無空間，更使得美國法保險代位本質究竟為何更為模糊。例如，有見解認為，當保險人理賠被保險人後，保險人就會成被保險人訴因的所有人，因而也不需要再為訴因的轉讓<sup>66</sup>，而此時的效果即與大陸法系的法定債權移轉相當類似<sup>67</sup>。亦有判決允許當事人間另為「轉讓」權利的約定或協議<sup>68</sup>。但有問題的是，如果美國已然採取權利法定移轉的架構，則又何需當事人間再為移轉的協議？更仍有認為保險代位本質為權利的衡平轉讓，只是在真實利益當事人原則的適用下，應由保

<sup>65</sup> 此指訴訟即須以真正利益之當事人名義提起。保險人於理賠後，保險人應享有對第三人求償最終之利益。故於保險代位中，真實利益之當事人為保險人，而非被保險人；故被保險人即無法起訴，而須由保險人起訴。*Spratley v. Hartford Ins. Co.*, 1 Dill. 392, 22 F.Cas. 973, No. 13,256, C.C.D. Kan., 1871. *Board of Com'rs of Bartholomew County v. Jameson*, 86 Ind. 154, 1882 WL 6446, Ind., Nov Term 1882 (NO. 8618). *Ivie v. Enterprise Poultry Farm*, 97 Cal. App. 242, 275 P. 514, Cal. App. 1 Dist., Feb. 27, 1929 (NO. CIV. 6648). *Williamson v. Purity Bakeries of Indiana*, 101 Ind. App. 441, 193 N.E. 717 (1935).

<sup>66</sup> *Bennett Truck Transport, LLC v. Williams Bros. Const.*, 256 S.W.3d 730 (Tex. App. Houston 14th Dist. 2008). Also see *Herrera v. Wembley Inv. Co.*, 12 S.W.3d 83, 89 (Tex. App. - Dallas 1998). Michael P. Warren, *Handling Insurance Subrogation Cases in Texas*, 68 TEX. B.J. 994 (2005).

<sup>67</sup> 又如有見解認為，代位與讓與實際上的差異並不大，甚至代位實際上就是被保險人財產權的讓與。Michael C. Ferguson, *The Real Party in Interest Rule Revitalized: Recognizing Defendant's Interest in the Determination of Proper Parties Plaintiff*, 55 CAL. L. REV. 1452, 1479 (1967). 但是，仍有見解強調代位與轉讓之不同，例如：保險代位是一種對應歸責者求償的設計，而轉讓則是將整個訴因轉讓給保險人。16 Couch on Ins. § 222:53.

<sup>68</sup> 例如，在 *Fields v. Western Millers Mut. Fire Ins. Co.*, 290 N.Y. 209, 48 N.E.2d 489, 146 A.L.R. 434 (1943). 一案，法院認為保單上的讓與條款構成被保險人對第三人權利的讓與，而與代位條款不同。Also see *Benefield v. Malone*, 112 Ga. App. 408, 145 S.E.2d 732 (1965).

險人在理賠之後進行對於第三人的訴訟而已<sup>69</sup>。因此，目前至少可以說，美國法雖承續英國法，但其色彩較為淡薄，架構亦不如英國法之清晰。如何對美國法之保險代位架構加以定性，誠費思量。

本文以為，即使美國法之架構不如英國法清晰，但其仍與大陸法系之架構有所不同。首先，就架構而言，至今美國幾乎所有的判決或文獻，基本上都肯認英國法下，保險人以被保險人地位、「保險人踏進被保險人鞋子」求償的理論體系。不論是從歷史解釋或是從法理上，英國法還是對美國法的解釋有相當影響。因此，目前應只能說在求償名義與訴因的轉讓方面，美國法已發展出獨特的模式；但是否已經發展成為完全不同於傳統英國法的架構，仍待進一步觀察。

更重要的是，雖然美國有真實利益當事人原則的適用，但相當多的見解肯認貸款收據<sup>70</sup>等約定之效力，甚至承認保險人可選擇以自己或被保險人名義進行求償之權<sup>71</sup>，凡此均與大陸法系差異甚大。更進一步而言，此類的容許約定轉讓、避免保險人以自己名義求償等機制，其實就含有傳統英美法，特別是英國法的濃厚色彩。換言之，即使美國法在推論上與英國已有不同，但就效果上仍與英國法相當類似。因此，與其說以被保險人名義求償的傳統英國法模

---

<sup>69</sup> 16 Couch on Ins. § 222:73. *American Fidelity & Cas. Co. v. All Am. Bus Lines*, 179 F. 2d 7 (10th Cir. 1949).

<sup>70</sup> 貸款收據 (loan receipt)，指保險人以無息借款 (loan) 的方式，給付一筆相當於理賠金的金額給被保險人。被保險人則必須以自己名義向造成損失之第三人訴訟。如被保險人自第三人處取得賠償，則須移轉於保險人。如果敗訴、或取得之賠償較保險人之理賠少，則被保險人不須就該差額對保險人負責。由於保險人之給付非保險理賠，故可不適用需以保險人自己名義起訴之保險代位，而可有以被保險人名義進行求償之效果。*Luckenbach v. W. J. McCahan Sugar Refining Co.* 248 U.S. 139, 39 S.Ct. 53. (1918).

<sup>71</sup> Pa.R.C.P. No. 2002.

式已不為美國所採，倒不如說是以另一種方式繼續存在。至於美國法下保險代位的本質為何？就相關文獻觀察，應大致屬於介於英國法與大陸法系間之類型，這也可見英美法「效果取向」的方式，與大陸法系偏重構成要件的分析有所不同。因此，對美國法的代位求償模式，無法、也不宜以大陸法系的觀點加以強加拆解，應予注意。

## 2. 與大陸法系之比較與再釐清

就前文關於英美法代位之介紹可知，其與大陸法系之權利轉讓有所差異。就效果而言，雖然兩者都會有利益移轉的效果，但關鍵在於方式的不同<sup>72</sup>。讓與是由讓與人直接把權利轉讓給受讓人；而代位在傳統英美法的意義下，代位者所取得者為實質上之所有權、受益權，並可據此促使被代位者求償、或自己以被代位者的名義求償，而非被代位者之權利直接轉讓給代位者。學理上強調英美法系與大陸法系代位制度之不同，關鍵即在於此。

值得注意者為，英美法之代位、普通法上之讓與，以及大陸法系之權利讓與，三者內涵均非相同，應加以區別。學說上常將英美法之代位與權利之轉讓加以比較，並批評大陸法系混淆「代位」與「讓與」，但此論述應有再予細緻之空間。關鍵在於，英國法上的權利「讓與」（普通法上之讓與），與大陸法系的權利讓與，意義並不相同。學說或批評大陸法系混淆「代位」與「讓與」，但其所比擬的經常是英國法下的讓與，而非大陸法系下的讓與<sup>73</sup>。英國法

<sup>72</sup> ENRIGHT, *supra* note 37, at 779.

<sup>73</sup> 例如，學說上常舉「讓與」會導致「所有」權利的移轉，故如果認為保險代位就是被保險人對第三人權利的讓與，則保險人取得的將不以理賠之額度為限，所以可知「代位」與「讓與」並不相同。事實上，英美上與代位常相提並論的轉讓（assignment, *also see Western Cas. & Sur. Co. v. Bowling*, 39 Colo. App. 357, 565 P. 2d 970 (1977). *Hospital Service Corp. of R. I. v. Pennsylvania Ins. Co.*,

早期之法律上讓與，嚴格要求必須讓與全部之權利，而不得僅讓與部分之權利，此點的確為英國法下代位與讓與的不同之一。問題是，即使是大陸法系將保險代位界定為被保險人權利的法定債之移轉，但也僅以保險人的理賠額度為限。故將普通法上之讓與等同於大陸法系之權利讓與，應有未妥。

而此一問題更深層的含意，應在於英美法系代位與大陸法系權利轉讓於本質上的不同。由傳統之英美法見解，代位本質與架構上類似於權利的衡平讓與——形式所有權仍屬於讓與人（被保險人），而受讓人（保險人）享有實質所有權，受讓人（保險人）應以讓與人（被保險人）之名義行使權利——此一形式所有權與實質所有權分離的概念，應為與大陸法系最大的差異所在。依據大陸法系之法定債權移轉理論，被保險人對第三人之權利，於理賠之額度內法定移轉於保險人。該移轉的部分，即為具完整權能的權利，保險人同時擁有英美法概念下的實質所有權與形式所有權，此即與傳統英美法之架構完全不同。換言之，英美代位理論下形式所有權與實質所有權分離的概念，不論是由大陸法系下被保險人權利在數額上一部或全部移轉，均無法比擬，這也應是英美法系與大陸法系最關鍵的差異所在。總之，本文以為，傳統英美法系之代位，的確與英美法系（特別是英國法）之權利讓與不同，也與大陸法系之權利讓與不同。但由於英美法系之權利讓與，與大陸法系之權利讓與亦非相同，故在比較時應避免混淆。

---

101 R.I. 708, 227 A. 2d 105 (1967).)，意義似比較接近被保險人對第三人權利的全部移轉，而較類似於委付。學說上之所以認為，保險代位並不是被保險人對第三人權利「轉讓」——其中的一個重要原因，就是保險人的實際所得只能以其理賠的限度為限；正因為保險人只能取得相當於理賠額度的所得，而非取得被保險人所以可請求的額度，所以可知代位不是被保險人權利的轉讓。  
Green, *supra* note 61, at 352.

### 3. 對我國之啓示

雖然，英美也有見解認為代位與轉讓的差別基本上並不大，甚至認為應與轉讓做相同處理。但本文以為，由英美代位制度的最初的淵源與運作模式——代位者「取代」、「代替」、「立於被代位者的地位」行使權利，以及以「被代位者的名義」行使權利等，均可見其與一般的權利轉讓並不相同。相較之下，信託、衡平轉讓的概念，較能與上述的特徵與歷史淵源相契合。而在美國，代位制度於衡平法上的地位、屬於救濟的方式更受到強調<sup>74</sup>。在回復法的整體架構下，代位、擬制信託、優先權<sup>75</sup>等均為衡平法下的救濟方式，其法理基礎與目的實為相當類似。故以衡平轉讓說明代位之性質，亦能與衡平法理的基礎相契合。本文以為，信託與衡平轉讓的概念，應較適合說明英美保險代位理論的本質。而代位本質屬於衡平讓與、實際受益權與形式所有權的分離，此正與發源自英美的信託之架構相同。正也是英美法上，代位、信託、權利的衡平讓與常被相提並論，在本質上被認為相似，甚至相同之原因。

因此，按照英美通說，代位較接近衡平轉讓，但與法律上的權利轉讓，乃至於大陸法系之權利轉讓並不相同。就結果而言，雖然都涉及權利的移轉，但法理與架構截然不同。因此，學說上認為英美法下之代位實際上隱含權利移轉之概念等，就終局的結果而言雖有相似性，但論理上恐未能分辨英美法之特殊之處矣。又英美之代位架構固有其特殊性，但此亦非意味對屬於大陸法系之我國無參考之價值。以信託為例，其雖發源自英美法，許多概念亦無法完全以大陸法系之角度加以定位，但其仍為我國法所引進，並在實務上有

---

<sup>74</sup> ROBERT GOFF & GARETH JONES, *THE LAW OF RESTITUTION* 121-2 (6th ed. 2002).

<sup>75</sup> 此請參照後文「二、」對於擬制信託的討論。



重要之地位。因此，如果英美保險代位理論確能對我國之代位求償有所助益，亦應該有於理論上與我國法融合後再加以引進之空間。

所以，就結論而言，對於一般債權之轉讓，本文贊同英美法之發展趨勢，受讓人不須以讓與人的名義起訴，或將讓與人加入被告，而應得以自己的名義起訴。我國既無相似之歷史背景，民事法體系大致上繼受自大陸法系，當然也沒有在一般債權繼受英美架構的必要。然而，在代位求償之模式，本文認為即非可一概而論。在代位的特殊情形與需要下，未必不得就此加以轉化，賦予其新的法理基礎。實則，在英美代位理論的發展歷程中，保險人以被保險人之名義地位之求償架構，也並非是一無是處的歷史遺跡，而仍有其積極的意義存在。因此，即使吾人建議我國未來可參酌英美法之代位體系，但所著眼者也不是在於為了盲目遵循英國法下權利讓與的歷史軌跡，而是著眼於其對於代位效率的促進之上。後文將對於英美法的代位求償模式在程序上、進行上作更進一步的探討，以明此架構是否仍有其價值，以及供我國參考之必要。

## 二、擬制信託——保險代位與擬制信託體系之建構

### (一) 擬制信託之分析

在英美法，代位經常與擬制信託一併被討論。或有於代位架構中適用擬制信託之概念，亦有認為代位本身就與擬制信託相當類似者，尤以美國法為然。因此，擬制信託概念之分析與釐清，實有其重要與必要性。所以，本文於此對英美法上擬制信託之概念加以分析，以作為後文進一步探討之基礎。

### 1. 擬制信託之意義

對於何謂擬制信託（constructive trust）<sup>76</sup>，有認為其為非基於當事人明示或漠視的意思，而係以推定之意思為基礎，且為衡平法上基於良心利益所創設<sup>77</sup>。依照Black's Law Dictionary之定義，其則是指法院對不當取得財產者所施加的衡平救濟<sup>78</sup>。而學說上多引用Cardozo法官在經典案例*Beatty v. Guggenheim Exploration Co.*<sup>79</sup>一案之界定：擬制信託為表達衡平法良知之方式，當普通法之所有權人以非良心保留財產受益權時，衡平法即將其視為受託人，其目的在於維持衡平與避免不當得利<sup>80</sup>。因此，可知擬制信託為一種衡平法上之救濟，當財產的取得或保留違反衡平或不當得利時，該財產

<sup>76</sup> 台灣學者多譯為擬制信託或構成信託，如王志誠，信託法，頁48，2008年3月。亦有譯為法定信託，謝哲勝，信託法總論，頁97-98，2003年6月。而大陸學者多譯為推定信託，邢建東，衡平法的推定信託研究——另一類的物權性救濟，頁1，2007年4月。然而，由於民法上也有「推定」之用語，其指法律對當事人意思的認定；而constructive trust成立與否完全獨立於當事人間的意思，甚至是違背了當事人的意思。因此兩者相較之下，應該以翻譯為擬制信託，應較妥當。方雲，擬制信託研究——一種完善我國民事救濟制度的思路，中國政法大學碩士論文，頁3，2007年3月。但由於constructive trust之意義、成立要件，乃至於功能等，均與意定信託有相當的差異，未來可否以準信託或類似信託等其他名稱，取代「擬制信託」此一名詞之使用，使其區分更為明確而避免混淆，值得進一步之研究。

<sup>77</sup> 黃加昌，擬制信託與相關問題之研究，台灣經濟金融月刊，10卷4期，頁16，1974年4月。

<sup>78</sup> GARNER, *supra* note 25, at 1649.

<sup>79</sup> 122 N.E. 378, 380 (N.Y. 1919).

<sup>80</sup> *In re Swantek Estate*, 172 Mich. App 509, 432 N.W.2d 307 (1988). *Morris Pumps v. Centerline Piping, Inc*, 273 Mich. App 187, 202, 729 N.W.2d 898 (2006).

持有者即被賦予衡平法上的義務，必須將其轉移給有權取得之人<sup>81</sup>。

至此，吾人應可知，擬制信託與一般之明示信託並不相同<sup>82</sup>。於擬制信託，當事人間並無成立信託關係之意思表示、未發生真正的信任關係（fiduciary relationship）<sup>83</sup>、無財產之移轉、在擬制信託成立前受託人之固有財產與信託財產亦未相分離、可能在一開始並無確定的信託財產、不受要式性之規範、並無委託人、但必定有受託人與受益人之存在、受託人除了將財產移轉外，一般並無其他義務等，跟可見其與意定信託有重大差異<sup>84</sup>。故論者有認為擬制信託誤解信託法理，並引用我國信託法第一條加以解讀<sup>85</sup>，似有誤會。

## 2. 實體性擬制信託與救濟性擬制信託

關於擬制信託的首要問題，就是擬制信託究竟只是為法院所確認？或是被法院所創造？如果是前者，則擬制信託就可說是一種權利；如果是後者，則擬制信託就是一種救濟的方式<sup>86</sup>。也因此，英美法上之擬制信託，可再細分為兩種形式：實體性擬制信託

<sup>81</sup> Tex. Jur. 3d, Restitution and Constructive Trusts § 55. *Baker Botts, L.L.P. v. Cail-loux*, 224 S.W.3d 723 (Tex. App. San Antonio 2007).

<sup>82</sup> *Washington v. Conley*, 273 Neb. 908, 734 N.W.2d 306 (Neb., 2007).

<sup>83</sup> *Davis v. Aetna Acceptance Co.*, 293 U.S. 328, 55 S.Ct. 151, 79 L.Ed. 393 (1934). *Angelle v. Reed (In re Angelle)*, 610 F. 2d 1335 (5th Cir. 1980). *In re Weber*, 99 B.R. 1001 (Bankr. D. Utah 1989).

<sup>84</sup> 詳可參照陳志妃，擬制信託制度之比較研究，東吳大學法律研究所碩士論文，頁36-39，1984年12月。方嘉麟，信託法之理論與實務，頁298-300，1996年。張天民，失去衡平法的信託：信託觀念的擴張與中國信託法的機遇和挑戰，頁56，2004年3月。沈達明，衡平法初論，頁135-136，1997年8月。

<sup>85</sup> 另可參照林勳發、陳俊元，阿基里斯的腳跟？—保險代位求償模式之檢討與展望，月旦法學雜誌，173期，頁166-169，2009年10月。

<sup>86</sup> GARY WATT, BRIEFCASE ON EQUITY & TRUSTS 183 (2d ed. 2001).

(institutional constructive trust) 與救濟性擬制信託 (remedial constructive trust)。大致上來說，英國是採取實體性的擬制信託<sup>87</sup>；而美國、加拿大、紐西蘭<sup>88</sup>等，則是採取救濟性擬制信託的架構。簡言之，實體性擬制信託是依據衡平法所生，並經由法院確認其已經存在；而救濟性擬制信託，則是法院所賦予的一種救濟方式，在法院宣告之前，並沒有信託或類似關係的存在<sup>89</sup>。

然而，必須注意的是，實體性擬制信託與救濟性擬制信託之差異也非如想像中的大。就實體性擬制信託而言，其雖然是對過去的財產狀態加以確認，但也因此提供當事人相當的救濟，故其仍有救濟的功能<sup>90</sup>。再者，就成立的時點而言，現今的發展也非可一概而論。以加拿大而言，按照救濟性擬制信託的規則，其應於法院判決之日方為成立；但現在也有認為，此可以回溯至原告之請求成立時。而這就模糊了傳統實體性與救濟性擬制信託的區別。又以英國為例，如依照實體性擬制信託的規則，其應回溯至原告可請求時成立；但現亦有認為，法院可以依其情形，使其自判決之日才開始生效。這也使實體性與救濟性擬制信託的區別更為模糊<sup>91</sup>。

### 3. 擬制信託與衡平優先權之區別

衡平優先權 (equitable lien)<sup>92</sup>，為基於衡平法所創設的優先

<sup>87</sup> Anthony Duggan, *Constructive Trusts from a Law and Economics Perspective*, 55 U. TORONTO L.J. 217, 219 (2005).

<sup>88</sup> A. J. OAKLEY, PARKER AND MELLOWS: *THE MODERN LAW OF TRUSTS* 322-5 (8th ed. 2003).

<sup>89</sup> Jonathan Orpin, *The Personal Property Securities Act 1999 and Trusts—When Is an Interest under a Trust a Security Interest?*, 14 NZBLQ 109, 123 (2008).

<sup>90</sup> 方雲，同註76，頁41、59。

<sup>91</sup> Duggan, *supra* note 87, at 219.

<sup>92</sup> 關於此名稱的翻譯問題，歷來我國之譯名不同，有稱其為留置權、質權或是優先權者。就其內涵而言，應與優先權較為接近，詳可參見黃健彰，法定優先權

權。其為當債權債務關係存在，且該債權關係繫於特定或可得特定之財產，且成文法或習慣法為給予其他救濟時，法院所創設的救濟<sup>93</sup>。關於衡平優先權之意義，參酌美國回復法整編<sup>94</sup>，可知衡平優先權就是一種救濟不當得利的救濟方式。故而，優先權與擬制信託其實都屬於衡平法常見的救濟方式<sup>95</sup>，這在美國回復法整編中更是清晰可見。換言之，二者之本質相似，都是為了防止詐欺與不當得利。又例如當某人誤將他人之金錢購買財產時，即可能成立擬制信託或優先權；而即使擬制信託無法成立，仍可能構成優先權<sup>96</sup>。但是，必須注意的是，擬制信託與優先權仍非完全相同。優先權是存在於被告一定額度的財產上，而擬制信託則是為了剝奪一方不當取得之財產至另一方<sup>97</sup>。就擬制信託而言，是使受益人取得一實質上的所有權，亦即使受益人成為衡平法上的所有人，故該受益人享有排除、完整的利益。相對地，優先權只不過一種可以確保追償的權利。簡言之，擬制信託與優先權的主要差異在於，前者係賦予原告完整的衡平法權利；但後者只賦予原告擔保利益，使其可以求償並強制執行滿足債權<sup>98</sup>。

---

制度研究——兩岸物權法修正草案芻議，中正大學法律研究所博士論文，頁24-25，2008年11月。並可參照於海湧，絕對物權行為理論與物權法律制度研究，頁105以下，2006年11月之討論。

<sup>93</sup> 黃健彰，同前註，頁31。

<sup>94</sup> Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment (Tentative Drafts) § 56. *Also see* Restatement (First) of Restitution § 161 Equitable Lien (1937).

<sup>95</sup> *Halbach v. Great-West Life & Annuity Ins. Co.*, 2009 WL 973347 C.A. 8 (Mo. 2009).

<sup>96</sup> 黃健彰，同註92，頁32。

<sup>97</sup> *Checkett v. McGehee, et al. (In re McGehee)*, 342 B.R. 587 (Bankr.W. D. Mo. 2006).

<sup>98</sup> Gerard McCormack, *The Remedial Constructive Trust and Commercial Transactions*, 17(1) COMP. LAW. 6 (1996). 黃健彰，同註92，頁32。其餘差異請參照下段之分析。

的確，擬制信託常被用以說明代位的法律結構，而且信託的效力可以賦予受益人較多的保障。但是，相對地，信託的概念卻可能使當事人承受過多的負擔，特別是對被保險人而言<sup>99</sup>。在經典案例 *Lord Napier and Ettrick v. Hunter*<sup>100</sup> 中，法院即選擇了優先權，而非較常使用的擬制信託。法院認為，信託關係、受託人之地位與相關義務對於被保險人而言實屬負擔過重，而優先權的賦予因較能保護被保險人，所以應該是較彈性而適當的選擇。再者，在擬制信託的概念下，如果被保險人使用屬於保險人之金錢加以投資，如有所得則應亦屬於信託財產而應歸屬於受益人——即保險人，故保險人將可能取得超過其理賠的利益。也因此，如將被保險人當作受託人，其除了需負擔相關義務，當以該筆金錢投資失敗時必須自負損失，而獲利時利益卻應歸於保險人，更可見對被保險人負擔過重且過於偏厚保險人。而就效力而言，優先權可以對抗所有的一般債權人，並在被保險人破產時使保險人之權利受到保護，但在擬制信託，如財產被受益第三人所購買或該財產無法辨認，其效力即可能有所問題。此時保險人只能依據其他方式尋求救濟，也因此會受到被保險人破產之影響<sup>101</sup>。因此，法院認為，在被保險人雙重受償的部分，會成立為保險人利益之衡平優先權（equitable lien）。在美國法上，也有認為以優先權之方式，賦予保險人之代位權保障。亦即當被保險人取得第三人之賠償時，應歸於保險人的部分會成立優先權<sup>102</sup>。

對此，本文以為，*Lord Napier and Ettrick v. Hunter*一案主要係

<sup>99</sup> BIRDS, *supra* note 16, at 275.

<sup>100</sup> [1993] AC 713.

<sup>101</sup> Alison Jones, *Subrogation of Insurers: The Implications of the Lord Napier Case*, Conv. 1993, SEP./OCT., 396.

<sup>102</sup> *Aetna Cas. and Sur. Co. v. Jackowe*, 96 A.D. 2d 37, 468 N.Y.S. 2d 153 (2d 1983).

顧慮受託人之地位可能伴隨太多負擔，而此似與英國法擬制信託的定位有關。如前所述，英國法的擬制信託屬於實體性，與明示信託均為信託之一種，故受託人可能也會有其他義務，此即或許為該案憂慮無當事人意思為基礎之受託人負擔過重之原因。相較之下，美國法的擬制信託屬於救濟的一種，受託人除了返還利益以外並無其他義務，故受託人之負擔即為有限。又就利益歸屬之判斷而言，如被保險人利用屬於保險人之金錢為投資而獲利，由於該本金部分本來就應歸屬於保險人，故以其進而取得的利益，應也該屬於保險人。此依照我國不法管理等規定與法理，結論亦應相同。況且，被保險人如不欲承擔投資之損失，其大可不用保險人之金錢，況且該筆金錢的利益根本也非被保險人所得享有。再者，就英美保險代位理論的淵源而言，不論是英國或美國，相當多的判決見解都將代位認為是一種衡平轉讓，已經如前文所述。就衡平轉讓的架構而言，受讓人成為實質上的所有人，而讓與人則為形式上的所有權人，而此一架構正與擬制信託相通。故從淵源與體系上而言，擬制信託似較優先權更符合英美法的架構。

## (二)源起——英美保險代位體系與信託之關係

早在英美法之保險代位起源時，其就與信託（Trust）有者相當的關係。最具歷史與重要地位的，就是英國 *Randal v. Cockran*<sup>103</sup> 一案。Lord Hardwicke 明確的說明：在保險人理賠之後，被保險人所對第三人取得的賠償之中；依保險理賠之比例，被保險人為立於保險人受託人之地位<sup>104</sup>。因此，在代位概念形成初期，保險人可以請求代位求償，在架構上正與信託受益人相似。詳言之，基於衡

---

<sup>103</sup> (1748) 1 Ves. Sen. 98.

<sup>104</sup> *Id.*

平法防止不當得利的法理，為了避免被保險人（或是抵押人、被保險人等）享有雙重利益，保險人（或其他抵押權人、保證人等）可以在對前者給付後，取得前者由第三方取得的利益。在結構而言，該利益實際上屬於一種信託財產<sup>105</sup>，而應取得該利益之人應為受益人，該利益最後應歸於其所有，且其有權利就該利益進行請求。故在*Randal v. Cockran*一案確立此一概念後，就廣泛的影響了後續的判決與發展。同樣地，在*Blaauwpot v. Da Costa*一案<sup>106</sup>，Lord Northington也認為被保險人就第三人的所得，亦是為保險人所信託持有<sup>107</sup>。

由於信託比擬代位的法律關係，這也對於代位權法律關係的解釋產生了影響。以行使代位權的名義為例，在*London Assurance v. Sainsbury*<sup>108</sup>一案，可說是英國保險法之父的Lord Mansfield除了再次確認了信託的概念，其更進一步認為，就是因為是信託關係，所以保險人不得以自己的名義向可歸責的第三人起訴<sup>109</sup>。這也成為在傳統英美法上，保險人不得以自己名義起訴，而必須以被保險人名義起訴的原因之一。

---

<sup>105</sup> *Subrogation in Its Relation to the Law of Trusts*, 12 COLUM. L. REV. 351, 352-3 (1912).

<sup>106</sup> (1758) 1 Eden 130.

<sup>107</sup> “Satisfaction having been made in consequence of that capture, I think the plaintiffs are entitled to that benefit; and that it was received by the executors ... in trust for them.”

<sup>108</sup> (1783) 3 Dougl. 245.

<sup>109</sup> Lord Mansfield: “If the insurer could sue in his own name, no release by the insured would bar, nor would a verdict by him be a bar. It is impossible that the insured should transfer, and yet retain his right of action. Trustee and cestui que trust cannot both have a right of action.” Also see E. J. MAGILLIVRAY & PARKINGTON, *MACGILLIVRAY AND PARKINGTON ON INSURANCE LAW* 1151 (8th ed. 1988).



在美國，代位的概念也受到信託相當的影響。由於美國將擬制信託視為調整不當得利的救濟性措施，故擬制信託之概念於代位中的運用，更可說幾乎是多於英國。美國法上大致認為，代位是基於為了避免不當得利的衡平法理的機制。簡單來說，當一方從他方不當的取得利益時，衡平法即會以擬制信託（*constructive trust*）、衡平法之優先權（*equitable lien*）等機制加以調整；而代位與前兩者相同，都是為了實現正義的救濟機制<sup>110</sup>，也被廣泛運用於保險、保證、抵押等領域。上述機制都是衡平法下的產物，而在適當的案例中，代位是與擬制信託更處於某種的類似關係<sup>111</sup>。就目的上而言，代位與擬制信託都是為了避免不當得利，故常被認為類似或被相提並論<sup>112</sup>。對於債權人而言，其可以其求償之法律關係，兩者也相似<sup>113</sup>，甚至有認為代位制度在本質上就是一種擬制信託。以著名的法律百科全書*Corpus Juris Secundum*對*Subrogation*之說明為例<sup>114</sup>：

---

<sup>110</sup> *Constructive Trusts. Subrogation. Rights of Lender against Previously Mortgaged Property*, 34 HARV. L. REV. 86, 86-87 (1920). Also see *Sutley v. Dothan Oil Mill Co.*, 235 Ala. 475, 179 So. 819 (1938). *Brookfield v. Rock Island Improvement Co.*, 205 Ark. 573, 169 S.W.2d 662, 147 A.L.R. 451 (1943). *Cole v. Morris*, 409 S.W.2d 668 (Mo. 1966). *Barnes v. Eastern & Western Lumber Co.*, 205 Or. 553, 287 P. 2d 929 (1955).

<sup>111</sup> 83 C.J.S. *Subrogation* § 3. Also see BRYAN A. GARNER, A DICTIONARY OF MODERN LEGAL USAGE 748, 846 (2d ed. 1995).

<sup>112</sup> Andrew Kull, *James Barr Ames and the Early Modern History of Unjust Enrichment*, 25 OXFORD J. LEGAL STUD. 297, 309 (2005).

<sup>113</sup> John Norton Pomeroy, Jr., *Equitable Remedies* § 920 (1905). See Andrew Kull, *Id.*, 297, FN 38 (2005).

<sup>114</sup> 83 C.J.S. *Subrogation* § 3. *G.E. Capital Mortg. Services, Inc. v. Levenson*, 338 Md. 227, 657 A. 2d 1170 (1995).

“*Subrogation is in the nature of a constructive trust to serve best the justice of the situation and accord with the intention of the parties.*”（代位在本質上是為了達到正義，與符合當事人間意思的一種擬制信託）

簡言之，在保險代位關係中，保險人就應取得的部分，基於衡平法上的賦予，有權利代替被保險人的地位，向第三人求償。保險人應取得之利益，則有如信託財產；保險人的地位有如信託關係中的受益人。此時亦如前文所述，在衡平讓與的法理下<sup>115</sup>，被保險人為讓與人、保險人為受讓人；而名義上之權利仍為讓與人（被保險人）所信託持有，而受讓人（保險人）則為實質上的受益人。又上述之架構，在保險人的代位權可能受到侵害時，將更為清晰。例如，被保險人在取得理賠後，又再次向第三人取得全部賠償時；其中應屬於保險人的部分，即有如被保險人為保險人所持有的信託財產，被保險人應將其移轉給受益人，即保險人<sup>116</sup>。又如前所述，單純就擬制信託本身而言，特別是在美國法下，其本屬衡平法下調整不當得利的機制。換言之，其最重要的目的與功能，就是在調整不當得利的狀態，使其回復公平合理的狀態。單就保險代位之法律關係而言，如被保險人在取得理賠之後，又自第三人之處取得賠償，則對被保險人而言將構成不當得利。此時就該部分，即可能會

---

<sup>115</sup> *Hart v. Western R. Corp.*, 13 Metcalf 99, 54 Mass. 99, 1847 WL 2224, 46 Am. Dec. 719 (Mass., 1847).

<sup>116</sup> 在受益人的地位上，保險人自得就該利益予以請求。值得注意的是，英美法亦有以衡平法上的優先權（*equitable lien*）來解釋此一關係。其非使用信託的概念，而是認為保險人在該部分有衡平法上的優先權，故可以向被保險人請求。Green, *supra* note 61, at 348. 其理由雖不同，但在此的結果與擬制信託說是相同的。在此的重要案例為 *Lord Napier and Etrick v. Hunter*, [1993] AC 713，對此請詳見前文之討論。

成立以應得之人（即保險人）為受益人的擬制信託，被保險人須將此部分移轉給保險人。而此部分之結論，正與前述以信託比擬代位的結論相同，兩者之結構亦為相似。

至此，吾人應可明瞭，在英美法，保險代位體系在淵源上、結構上與擬制信託之關係；在由被保險人先受領第三人之賠償時，擬制信託的適用將更為明確。而在英美法傳統保險人以保險人之地位，進行代位求償之架構下，由保險人一併請求或受領賠償、或由被保險人一併請求或受領賠償，即非無法想像。此時，上述的架構更進一步的擴展，使應歸屬於保險人與被保險人的部分，各自成為擬制信託，或優先權等衡平上救濟，並成為一完整的體系。以下即區分英國法與美國法，分別加以分析歸納。

### （三）保險代位與擬制信託體系之建立

以下即分別就英國與美國之判決文獻加以分析歸納，以求建構出更為明確的體系。

#### 1. 英國

在英國，亦如前所述，早在 *Randal v. Cockran* 一案，法院即認為，於被保險人所對第三人取得的賠償之中，依保險理賠之比例，被保險人為立於保險人受託人之地位。同樣地，在 *Blaauwpot v. Da Costa*<sup>117</sup> 一案，對於應歸屬於保險人之部分，被保險人為其利益所信託持有。之後的許多案例，相同的見解不斷地得到採行。在 *Commercial Union Assurance Co v. Lister*<sup>118</sup> 一案，法院認為，對於應歸於保險人之部分，被保險人為其受託人，毫無疑義（*indisputable*）。*King v. Victoria Insurance Co. Ltd.*<sup>119</sup> 一案法院也

<sup>117</sup> (1758) 1 Eden 130.

<sup>118</sup> (1874) LR 9 Ch. App. 483.

<sup>119</sup> [1896] AC 250.

採相同見解，被保險人在取得理賠之後，再取得之賠償，衡平法院會將被保險人在取得保險理賠的額度內視為保險人的受託人。*Re Miller, Gibb & Co. Ltd.*<sup>120</sup>一案之見解亦相同。在*Lonrho Exports Ltd. v. Export Credit Guarantee Department*<sup>121</sup>一案，法院也明確揭示保險人行使被保險人之權利，就其所得超出理賠額度的部分，乃為被保險人所信託持有。

由上可知，在保險代位中，對於應歸屬於保險人或被保險人之部分，都會被衡平法院賦予擬制信託加以保護。而此在由另一方全部取得賠償時，更為明確。詳言之，大多數的英國判決，在保險人須以被保險人名義代位求償的架構下，於保險人未完全彌補被保險人之損失、保險人與被保險人均有應歸屬之部分時，擬制信託之概念即廣泛得到運用。因此，當保險人一併代位求償，就應歸於被保險人的部分，保險人為受託人，該部分應移轉於被保險人。當被保險人向第三人一併求償，就應歸於保險人的部分，被保險人為受託人，該部分應移轉於保險人。至此，英國法下與擬制信託連結運用之保險代位體系，應為明確。

## 2. 美 國

在美國，由於擬制信託被視為調整不當得利的救濟，故其可說更被廣泛的運用於保險代位。就保險人而言，就損失填補原則與衡平法之法理，就被保險人雙重得利的部分，保險人得主張代位求償，此亦為代位求償的典型範圍。在擬制信託法理的適用下，當被保險人向第三人求償時，其中應屬於保險人的部分，會成立以保險人為受益人的擬制信託。相對地，如果是由保險人一併向第三人求

---

<sup>120</sup> [1957] 1 W.L.R. 703.

<sup>121</sup> [1996] 2 Lloyd's Rep. 649. *Also see* JOHN LOWRY, INSURANCE LAW: CASES AND MATERIALS 619 (2004).

償，則在應歸屬於被保險人的部分，則會成立以被保險人為受益人的擬制信託。此一架構在美國法可說是被廣泛接受，其運用之程度，比起英國法甚至可說是有過之而無不及。

如 *National Garment Co. v. New York, C. & St. L.R. Co.*<sup>122</sup> 一案，運載貨物於損失之後，被保險人即向運送人求償。運送人以被保險人之損失已得到保險理賠，且被保險人並非有真實利益之當事人抗辯。法院認為此時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。此在真實當事人原則的適用下，關於代位的推論雖與英國法非完全一致，但同樣也使用擬制信託的概念。在 *Ellsaesser v. Mid-Continent Cas. Co.*<sup>123</sup> 一案中，法院認為，在被保險人的損失收保險的部分的補償時，被保險人仍有權就損失的全部對第三人提起訴訟。在保險人應得之部分，被保險人為保險人的受託人。*Wyker v. Texas Co.*<sup>124</sup>、*Flor v. Buck*<sup>125</sup>、*York v. Cumberland Const. Co.*<sup>126</sup>、*Hardware Dealers Mutual Fire Ins. Co. v. Sheek*<sup>127</sup>、*Krause v. State Farm Mutual Automobile Ins. Co.*<sup>128</sup> 等重要判決之見解亦為類似。同樣地，在 *Lines v. Ryan*<sup>129</sup> 一案，法院也認為被保險人對於第三人的求償，在應歸於保險人的部分，被保險人為保險人的受託人，類似

<sup>122</sup> 173 F. 2d 32 (8th Cir. 1949).

<sup>123</sup> 195 Kan. 117, 403 P. 2d 185, 13 A.L.R.3d 133 (1965).

<sup>124</sup> 201 Ala. 585, 79 So. 7 (1918).

<sup>125</sup> 189 Minn. 131, 248 N.W. 743 (1933).

<sup>126</sup> 312 Ky. 797, 229 S.W.2d 970 (1950).

<sup>127</sup> 272 N.C. 484, 158 S.E.2d 635 (1968).

<sup>128</sup> 184 Neb. 588, 169 N.W.2d 601 (1969).

<sup>129</sup> 272 N.W.2d 896 (1978).

見解之判決亦甚多<sup>130</sup>。

另外，在美國勞工補償保險中，由於被保險人可對第三人求償的額度，通常都會大於保險人的理賠<sup>131</sup>，故由一方所為之全部求償，將更為常見。也因此，上述代位與信託的求償體系，在此更是廣被運用，甚至直接規定於成文法中。在許多州，雇主<sup>132</sup>或保險人在理賠之後，可以就受雇勞工的全部損失向第三人請求賠償，不以其所賠付的部分為限，甚至可以包含法律所許的懲罰性賠償<sup>133</sup>。但是超過保險人理賠的部分，雇主必須返還，或會為勞工或其所扶養之人成立信託<sup>134</sup>。如果是由勞工已對第三人就所有之損失求償，則保險人在應得之部分（即理賠之額度），法律則會賦

---

<sup>130</sup> 以Kansas為例，又如*Atchison, T. & S.F.R. Co. v. Home Ins. Co.*, 59 Kan. 432, 53 P. 459 (1898). *Shawnee Fire Ins. Co. v. Cosgrove*, 85 Kan. 296, 116 P. 819, 41 L.R.A.N.S. 719 (1911). *Smith v. United Warehouse Co.*, 123 Kan. 515, 255 P. 1115 (1927). *Clark v. Missouri Pac. R. Co.*, 134 Kan. 769, 8 P. 2d 359 (1932). *Watson v. Travelers Mut. Cas. Co.*, 146 Kan. 623, 73 P. 2d 64, (1937). *Deemer v. Reichart*, 195 Kan. 232, 404 P. 2d 174, (1965). *J. C. Livestock Sales, Inc. v. Schoof*, 208 Kan. 289, 491 P. 2d 560 (1971). *Dondlinger & Sons' Const. Co., Inc. v. Emcco, Inc.*, 227 Kan. 301, 606 P. 2d 1026 (1980)等案均是。

<sup>131</sup> 16 Couch on Ins. § 225:167.

<sup>132</sup> 一般雖在此稱為雇主，但其多已經受有保險人的理賠。美國的勞工補償，可說是美國歷史最悠久的社會保險制度之一。雇主必須向合格的保險公司、州政府基金購買保險、或是自我保險（self-insured）。雇主未投保是違法的，可能會導致罰鍰或其他法律責任的訴追。在雇主違法未投保時，通常會有政府或基金先為雇主賠償。又此是採取無過失責任（no-fault system），亦即員工不需證明其受傷或疾病是可歸責於何人，即可申請理賠。

<sup>133</sup> *American Mut. Liability Ins. Co. v. Louisville & N. R. Co.*, 250 Ala. 354, 34 So. 2d 474 (1948). 另外，有的州也允許保險人加入由勞工以自己名義所提起之訴訟。16 Couch on Ins. § 225:167.

<sup>134</sup> JOHN F. DOBBYN, *INSURANCE LAW IN A NUTSHELL* 390 (4th ed. 2003).

予保險人優先權 (lien)<sup>135</sup> 或信託之保護，以保障保險人之權益。再以Missouri州之規定<sup>136</sup> 為例，其就明確的規定，當有應負責之第三人時，雇主可就勞工的權利向第三人代位求償，而不以其所給付的賠償額度為限。相對地，如果是由勞工向第三人請求賠償，就應歸於雇主的部分，則會成立代位之優先權 (subrogation lien)，該部分應再給付於雇主。總而言之，在勞工補償法下對於可歸責第三人的求償，在許多州法與判決中，均認為雇用人與勞工係屬於互為信託之關係。換言之，由保險人一併代位求償時，對於應歸屬於被保險人的部分，保險人為被保險人的信託受託人。當由被保險人先向第三人求償時，就保險人應得之部分，被保險人為信託受託人，或有優先權之保護<sup>137</sup>。

除此之外，再保險基於損失填補原則與衡平法等法理，一般認為保險代位於再保險仍有適用，再保險人就再保理賠部分有代位之權<sup>138</sup>。同樣地，在許多判決中，美國法院也認為，就原保險人求償所得，將就再保險人應得之部分成立擬制信託。例如，*Pink v.*

---

<sup>135</sup> *Dodds v. Stellar*, 30 Cal. 2d 496, 183 P. 2d 658 (1947). *Ruth v. Industrial Commission*, 107 Ariz. 572, 490 P. 2d 828 (1971). *Cotton Belt Ins. Co., Inc. v. Travelers Ins. Co.*, 402 So. 2d 69 (Fla. Dist. Ct. App. 4th Dist. 1981).

<sup>136</sup> V.A.M.S. 287.150.

<sup>137</sup> Also see *McKenzie v. Missouri Stables* (App. 1930) 34 S.W.2d 136, 225 Mo. App. 64. *General Box Co. v. Missouri Utilities Co.* (Sup. 1932) 55 S.W.2d 442, 331 Mo. 845. *Schumacher v. Leslie* (Sup. 1950) 232 S.W.2d 913, 360 Mo. 1238. *Jenkins v. Westinghouse Elec. Co.*, W.D.Mo.1955, 18 F.R.D. 267. *Zasslow v. Service Blue Print Co.* (App. 1956) 288 S.W.2d 377. *O'Hanlon Reports, Inc. v. Needles* (App. 1962) 360 S.W.2d 382. *McCormack v. Stewart Enterprises, Inc.* (App. W.D. 1995) 916 S.W.2d 219. *Kinney v. Schneider Nat. Carriers, Inc.* (App. W.D. 2006) 200 S.W.3d 607. *Com'n v. Merritt* (App. E.D. 2006) 204 S.W.3d 278.

<sup>138</sup> *Universal Ins. Co. v. Old Time Molasses Co.*, 46 F. 2d 925 at 927 (5th Cir. 1931). *In Re Preferred Accident Ins. Co. of N.Y.*, 147 N.E.2d 476 (N.Y. 1957).

*American Surety Co. of N.Y.*<sup>139</sup>、*Glacier General Assurance Co. v. G. Gordon Symons Co. Ltd.*<sup>140</sup>、*State Sec. Ins. Co. v. Frank B. Hall & Co., Inc.*<sup>141</sup>等判決均是。因此，上述代位結合擬制信託的架構，也被美國法院適用於再保險之代位中。

在與英國相似的代位架構下，雖然美國法對於代位的名義已有不同之發展，但在各種調整機制廣被接受下，保險人以被保險人名義、就被保險人之部分一併代位求償，仍相當常見。另外，被保險人也可能先取得第三人之全部賠償。在此時由一方代他方求償、或受領賠償之情形，與英國法相同，前述的代位結合擬制信託的架構，也被美國法院廣泛適用於各種類型的案件中，包括一般保險、勞工補償保險、再保險等範疇。因此，前述體系於美國法的適用，亦可謂已然確立。

### 3. 小 結

在早期，英國法以信託的概念，比擬、說明代位的架構。即在類似衡平讓與的概念下，實體權利仍屬於被保險人，而實際受益權則屬於保險人。被保險人有如為保險人信託持有權利，而保險人可以信託受益人的地位，要求、促使被保險人向第三人求償，或以被保險人的名義向第三人求償。而在保險人以被保險人地位求償的架構下，保險人或被保險人的求償所得，經常會超過應歸屬於自己的額度。在此，與信託結合的代位體系，在英美法更是被廣為運用。此時，就多數見解而言，當由保險人一併求償時，就應歸於被保險人之部分，保險人為受託人；而由被保險人一併求償時，就應歸於保險人之部分，被保險人為受託人。因此，保險代位結合擬制信託

<sup>139</sup> 28 N.E.2d 842 at 844-45 (N.Y. 1940).

<sup>140</sup> 631 F.2d 131 at 134 (9th Cir. 1980).

<sup>141</sup> 109 F.R.D. 95 (N.D.Ill. Dec 13, 1985) (NO. 81 C 4167).



的體系，可謂已為多數英美判決與見解所採納。

#### (四)更進一步之建構

如前所述，擬制信託的原始主要目的，特別是美國法，主要是在於防止不當得利與救濟。亦即在英美保險代位架構下，如應歸屬於自己之部分先為他方所受領時，該部分即會成立擬制信託，以避免不當得利<sup>142</sup>。然本文以為，上述架構除了消極的提供權利之保護外，在解釋與未來的繼受上，更可轉化為含有積極促進求償的意義與功能。

申言之，保險人除了可就理賠之額度，即固有的代位權範圍加以求償以外；由於係以被保險人的地位行使權利，故亦可行使全部權利，並就應歸屬於被保險人的部分成立擬制信託。被保險人就保險理賠以外的部分，本就有依原法律關係向第三人求償之權利；被保險人既為原權利之主體，當然可以就全部部分向保險人求償，並就應歸屬於保險人的部分成立擬制信託。換句話說，就保險人應得的部分而言，保險人可以主動的代位請求，也可以被動的由被保險人一併請求之後，再依據擬制信託受益人的地位向被保險人請求。就被保險人應得的部分而言，被保險人可以主動的依原民事法律關係請求，也可以被動的由保險人一併代位請求之後，再依據擬制信託受益人的地位向保險人請求。

因此，於英美法保險代位體系，對第三人之求償可分為兩個面向，一由保險人代位被保險人的權利，對被保險人求償；二為由被保險人向第三人求償，保險人再向被保險人請求<sup>143</sup>。在此或可進

---

<sup>142</sup> ROBERT E. KEETON & ALAN I. WIDISS, *INSURANCE LAW: A GUIDE TO FUNDAMENTAL PRINCIPLES, LEGAL DOCTRINES, AND COMMERCIAL PRACTICES* 246 (Student ed. 1988).

<sup>143</sup> 對此，有認為後者與典型的代位有所不同，只是保險人對被保險人的求償而

一步認為，其實際上已經構成了「雙軌」的代位求償體系：可依具體情形，由保險人主導代位求償，或由被保險人自己求償後再分配於保險人。而藉由擬制信託的概念，更能將此體系建構的更為完整而全面。在擬制信託的適用下，應歸屬於他方的部分，受有信託的保護，更能平衡求償之人可能的不給付、破產風險。因此，在顧及一併求償之效率、增加求償主體之選擇權時，更能賦予權利有效之保障。簡言之，此一架構至少能提供兩個面向的積極意義：就橫向面而言，其允許一併求償，就權利之行使而言較具效率。就縱向面而言，可依情形由保險人代位求償，或被保險人求償後再分配於保險人，更可兼顧實際之需要。換言之，在擬制信託概念的運用下，除了保障權利，更能積極的促進求償，使英美保險代位體系更為完整。

相較之下，傳統大陸法系之見解，乃至於我國之現行法與見解，大多只強調保險人取得之代位權，而較少論及由被保險人先取得、或主導求償之可能性。在法定移轉理論下，保險人當然只能以自己的名義行使代位權。然而，由何方行使對第三人的權利較為妥適、符合當事人間的需要，未必可一概而論，已如前所述。也因此，才會有我國實務上，保險人再將已經法定移轉的權利再移轉、授權給被保險人一併行使的情形；也才會有當保險人不欲行使代位權時，被保險人也無權可行使或代為行使，最後導致第三人事實上免責的結果。因此，英美法之體系非如法定移轉理論之略嫌僵化，較為靈活彈性，可尊重當事人之意思，依據當事人間之具體情形，決定由何者主導求償，故較法定債權移轉理論具有積極的意涵。

---

已；亦有學說將前者稱為積極、主動的代位（active subrogation）、後者則為消極、被動的代位（passive subrogation）。KENNETH S. ABRAHAM, INSURANCE LAW AND REGULATION: CASES AND MATERIALS 192 (2000).

值得注意的是，在當事人對於由何者進行求償、是否一併求償所有協議時，英美法之體系自然較法定債權移轉理論更具彈性與效率。但在當事人無法達成協議時，是否反而會增加較法定債權移轉理論更多的紛爭與風險？對此，英美法上早有因應之方式。對於程序之主導權而言，多數見解認為，係以被保險人之損失是否由保險人全部彌補為標準<sup>144</sup>。當保險人之理賠已經彌補被保險人之全部損失時，保險人即有全部之主導權。相對地，當保險人之理賠未彌補被保險人之全部損失之前，則是被保險人有程序之主導權。而在美國法真實當事人原則之下，亦有認為保險人與保險人就各自之部分，擁有主導權。至於在一併求償時，如該方違反協議、不將應歸於屬他方的權利轉交，或是陷入失卻清償能力時，英美法已有優先權或擬制信託的方式加以保護，已如前所述。因此，在英美法架構下，即使當事人對求償程序有所爭議，但仍不至於使當事人負擔過度之風險。

### 三、由英美保險代位理論之本質論其體系之建立

#### (一)英美保險代位體系之建構

由上述討論可知，在與擬制信託等概念的交錯與融合下，英美保險代位建構成為一雙軌而整體的體系。申言之，擬制信託與優先權等之目的原本在於防止不當得利，但在此等機制的保障下，英美保險代位理論更進一步發展出積極合併求償之功能。亦即先由保險人或被保險人就所有損失一併求償，再將受擬制信託或優先權保護之其他部分交付另一人。根據英美學說<sup>145</sup>，本文試將英美保險代位體系整理建構如下：

---

<sup>144</sup> ROBERT H. JERRY, UNDERSTANDING INSURANCE LAW 605 (1996).

<sup>145</sup> MITCHELL, *supra* note 35, at 69. ENRIGHT, *supra* note 37, at 732.

### 1. 積極、主動的代位（固有意義之保險代位求償）

此為保險代位適用的典型。亦即被保險人受損後，保險人理賠，並由保險人向第三人求償之狀態，此即固有意義之保險代位求償。另外，如果保險人所得超出保險人之理賠額度，該部分會成立為被保險人利益之優先權或擬制信託，保險人須將該部分交於被保險人。

### 2. 消極、被動的代位（追償）

在事實發生順序上，在被保險人受損之後，不論是被保險人取得第三人賠償後被保險人又取得保險理賠，或是被保險人取得保險理賠後被保險人又取得第三人賠償，只要是先由被保險人取得對第三人之賠償，即為此處之情形。由於損失填補原則，第三人賠償之終局利益應該歸於保險人，故保險人得向被保險人請求該利益。依照不同的事實，保險人可向被保險人主張扣抵、返還理賠金額，或依優先權或擬制信託受益人之地位，向被保險人請求返還。

### 3. 第三人之防禦

對於第三人而言，不論是由保險人或被保險人向其求償，其責任均不應因此而有所變化。也因此，第三人之所有防禦與抗辯，同樣的也都可以主張。

## (二)對我國法之啟示

在傳統英美法系之架構下，名義上之權利仍屬於被保險人所有，實質上權利屬於保險人，發展出以被保險人名義、地位求償的基礎架構。此雖有部分係受英美法歷史遺跡之影響，但時至今日，英美保險代位體系可說已經跳脫此一窠巢，發展出更為積極的特色。信託之法理，除了說明、強化保險代位求償的基礎架構，更在妨礙代位等情形時，使保險人之權利得到更堅實的保護。而在擬制信託與優先權等法理的適用下，既然已經賦予保險人或被保險人應

得部分足夠之保護，英美法——特別是美國法，更進一步發展出「雙軌」而「整體」的求償體系。就雙軌而言，可依據當事人之需要，決定由保險人或被保險人進行求償<sup>146</sup>。雖然所謂的追償或被動代位，早期有學說認為此為對於保險代位權的誤解，但新近的判決學說大多已經承認此一方式及其效果<sup>147</sup>。就整體而言，不論是保險人或被保險人主導求償，均可以就全部之損失加以請求，而不以自己應得之額度為限。此一架構在美國法，特別是在勞工保險中，可謂已經建構得相當完整；由被保險人先一併求償，再將所得分給被視為優先權或擬制信託受益人的保險人之模式更是屢見不鮮<sup>148</sup>。而此一架構的形成，並不只是為了固守歷史的窠巢，更是因為如此的模式較能顧及當事人對求償模式不同的需要，以及一併求償往往會比分別求償更具效率之故。

我國法目前並無類似英美法被動代位之規定，當被保險人取得理賠，又向第三人取得賠償時，此時應如何處理，法無明文。依照

---

<sup>146</sup> 而相對地，一般大陸法系的保險代位求償模式，則或可稱為單軌的模式。就應歸於保險人之部分而言，保險人因理賠而法定權利，取得權利後即應以自己名義行使，而與英美法之可由被保險人一併求償後再分配、並賦予擬制信託或優先權之保護有所不同。此一架構上的不同，也會對於後續問題的認定與解釋產生不同之結果，如再保險到底有無保險代位之「適用」？即為著例。因英美代位體系本包含由保險人、或被保險人求償後再分配之兩個面向，故英美法之認為再保險有保險代位之適用，即是指以後者——由再保險之被保險人（即原保險人）求償後再分配於再保險人為原則，只在少數如原保險人不行使權利之情形時，再保險人方得自行求償。這也正與國際再保險慣例完全配合。相對地，大陸法系架構保險代位之適用，將使得再保險人成為權利所有人而可以自己名義行使權利，似較難與國際慣例較配合。這也可能是大陸法系學說，多主張保險代位不可適用於再保險，或以其他方式限制其適用之根本理由之一。

<sup>147</sup> MITCHELL, *supra* note 35, at 81.

<sup>148</sup> For example, M.S.A. § 176.061.

學者見解或現行實務之條款，目前頂多只能以妨礙代位之法理加以處理，如使保險人可以向被保險人請求賠償，或請求相等之理賠額之退還……，雖然在結論上亦能得到與英美法類似之效果，但在推理與效果上，似仍不如於英美法代位與信託或優先權結合之架構，也不如美國法將其視為正常的求償管道之一的具有積極意義。況且我國目前保險法更無妨礙代位之規定，一切仍只能待未來立法或當事人約定處理之。在英美法代位與擬制信託相互搭配的架構下，建構了連貫代位之本質、運作模式、主動與被動、由保險人或被保險人一併求償等功能之完整而一致的體系。在長期的立法政策上，我國是否欲採英美法之體系固當從長計議，但就現階段而言，被保險人往往更瞭解事實狀況，也未必欠缺求償的意願與能力，如保險人與被保險人有所合意，應不妨由被保險人一併求償後再分配於保險人。如此除了能賦予當事人更大的約定空間，使求償更符合當事人的需要，也應較純以妨礙代位處理更具積極意義。

## 肆、我國保險代位求償模式之再建構

### 一、各種代位求償模式之評析

關於保險代位之求償模式，根據立法例以及學說之歸納，可分為請求權讓與、大陸法系之法定債權移轉、英美法之模式、大陸學說所主張之當事人可自由選擇求償名義之模式，以及其他的綜合模式等等。以下即對各種代位求償模式之內涵之優缺點加以評析。

#### (一)請求讓與模式

依此一模式，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，又稱為債權主義之方式<sup>149</sup>。此方式除了對於當事人間法律關係干預較小，在保險人欠缺求償意願時，被保險人仍可保有對第三人之請求權，故較可能落實使第三人負終局責任之目的。但是，與法定權利移轉相比較，多了請求權利讓與此一動作與成本，又無英美法擬制信託或優先權之保護；換言之，其內部關係不如法定移轉理論獨立，又不如英美法有其他保障，因此單純的改採請求權讓與之方式似非可採。

### (二)法定債權移轉模式

為吾人所熟知的，大陸法系之法定債權移轉模式，為當保險人理賠之後，被保險人對第三人之權利將法定移轉於保險人所有，無待再為移轉之行為。此模式的優缺點可評述如下：

1. 取得權利的效果較為迅速。本模式係以保險人理賠為要件，被保險人對第三人的權利會發生法定之移轉，而無庸當事人間再為其他法律行為。不論是與意定移轉當事人間須再為移轉之法律行為，或是英美法保險人以被保險人的名義起訴後再分配等等，由保險人的角度而言，依法定債權移轉理論取得權利的效果最為立即、迅速，也最無其他變數。

2. 防止雙重得利之效果較為迅速。在防止被保險人雙重得利的考量下，被保險人取得保險人賠償之當時，對第三人的權利就立即的轉讓於保險人，故被保險人理論上無雙重得利之可能。與請求權讓與、英美法保險人以被保險人名義求償之後再分配的模式相比較，法定債權移轉理論防止被保險人雙重得利的效果較為立即。

3. 保險人與被保險間之法律關係互為獨立。保險人在理賠之

---

<sup>149</sup> 施文森，代位權之研究，載：陳繼堯教授退休紀念論文集：二十一世紀保險的前瞻，頁907以下，1997年10月。

後，就理賠之額度內，法定取得被保險人對第三人之權利。在保險人與被保險人之間，權利分別為各自所有，法律關係獨立。與英美理論比較，求償既無須藉助他人的名義為之，而是就自己的權利、自己的名義向第三人求償，在形式上的法律關係較為獨立。

4. 保險人與被保險人相互影響的風險較小。在權利法定移轉之後，如保險人與被保險人均有部分之權利，則其等可以各自進行對第三人的求償，更不相互影響。例如，在權利移轉之後，即使被保險人陷於清償不能，亦對已經移轉於保險人之權利無影響。同樣的，被保險人由於已經非權利人，自然無法就該部分之權利加以處分，保險人之權利可能受到干擾的風險將較小。又在英美法下，如果是由保險人一併代位求償後再分配於被保險人，或被保險人一併求償後再分配於保險人之時，在保險人與被保險人內部之法律關係中，都必須再將應歸於對方的部分再轉讓一次。此部分雖有擬制信託或優先權的保護，但在應轉讓之人未履行時，仍會在形式上增加了一個可能的訴訟風險。

5. 符合我國現行法律體系。在不真正連帶債務的體系下，第三人為最終應該負責任者，保險人在對被保險人賠償之後，當可取得被保險人之權利，繼續向第三人求償，與保證人代位、清償代位等情形正屬相同。此一方式為通說所採，又經實務長久適用，也無其他變動成本。與其他模式相較，雖然我國法亦有採請求權讓與的方式者，但與英美法相比較，我國目前的民商法體系尚未有英美代位理論的概念，相關法制亦有待配合。因此，法定債權移轉理論應較英美代位理論符合我國現行法的體系，也沒有改革的變動成本與風險。

6. 可能導致權利的分裂。由於原被保險人對於第三人之權利可能因有保險代位而一分為二，故可能會增加保險人與被保險人行使上的不經濟與不便。又此結果為因法律所導致，無當事人的意思為



基礎，故也無法以意定讓與加以比擬。又對於第三人而言，其可能因為單一責任而須面對多重之求償，將徒增其訟累，也可能增加訴訟資源之浪費與裁判衝突之可能。

7. 較欠缺彈性。保險人在法定取得權利之後，即應以自己名義進行求償，但此一方式未必最符合當事人的需要，也欠缺彈性。例如有時被保險人對於事實較為熟悉，或較便於求償，或較有求償之意願，但卻無法立即由被保險人一併求償；而必須由保險人另為授權或移轉權利，再由被保險人求償。

8. 總之，整體而言，法定權利移轉模式較重要的優點在於保險人與被保險人之權利分別獨立、可各自進行求償而不互相影響。然而，在分別求償之下，對於保險人或被保險人未必便利，對第三人也可能增加應訴之煩。簡言之，大陸法系雖然在保險人與被保險人之內部關係較為分殊化之處理，但也較無一併求償以追求綜效之機會。

### (三)英美保險代位模式

就英美保險代位理論而言，在保險人以被保險人地位進行求償的基本模式下，其優缺點可分述如下：

1. 在訴訟與公共關係上對保險人有利。就傳統的英美法模式，特別是英國法而言，保險人係以被保險人的地位，代位被保險人向第三人進行求償；其較嚴格的要求保險人代位時必須以被保險人的名義為之，否則訴訟將會被駁回。而此有時對於保險人較為有利，例如以被保險人之名義求償在訴訟上往往較為有利，也能避免保險人因顧慮公共關係而懼於行使代位權之情形。

2. 可增加求償效率。藉由以被保險人名義一併求償，或是美國法下的強制訴訟參加，都能相當地減輕分別起訴的問題與後果；亦即藉由保險人或被保險人就全部損失一併求償，可以增加求償效

率，也可避免第三人之訟累。

3. 較具彈性。英美法已經發展出「雙軌」的代位模式，保險人可就所有損失一併求償後在分配於被保險人，或由被保險人就所有損失一併求償之後再分配於保險人。如此一來，當事人可依具體之情形，何人較有求償意願、能力，則即可由其一併求償，甚為彈性。而應歸屬於他方之部分，在擬制信託或優先權的適用下，亦能賦予足夠之保護。

4. 增加第三人受追究之機會。在形式所有權與實質所有權分離的架構下，權利之形式所有權仍屬於被保險人，在保險人不欲行使代位權時，被保險人仍得就全部損失一併求償，可使應負責之第三人有較高被追究責任之機會。又被保險人取得賠償之後，會成立為保險人利益之擬制信託或優先權，被保險人應移轉給保險人，故也無被保險人雙重得利的顧慮。因此，本說既能彰顯保險代位使第三人負責之目的，又能避免被保險人雙重得利，均較法定債權移轉或請求權移轉理論為優。

5. 又保險人以被保險人地位進行求償的架構下，亦能避免許多法定債權移轉模式的問題。例如，在法定債權移轉之架構下，是否須對第三人債權通知有所疑義。雖學說有認為應予通知，但要求保險人必須負擔此一通知之義務，對於保險人而言並非有利<sup>150</sup>，且亦可能給予第三人過度之保護，故實非無疑義。相對地，在英美保險人以被保險人地位進行求償的架構下，即應較能避免此一爭議。又如其擬制信託或優先權的架構下，亦能給予妨礙代位適當的處理，且在法理結構上體系一貫。又英美法之架構亦較能配合再保險由原保險人一併代位求償的國際慣例，而更能夠和諧的解釋<sup>151</sup>。

---

<sup>150</sup> Jing, *supra* note 35, at 620.

<sup>151</sup> 如前文所述，英美保險代位本有主動代位與被動代位兩個面向。由再保險人

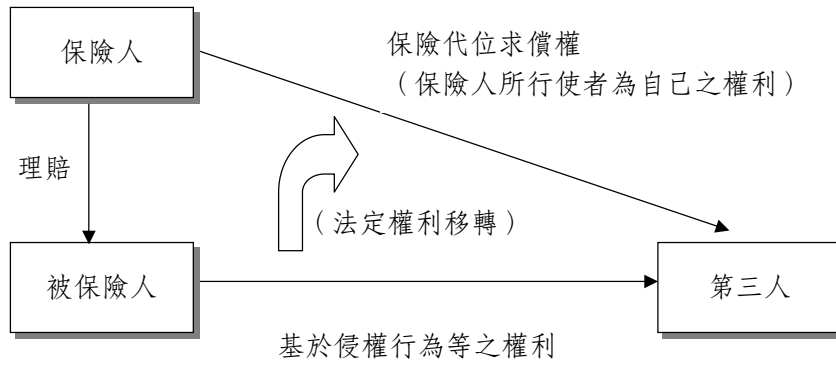
6. 而傳統英美法的主要問題在於，其要求必須以被保險人之名義進行求償，與大陸法系相較，可能有被保險人不加以配合的風險；例如，當被保險人拒絕配合時，保險人必須另訴使被保險人提供名義，如此可能使保險人受有不利。但由於一般法院都會支持保險人取得求償名義，更重要的是，保險人也可逕以自己名義求償再將被保險人並列為被告，故此一缺點應能相當的減輕。同樣地，如果被保險人有破產等情事而不復存在，保險人也將可能因無人可代位而無法求償。不過，在擬制信託與優先權的保護下，亦能使保險人之權利受到相當的保護。

7. 總之，在英美法一般保險人以被保險人名義地位進行代位求償、形式所有權與實質所有權分離的架構下，除了能具有一併求償、符合當事人需要之彈性等效果，藉由與信託相似的法理與架構，亦能使權利得到相當的保護。簡言之，本模式藉由就保險人與被保險人內部關係一定程度的整合，以促進對外部的求償效率。因此，其外部求償效率會較法定債權移轉理論為高；但在內部關係上，則非如法定債權移轉理論如此分別獨立。另可將大陸法系之法定權利移轉理論，以及傳統英美法系保險代位理論之架構，試繪圖如後，以供比較參酌：

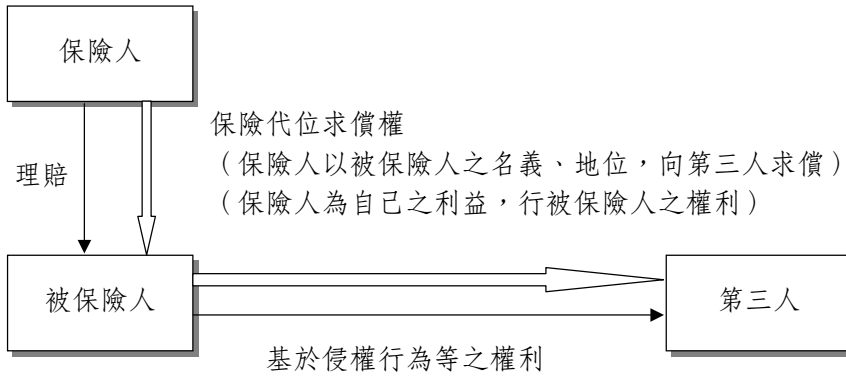
---

之被保險人（原保險人）一併求償後再分配於再保險人之國際慣例，其實正與英美法被動代位的運作結果相同。故依照英美法體系，即能妥適解釋損失填補原則、保險代位於再保險之適用，乃至於實務之運作。

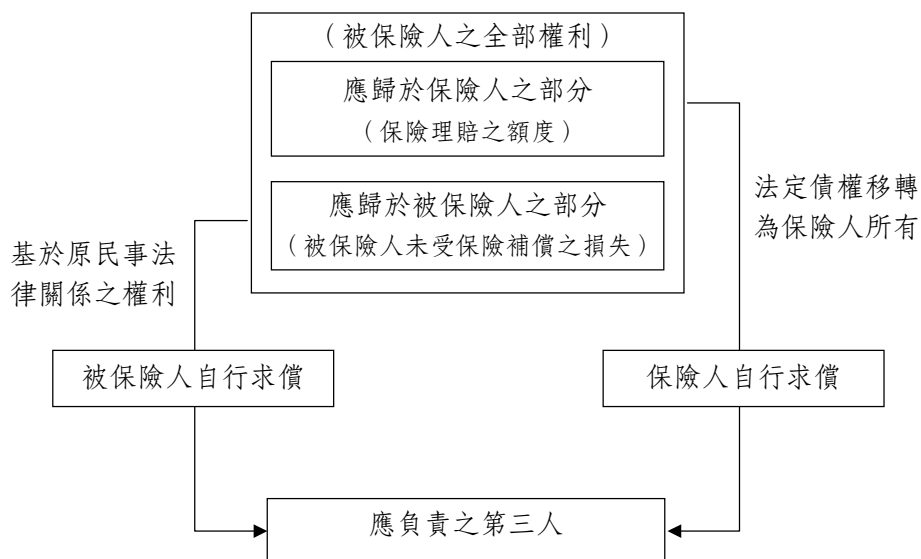
圖一：大陸法系之保險代位求償模式（簡圖）



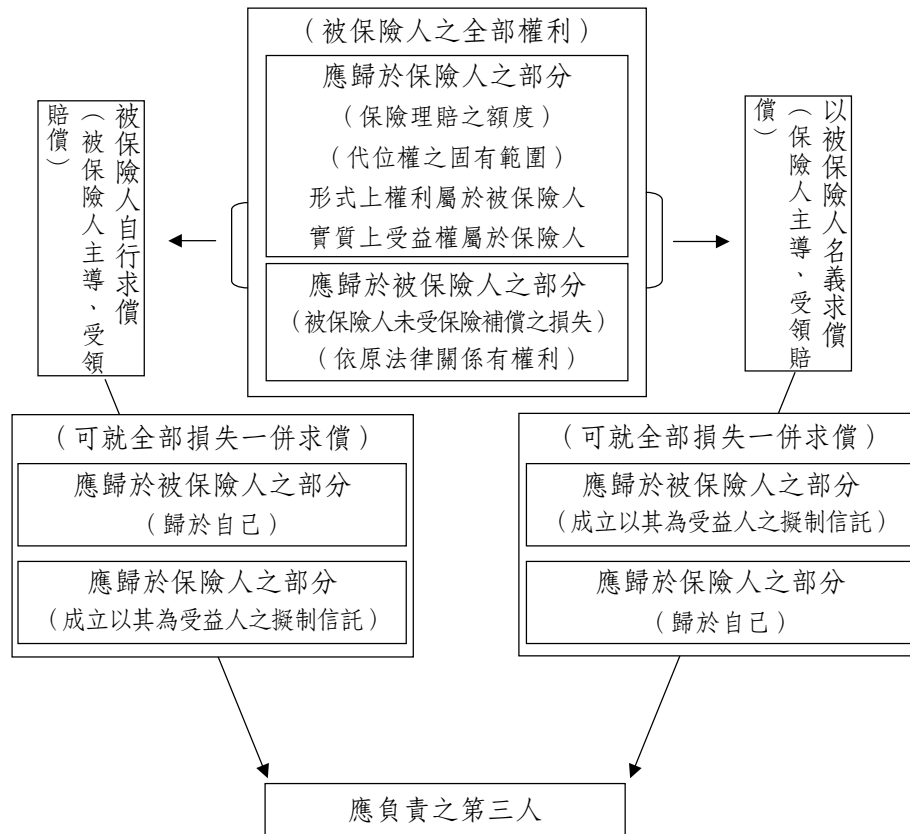
圖二：傳統英美法系之保險代位求償模式（簡圖）



圖三：大陸法系之保險代位求償模式（詳圖）



圖四：傳統英美法系<sup>152</sup>之保險代位求償模式（詳圖）



④中國大陸之學說與其他綜合模式

另外有大陸之學說以為，就保險人請求權代位之求償名義，或可採取由保險人決定的選擇模式<sup>153</sup>。換言之，可依據保險人意

<sup>152</sup> 限於篇幅，在此暫不論美國法真實利益當事人原則等發展之情形。

<sup>153</sup> 林威，試論我國海上保險人代位求償權的行使名義，中國海商法年刊，10期，頁139-140，1999年。明力、郝勇、劉利會，論海上保險人代位求償權的

思，選擇以保險人名義或被保險人名義進行代位求償。此一見解雖有新意、符合當事人對於求償不同狀況之需求，但卻似有疑義與不足之處。例如，在保險人選擇之前，法律關係如何定性？如當事人事前並無約定，在保險人賠付後而選擇求償名義之前，此一期間當事人間之法律關係究竟為何？如果是在大陸法定債權移轉的通說架構下，被保險人對於第三人的權利究竟是否移轉？實不明確，對於第三人而言亦恐非有利。換言之，不論是可以約定排除法定移轉之效果，或是直接賦予保險人在法定移轉後，可以選擇求償名義之「特殊」權利，立法政策上均非無討論空間；可惜大陸學說大多未再為細部之討論，亦未就法定債權移轉體系下如何解釋、適用加以說明。總之，大陸學說使保險人有選擇求償名義權利之見解，顯見其欲採納英美法之優點，值得肯定；惟其等學說大多未就保險人與被保險人之法律關係加以詳述，實為可惜。同樣地，台灣亦有學說主張在法定移轉債權理論之下，也應採取英美法擬制信託以一併求償的架構<sup>154</sup>；但或限於篇幅，亦未就詳細的法律關係加以建構。

#### (五)小結——代位求償模式的相對化

至此可知，各種代位求償模式均有其特點，與其說其等之間有絕對的優劣，不如說是各擅勝場。藉由對於各國立法例與學說之觀察，至少應可見一重要的趨勢——亦即「代位求償模式的相對化」。詳言之，大陸法系與英美法係兩大系統，以及各國立法例，雖然一開始的代位架構均有相當之不同，但此一分別並非壁壘分

---

行使，交通科技，1期，頁121，2005年。劉冰，論海上保險代位求償權的行使名義——兼談對我國海事訴訟特別程式法94-95條的理解，福建政法管理幹部學院學報，1期，頁79，2006年。

<sup>154</sup> 施文森，論損害填補與代位求償（下），法官協會雜誌，6卷2期，頁215，2004年12月。

明、牢不可破；在長期的發展下，許多的特徵都已經從光譜的兩端逐步靠攏，甚至在效果上有異曲同工之妙。換言之，保險代位求償模式並非絕對的不可調整，而現今更多呈現相對化的態樣。

舉例而言，傳統英國法最堅持以被保險人之名義進行求償，但其也容許以約定讓與的方式，使保險人可以自己名義求償。美國法之發展更是經典，一來繼受英國法的傳統架構，許多州又有真實利益當事人原則之適用，而要求保險人須以自己名義求償，但卻也承認許多的調整機制與例外；在擬制信託的結合運用下，也使得雙軌的求償體系更為完整。許多州更直接承認求償名義非強制規定，或保險人可以選擇求償名義。在法定債權移轉理論下，如欲達成以被保險人名義求償之目的，理論上亦非絕對不可行，只是解釋上較為周折<sup>155</sup>。於再保險中，日本則以任意規定說或信託說緩和法定移轉之效果，解釋原保險人可一併代位求償。又在台灣與大陸，許多實務條款規定保險人得以被保險人名義進行求償；也有越來越多的學說肯認英美架構一併代位求償之效果，或以解釋的方式，將現行法融入英美法系之色彩<sup>156</sup>。凡此種種，均可見保險代位求償模式的發展並非絕對的不可變動，而在實際上更已經呈現出因應不同環境、類型事實之需要，而呈現出相對化的態樣。此點應值吾人加以重視。

---

<sup>155</sup> 例如，由保險人與被保險人再為協議，或解釋為保險人再將法定取得的權利再移轉回給被保險人，可參考李義仁，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110-111，1985年3月。

<sup>156</sup> 例如，如有對大陸海商法第254條第2款：「保險人從第三人取得的賠償，超過其支付的保險賠償的，超過部分應當退還給被保險人。」加以解釋，認為由本款可推出保險人有就所有損失一併求償之可能，故可知其隱含有以被保險人名義求償等英美法色彩。劉冰，同註153，頁79。



## 二、解決方案之重構

### (一)就法理基礎而言——由保險代位之目的檢視

如同前文所述，維持損失填補原則、禁止被保險人雙重得利，為保險代位主要的法理基礎之一，而非全部之法理基礎。使應負責之第三人負終局責任，亦為保險代位之重要任務；否則如僅僅著眼於禁止被保險人雙重得利，則使第三人免責即可達成此一目的，而無庸採取保險代位模式。而對保險代位目的的此一釐清，也將對於代位求償模式的選擇有連帶的影響。申言之，如果僅僅就禁止被保險人雙重得利的角度而論，對當事人法律關係干預最強、效果最為迅速的法定債權移轉理論，的確是效果較強的方式。但正如本文所強調的，保險代位的目的並不僅僅以在於防止被保險人雙重得利，也在於使第三人負終局責任；而如著眼於對第三人的求償效率，以及第三人雖應負責但其負擔不應因保險制度而過度加重等之外部求償關係，則在外部求償關係效果較佳之英美代位體系則就更有被採行之理由。簡言之，就損失填補原則之目的而言，法定債權移轉理論之效果似乎較佳；而就對第三人求償之方面而言，英美保險代位理論較佳。因此，我國雖以法定債權移轉理論為現行之架構，但若為了落實保險代位另一重要目的——使第三人負責<sup>157</sup>，就應有理由酌採英美法理對代位求償模式加以改良。再者，大陸法系與英美法系此二種模式雖然看似屬於光譜之兩端，但在求償模式相對化的趨勢下，若能依據我國的本土環境，適當地加以融合，則未必不能整合出兼顧此兩大目的之綜合模式。由上可知，在我國的既有架構下，酌採英美法理對代位求償模式加以改良，應有其理論基礎。

<sup>157</sup> 此包含兩層面之意義：第一，使第三人負起應負之終局責任；第二，第三人所應承受之責任與程序負擔，也不應過度大於其原有之責任。

## (二)進一步的推論

如前所述，保險代位的主要目的在於避免被保險人雙重得利，以及使第三人負終局責任等。更重要的是，就前者而言，避免被保險人雙重得利，應該才是保險代位重要的設計目的，至於以何種方式達成此一目的，均應有討論之空間。換言之，只要能確保被保險人不雙重得利，吾人就非必須採行法定債權移轉理論不可。簡言之，保險代位的主要目的之一，應是在於確保損失填補原則，而不是法定債權移轉的架構；法定債權移轉的架構只是達成目的的方法之一，而不是目的本身。就宏觀面而言，保險代位之案型，屬於民法不真正連帶債務下的法律關係，關於不真正連帶債務利益的調整，手段也不僅止於法定權利移轉一種；只要能確保利益的調整，亦應非不可採取其他調整方式。

而在傳統英美法的架構下，在保險人理賠之後，被保險人雖仍為對第三人權利的形式上所有權人，但實質上之所有人為保險人。當保險人不行使代位權、被保險人取得對第三人之賠償時，該部分會成立優先權或是擬制信託，被保險人仍無法終局取得該利益。因此，不論是保險人行使對第三人的代位權與否，均能相當的使被保險人不致雙重得利。換言之，就確保損失填補原則的目的而言，英美保險代位理論在效果上雖不如法定債權移轉理論為快速、立即，但在終局結果上亦能有相似之效果。故就損失填補原則之目的而言，英美法之理論亦能予以達成。又就對第三人之求償而言，英美保險代位理論在外部求償上較可能增進求償之效率，因此就維持損失填補原則與追究第三人責任兩點，英美保險代位理論均能有效地達成。

更進一步而言，保險代位之設計目的既然在於維持損失填補原則，則只要能達成此一目的，即應非無其他設計之空間。換言之，

在損失填補原則的框架內，只要確保被保險人不會雙重得利，保險代位求償模式如何設計均應非法所不許。因此，即使保險人與被保險人就代位求償模式，例如，求償之數額、求償之名義等為特別之約定，只要無違損失填補原則，又不增加第三人之負擔，即應非法所不許。

### (三)由我國法之架構之觀察

我國目前係以法定債權移轉理論為保險代位求償的架構，如前所述，其優點固然在於保險人與被保險人法律關係獨立，但在外部關係上較無促進求償之機會。又法定債權移轉理論雖然看似清晰，但只要保險人無行使權利之誘因，保險代位之目的即無法完全達成。故在制度設計上，不應只著重於被保險人雙重得利之禁止，也應該注重對於第三人求償之效率。

一般而言，原保險人具有較大的求償能力，當其進行代位求償時，不論是其只就自己之部分（保險理賠部分）求償，或是就被保險人所有之損失一併求償，保險人同樣都必須就被保險人對第三人之權利加以證明、主張，兩者實無甚差別，只是前者的請求金額較大而已，對保險人而言負擔並不至於過大。更進一步來說，在保險人同意對關於被保險人之損失一併求償時，由於此舉使被保險人不需實際參與訴訟即可分配求償所得，對於被保險人應為有利，故亦能給予被保險人實際配合、積極協助保險人求償之誘因。相對地，在法定債權移轉理論之下，保險人與被保險人之權利既然相互獨立，在理論上施予被保險人配合協助保險人求償之義務固非不可；但既然兩者之權利已經獨立，被保險人是否有積極協助之誘因，值得懷疑。在英美法之架構下，保險人與被保險人並非只能相互獨立而互無關聯，而更能是一同求償之協力關係。因此，就外部而言，保險人之一併求償可促進對第三人主張權利之效率；就內部而言，

更可提供被保險人積極配合、協助求償之動機。因此，不論是從內部關係或是從外部關係而言，英美法架構對於保險人與被保險人之求償均能有所助益。

另外，值得注意的是，如認為我國保險代位應採英美法之制度，則隨之而來的問題，即為其他之民法上代位、不真正連帶債務下的求償關係，是否亦應改採英美法之制度？甚至我國民法之代位求償架構亦需改變？對此，本文初步認為，未來若能進一步研究，論證出英美代位體系確能適用於我國民法體系且效果較佳，則全面之變革亦應非不可。但就現階段而言，保險代位較有依據英美法架構加以修正之理由，至少有以下數點：

#### 1. 就保險制度之維持與增強而言

與民法上的其他代位求償權如清償代位、保證人代位等比較，在權利人取得權利後，是否行使權利，為其個人自由意志之選擇，結果亦由個人承擔，與他人較無關係。而保險，為危險共同團體承擔、分散風險之制度，其是否存在、效能是否能維持、增強，除與保險人有關以外，更與投保大眾、社會公益有重大關聯。經由前文之分析，英美保險代位制度對於權利的實行、求償的效果，應優於法定債權移轉理論。故酌採英美保險代位制度，應能有助於保險人請求權代位之行使，進而對於投保大眾、保險人，乃至於整個保險制度，均能有所裨益。相對地，民法上其他的代位求償關係、不真正連帶債務求償關係，此特性似較不如保險之明顯。

#### 2. 就當事人間之地位而言

就當事人間之關係而言，如前所述，在消費保險關係中，要保人或被保險人多為消費大眾、經濟上之弱者，亦較欠缺保險與法律方面的專業知識。相對地，保險人為具有較強經濟地位之商人，更具有一般投保大眾所欠缺的保險、法律專業能力。因此，由保險人一併求償，對保險人應不至負擔過重，也有利於弱勢之投保大眾。

此等特性，於民法上其他的求償關係，也未必具備。

另外，在海上保險、再保險等商人保險中，由於雙方均為具有相當專業與經濟地位之商人，其推理自與上述之消費保險不同。如同前文所述，在防止不當得利、雙重得利的原則下，請求權的賦予，或是權利的法定移轉，均是調整的方法之一，並無所謂絕對之優劣，充其量只是法定移轉對於當事人之干預效力最強而已。然而，在商人保險中，雙方均具有相當之專業，則是否有必要適用干預效力最強之法定移轉理論？應有再思量之空間。進一步而言，債權法定移轉之效果最強，但也較為僵化，較不利於當事人間之另行約定或安排，甚至會適用與解釋上的困難。此一缺失，在我國關於再保險與保險代位之適用問題中，實務與學說之爭議即可見之。反之，英美保險代位體系，正能妥適的與由原保險人一併求償再分配之國際慣例配合。因此，在商人保險中既應避免法律過度之干涉，另再慮及求償之效率，亦應值得考量英美法之體系。

再者，保險代位既然為不真正連帶債務下之案型之一，如保險代位之求償模式需要改革，則其他案型，例如，民法第七四九條、第二一八條之一等，是否亦有改革之必要？本文以為，未來如就其他案型加以整體考量之後，亦欲參酌英美法之精神對於其求償模式加以改進，此在立法政策上亦應非不許。但就現階段而言，保險代位至少較有依據英美架構加以改進之理由。簡言之，保險人之一般較具求償能力，英美法之外部求償效果，更能有助於其之發揮，亦能提供被保險人配合協助的誘因。再者，一般保險之交易屬於消費關係<sup>158</sup>，第二一八條之一之基本類型即未必具有此類關係。因此，就現階段而言，對於保險代位應有酌採英美法架構之理由；如

---

<sup>158</sup> 消費者保護法第2條：「……三、消費關係：指消費者與企業經營者間就商品或服務所發生之法律關係。」

其他代位、承受權未來在整體考量後，亦欲引進英美法之精神，亦為本文所樂見。

### 三、立法政策之選擇與配套措施

#### (一) 擬制信託或優先權

如前所述，雖然英美法上大致係以擬制信託搭配代位權之適用，但亦有判決主張此時應非成立擬制信託，而是以成立優先權處理此一問題。就根本而言，英美法上之所以對於採納擬制信託，或優先權的方式有不同意見，主要的疑慮就是信託的概念是否會賦予受託人過大的負擔。按因擬制信託為經法院判決而確認或成立，當事人間並無信託之意思，故除了返還該利益之外，不應課與過多之義務。而就本文對保險代位擬採取之「相對求償模式」而言，係以法定債權移轉理論之架構為原則，保險人與被保險人於保險人理賠前有所合意時，則可改英美法之制度，以進行對第三人之求償。並參酌英美法之精神。將擬制信託或優先權之理念，轉化為特殊法定信託的方式，規定於當保險人或被保險人取得超過自己應得部分之賠償時，即可成立法定信託<sup>159</sup>。因此，在本文所設計的模式下，既然已經有當事人的合意，則此合意應可作為信賴關係、受託人義務的法理基礎。如當事人間無意產生此類義務，則回歸法定債權移轉理論，各自求償即可。進一步而言，在保險代位中，一般認為被保險人須對保險人負擔許多義務，例如，協助、合作義務、不可妨礙保險人之代位權、須適時的權利為保全的必要措施、被保險人侵害保險人代位權時須負賠償責任或使保險人可扣減理賠等。上述種種義務，很多都可說是誠信原則、信賴關係、保險契約之後契約義

---

<sup>159</sup> 此請詳見後文之討論。

務等所衍生。在保險人或被保險人就全部損失一併求償時，如就應歸於他方之部分負有受託人義務，則除了使法律關係夠為明確、他方之權利更為鞏固，也較能與我國法之環境與信託法相配合。因此，在本文所設計的建議方式中，在當事人已經有合意的情形下，以法定信託之方式搭配代位求償，除了已經有法理基礎，更能進一步強化當事人間之關係，並促進求償之效率，應較值得考慮。

### (二)實體性擬制信託或救濟性擬制信託

如欲在保險代位中搭配擬制信託之適用，則應採取英國法之實體性制度，或是美國法救濟性制度？雖然英國法採取實體性的擬制信託制度，但其實際上其仍具有救濟的性質；換言之，不論是實體性或是救濟性的擬制信託，都有救濟的功能<sup>160</sup>。而在本文僅先將擬制信託引進代位求償架構的情形下，其實英國法實體性或美國法救濟性於此之關係即較小；但本文以為，此處應以較偏向英國法之解釋，較為符合我國之環境。為因應我國屬大陸法系、以成文法為原則之背景，故本文將以法定信託的方式，將英美法架構引進保險代位求償模式中。如此較適合我國之背景，亦能避免過於廣泛承認之疑慮。又就擬制信託成立之時間而言，本文既然欲以法律加以規定，而非由法官個案判斷決定，故應以英國法對成立時點之認定——當該觸發事實存在時，擬制信託即已成立，法院只是就此加以確認——較為適合，也與我國法之既有體系較為相符。

### (三)與我國法體系之相容性

#### 1. 訴訟信託之禁止

值得注意的是，如將信託概念引入我國保險代位體系，不論是

---

<sup>160</sup> 方雲，同註76，頁59-60。

將權利留於被保險人，由保險人取得受益權；或在保險人或被保險人一定取得所有賠償時，應歸於他方之部分成立擬制或法定信託，此時是否構成信託以訴訟為主要目的，因而有違反我國信託法之嫌？

按我國信託第五條為規定信託行為無效之情形，其中第三款為「三、以進行訴訟或訴訟為主要目的者。」亦即以進行訴訟或訴訟為主要目的之信託為無效。此即為禁止訴訟信託，其立法理由主要在於避免興訟或濫訴，而與信託制度的利益相違背<sup>161</sup>。惟事實上，訴訟信託所應禁止者，應限於利用訴訟信託謀求不當利益者，始有禁止之必要。訴訟權為我國憲法第十六條所保障的基本人權，國民以訴訟方式實現權利，本不得因其增加訟源、避免濫訴而否定之，且國民究選擇自己訴訟、委託他人代理訴訟或信託他人代理訴訟，應有其自由決定的權利，因此訴訟信託不宜全面否定之<sup>162</sup>。如我國消費者保護法第五十條，即規定符合一定要件下，允許以訴訟為目的之損害賠償請求權轉移，即可見之。

在英美法的保險代位架構下，不論是將形式上之權利留於被保險人、允許保險人或被保險人就全部損失一併求償，再就應歸於他方之部分成立擬制信託，其目的均為因應當事人之需要、訴訟名義之考量，或提升求償效率……等，而非以此使保險人或被保險人取得不當利益。況依據保險代位之法理，保險人最後所得之利益不得超過其理賠額度；被保險人所得之最後利益也不得超出其扣除理賠外的額度，因此亦無以訴訟信託牟取不當利益之疑慮。且就擬制信託之本旨而言，本即在於公平正義、調整不當得利，更與禁止訴訟信託的目的無違。因此，本文以為，信託法第五條第三款應不足以

---

<sup>161</sup> 王志誠，信託之基本法理，頁88，2005年11月。

<sup>162</sup> 同前註，頁88-89。



構成將擬制信託引進代位求償模式的障礙。

## 2. 消極信託之疑義

所謂消極信託（passive trust），指受託人對於信託財產不負積極管理或處分的義務。消極信託的受託人，僅為信託財產的形式上所有人（bare trustee）。學說上有認為此不符合我國信託法第一條「受託人依信託本旨管理或處分財產」之要件，故應非我國信託法上之信託類型，而應認為信託尚未成立<sup>163</sup>。簡言之，該見解之主要目的是為了避免假借信託之脫法行為。然而，英美擬制信託與意定信託並不相同，其並非基於當事人的意思，而是基於法院的判定所發生，且主要目的在於不當得利之調整，殊難想像當事人有利用此以形成脫法行為之空間。因此，擬制信託之目的、架構與功能均與意定信託有所不同，故亦應無消極信託禁止之問題；我國未來如欲引進擬制信託或類似的法定信託，亦當無庸對此加以顧慮。

## 3. 對我國不當得利以及民法體系之衝擊

值得注意的是，如欲全面的引進擬制信託，必須考慮對於我國不當得利，乃至於整個民法體系的衝擊。依據我國民法，不當得利為債之發生原因之一，亦即我國法對於不當得利之處理，係以債權之請求為原則。如全面引進擬制信託理論，由於受益人享有優先於受託人一般債權人之權利，將可能對該其他債權人之權利造成影響，使我國不當得利的處理模式定位更為模糊，進而使整體係受到影響。

但本文認為，在此處應無上述問題或顧慮。首先，本文只是先將擬制信託概念引進於代位案件中，可說只是將其引進作為保險代位中處理不當得利之方式之一，尚非全面加以引進；故其對於整體不當得利制度的衝擊而言，應屬有限。更重要的是，保險代位之本

---

<sup>163</sup> 王志誠，同註161，頁37。

質，在我國傳統學說下是屬於權利的法定移轉，與請求權讓與等其他機制相較，本屬於對當事人權利、法律關係干預較強的模式。以保險人理賠此一時間點來說，在被保險人取得保險理賠之後，就該額度的被保險人對第三人權利之經濟意義而言，被保險人的其他一般債權人本沒有對其主張之可能。而在擬制信託制度之下，名義上之權利雖存在被保險人，但受益人也享有優先於一般債權人之保障，亦即被保險人之普通債權人也無法就之取償。因此，在法定債權移轉理論的架構下，即使改採擬制信託理論，兩者在對第三人之效果上的差異並不大，也不至與我國不當得利之處理原則有所衝突。

#### 4. 在成文法系統的發揮空間

學說上對於擬制信託對於我國的引進，大致上採取相對肯定之見解，如認為此可使屬於大陸法系之我國，在救濟方面更為靈活完整。只是我國畢竟為成文法而非判例法之國家，法官造法之空間有限，亦無法官造法之慣例。亦即除非法院積極造法，否則擬制信託之使用必屬極度有限<sup>164</sup>。亦有學說認為，以立法的方式取代法官裁量，將擬制信託法定化，對於大陸法系的國家將較為可行<sup>165</sup>。就在保險代位求償架構中搭配擬制信託而言，此於英美法已行之多年，亦能收取促進求償之效果，也不至衝擊不當得利之體系。故若轉化以法定信託的方式，先將擬制信託引進保險代位中，如保險人就超過理賠部分之求償，或被保險人超過自己部分之求償，均會為被保險人或保險人之利益成立法定信託，則不但能使其積極發會效能於保險代位體系中，更能符合我國大陸法系，以成文法為主的特性。

<sup>164</sup> 方嘉麟，同註84，頁313。陳志妃，同註84，頁308-310。

<sup>165</sup> 唐義虎，信託財產權利研究，頁180，2005年6月。

#### 5. 其他相關之配套

如欲採行本文所規劃的模式，則除了修正保險法本文以外，對於相關之法律，也必須一併考慮。就我國信託法第一條而言，其意涵尚不及於英美法之擬制信託。因此，或可以特別法規定之方式，於保險法中規定，法定信託可準用信託法之相關規定，使得當保險人或被保險人就超出自己應得之部分求償時，就超出之部分，於未移轉之前，視為為被保險人或保險人之利益成立法定信託，如此並可保留實務未來之發展空間。

### 四、本文見解之提出——保險代位求償模式相對論

由前文之討論可知，就大陸法系而言，其最大的優點在於保險人與被保險人之間利益分殊，各自行使權利，也不互相影響，亦即在內部關係上享有較高的獨立性，但如此也較無在外部關係上追求一併求償綜效之機會。大陸法系制度，在保險人與被保險人之間對求償無共識，甚至存有爭議時，其內部關係分明之特色與優點最能發揮。而就英美法系而言，不論是英國法或是美國法，藉由求償名義的調整，可以在外部求償關係上享有較多的彈性與一併求償的機會，並可減輕第三人之訟累。而其雙軌的求償結構，也較為彈性、較能符合當事人之需要。惟為達成此一目的，勢必須在內部關係為一定程度的融合（如以被保險人名義求償、訴訟強制參加等），也因而內部的獨立性不如法定債權移轉理論。當保險人與被保險人就一併求償、求償之名義等有所共識、同意時，最能將英美法促進求償效率之效果充分發揮。又本文以為，如欲對我國保險代位求償模式加以改良，全盤的改採傳統英美法、特別是英國法的架構，在實行上可能有較高之難度。在法定債權的移轉的基礎上，酌採英美法系的優點，嘗試揉合兩大法系之特點，或許不但能兼收其長處，亦能減輕對我國法制的變動風險。關於保險代位的求償模式，雖然可

以分為大陸法系與英美法系兩大系統，但在實務需要與歷史發展下，兩者亦似非絕對的壁壘分明。傳統英美法透過約定讓與，保險人也可以自己名義求償；大陸法系透過受權或是權利的再移轉，也可由被保險人向第三人求償。此正如英美法所強調的，代位並不是固定而無彈性的法則<sup>166</sup>；學者亦肯認，因應不同個案事實，代位權可能有不同之特徵<sup>167</sup>。由本文對於各國發展之整理，亦可知保險代位求償模式並非絕對，而是呈現相對化發展的態樣。

總結本文之討論、各國保險代位求償模式的發展，兼顧我國法之背景，本文以為，應以法定債權移轉理論為我國保險代位之基調，再將傳統英美法之架構，於保險法中明文規定。使得在保險人與被保險人在保險理賠之前有所約定時，可選擇以英美法的模式——保險人可以主導求償（以被保險人名義）後再分配於被保險人，或由被保險人主導求償後再分配於保險人，以進行對第三人之求償。在前者，如保險人取得全部利益時，應歸於被保險人之部分受有法定信託之保護；在後者，被保險人求償後就歸於保險人之部分亦應予移轉，該部分亦受有法定信託之保護。更進一步而言，保險代位之本旨在於落實損失填補原則、追究第三人之責任等，只要能符合上述目的，保險人與被保險人也可任意約定、組合各種代位求償模式。當保險人與被保險人未為約定，或無法達成協議時，則回歸現行法定債權移轉理論之體系，各自以自己名義就自己之部分求償。此一架構，可再詳細說明如下：

---

<sup>166</sup> 83 C.J.S. *Subrogation* § 8. *American Surety Co. of New York v. Bethlehem Nat. Bank of Bethlehem, Pa.*, 116 F.2d 75 (C.C.A. 3d Cir. 1940). *Calvert Fire Ins. Co. v. James*, 236 S.C. 431, 114 S.E.2d 832, 92 A.L.R.2d 97 (1960).

<sup>167</sup> 參照楊淑文教授於民法研究會第22次研討會之發言，黃麟倫，代位清償制度之意義與機能，載：民法研究會實錄——民法研究(6)，頁128-129，2003年10月。

### (一)符合我國法之體系、並能發揮法定債權移轉理論之優點

以法定債權移轉理論為原則，可以避免對我國法體系過大幅度的修改與衝擊。又法定債權移轉理論最大之優點在於內部關係獨立，當保險人與被保險人就一併求償之數額、求償之名義、程序主導權等無法達成協議時，自無庸因循英美法在內部關係的爭論，以回歸法定債權移轉理論的方式，充分發揮其內部關係獨立之特色，使保險人與被保險人可以就自己之部分各自進行求償，如此對於無法達成協議之當事人應較為有利。

### (二)能發揮英美法模式之優點

當保險人與被保險人對於求償有所共識時，英美法一併求償之效果也在此時最能發揮。故此時可依照英美法之模式，由保險人或被保險人一併求償後，再分配於他方。對於進行求償之一方而言，其主張自己部分之損失、或是主張全部之損失，其原因事實均屬相同，並不至於過度增加其訴訟上之負擔<sup>168</sup>。對於他方而言，無庸自己參加訴訟，對其亦為有利，且如此更能有積極協助、配合求償之具體誘因。因此，對於保險人與被保險人而言，均應屬有利。

詳言之，一般而言，被保險人向保險人之求償，應會較向造成損失第三人之求償為容易。但此並非可一概而論，如學說上也認為，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<sup>169</sup>。在我國的傳統見解下，如被保險人向第三人求償時，學說上一般將此視為妨礙代位的態樣，保險人可向

<sup>168</sup> 當然，如果其認為負擔過大，依照本文之架構，則仍可回歸法定債權移轉模式，而僅就自己之部分進行求償即可。

<sup>169</sup> 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。

被保險人求償、或減輕理賠責任。雖然依我國民法之規定，被保險人本來就可向第三人求償，但在英美法雙軌之保險代位求償體系之下，被保險人之權利將更為明確、具有積極意義。在本文的模式下，當事人可依同意採取英美法之架構，既然有當事人間之同意<sup>170</sup>，則英美法雙軌體系<sup>171</sup>之優點亦最能發揮，其彈性之特點對於保險人或被保險人而言均應屬有利。

值得注意的是，自民法之角度而言，保險屬於廣義的擔保契約，亦屬於有因契約。「有因」係指必須有一典型交易目的，其存否將影響契約之效力。在保險關係中，如果被保險人先向第三人取得賠償，由於被保險人之損失已得到彌補，將導致保險人對被保險人理賠關係之原因消滅，保險人即無庸再對被保險人給付。也因此，即使欲就英美法消極（被動）代位之架構加以引進，如果被保險人於保險理賠之前，已經向第三人取得全部之賠償，則應可認為保險人給付保險金之義務已經失去法律上之原因，而無使保險人再向被保險人理賠、又再請求分配被保險人對第三人求償所得之必要<sup>172</sup>。但如果是在保險人理賠之後，保險人之代位權可謂已然確立，故由被保險人一併求償後，再分配於保險人之架構即仍可運作。

---

<sup>170</sup> 同樣地，如果無法達成協議，則仍可回歸法定債權移轉理論，各自進行求償。

<sup>171</sup> 又例如，Minnesota之勞工補償法 § 176.061，即將英美法之雙軌求償體系發揮的淋漓盡致，更明文規定多樣的救濟選擇（Election of remedies）。其規定勞工（被保險人）可以向造成損失者，或是雇主（保險人）擇一請求賠償，但不可兼得。該條並對後續的承續進行、分配有詳細的規定。在求償名義方面，其也規定可以保險人自己的名義，或以被保險人的名義，或是以代表特定補償基金之律師之名義等進行求償。

<sup>172</sup> 另外，如保險人仍為全部之保險給付See M.S.A § 176.061，則仍可能有上述或不當得利之問題。

### (三)特殊法定信託之引進

在英美保險代位體系中，擬制信託或優先權為具有相當重要性之地位。故我國如欲引進英美法之代位架構，自不應遺漏擬類似之設計。首先，就優先權之設計而言，其於我國民事法較為常見<sup>173</sup>，引進的變動成本也最小。惟如前文所述，優先權與擬制信託雖然都能有優先於一般債權受償之效果，但就信託形式所有與實質所有分離的架構，則為優先權所無。又在傳統英美保險代位理論，由保險人以被保險人名義進行求償之架構，信託之結構也較能對其加以解釋（就對於第三人之權利，保險人為實質所有人，被保險人為形式上所有權人，故求償須由被保險人為之，或由保險人以被保險人名義為之）。因此，我國如欲引進英美保險代位理論之架構，似以搭配擬制信託較為妥適。

又如前為對於擬制信託之討論，全面引進擬制信託固非不可，但對我國既有法體系衝擊較大，又我國並無法官造法之慣例，其效果亦有待評估。而擬制信託之概念，於英美法在保險代位中的適用可謂已經被大致接受，故我國在引進相關概念時，現階段即無庸就整個擬制信託制度加以移植，只要在保險代位案件中，將擬制信託轉換為法定信託，加以繼受即可。如此不但變動成本較小，又可收取信託效力對於代位求償之裨益，對於我國應較為適合。得注意的是，依英美保險代位理論，在擬制信託的效果下，保險人或被保險人對於自己應得之部分為信託之受益人，除可就該部分受償以外，更具有優先於其他債權之效力。由於其效力可能影響其他債權人，故應已超過保險人與被保險人當事人意思自治所能包含之範圍。擬制信託於英美法有長久之歷史，學說上雖多肯認可嘗試引進此一概念，但如以法律明定的方式，轉化為法定信託的態樣之一，則較無

<sup>173</sup> 詳可參照黃健彰，同註92，頁177以下之整理。

疑義，也較符合我國屬於成文法國家之背景。因此，由於法定信託可能會影響第三債權人之權利，以及為使信託概念明文具體化，故應以法律明文規定之。換言之，應在保險法中明文規定英美保險代位運作模式之內涵，以作為當事人選擇的選擇。一來作為可能影響他人債權之法源基礎；二來更可使初接觸英美代位理念的我國更容易掌握其概念。故當當事人選擇以英美法之架構，而由一方先就所有損失一併求償時，應歸於他方之部分<sup>174</sup>則會成立以其為受益人之特殊法定信託，俾使法律係更為明確，並加強保護。

#### ④特約應於保險人理賠前為之

又如前文對於大陸學說之檢討，關於求償名義等純粹的選擇模式，在當事人未達合意而選擇之前，法律關係如何定性？在認定上實屬不易。相對地，在本文的模式下，以法定移轉理論為基調，則可有助於法律關係的清晰與安定。只要保險人與被保險人未達成合意，實體法律關係仍依照債權法定移轉進行。而為使法律關係清晰明確，當事人為英美法代位架構之約定，應以在理賠完成前為限。申言之，如果將保險代位定性為一保險法上的特殊權利，當保險人

---

<sup>174</sup> 值得注意的是，當保險人與被保險人均可向第三人求償，而第三人資力不足時，即為保險人與被保險人之間受償順序之問題。此時依照不同的分配方式，可能會影響保險人與被保險人之應得部分。惟被保險人優先受償模式並非絕對不可撼動之法則，如依照學說之建議——被保險人優先說可以法律特別規定、或當事人特別約定而改變（請參照陳俊元、陳志詳，論保險代位之被保險人優先受償模式（下），政大法學評論，107期，頁152-154，2009年2月。）則此時成立法定信託之「應得部分」，自亦應以依據本模式確定之數額為準。英美法之擬制信託，雖然是基於衡平法理、調整不當得利的救濟，惟該不當得利是否構成、自己與他人之應得部分應如何界定，似不應排除當事人合法約定之影響。又本文係將擬制信託轉化為特殊法定信託，故當更無此一顧慮也。



與被保險人，在保險人理賠之前已經對於求償模式有所協議時，則可解釋為已以約定預先排除權利法定移轉之效果，依照傳統英美法（實質權利屬於保險人、形式權利屬於被保險人）之架構以界定當事人間之法律關係。如果是依我國既有之民法體系為解釋，或在理賠後方達成協議，則應解釋為保險人先因理賠法定取得權利之後，再與被保險人為授權或轉讓之協議。如此即較能避免大陸學說，雖使保險人可以選擇求償名義，但其內部關係似為不明之困境<sup>175</sup>。

<sup>175</sup> 必須強調的是，如果當事人於理賠後方為協議，則當然亦可約定如英美法效果的求償方式，只是過程有所不同。詳言之，依本文見解，於保險人理賠之前（即保險代位產生前），當事人可以約定欲進行的代位求償模式，以排除法定債之移轉之效果。至於在保險人理賠之後，權利已經法定移轉，當事人當然可以為以被保險人名義求償之約定。只是此時在解釋上就不是法定債權移轉的預先排除，而是保險人法定移轉取得權利之後，再所為之處分。換言之，不論當事人於理賠前或理賠後為求償模式的約定，均能有相同之求償效果，只是過程有所不同（詳見後文）。另一個問題在於，在本文引進法定信託的建議下，先於理賠之協議，以及後於理賠之協議，是否均受法定信託之保護？本文以為，「應於保險人理賠之前為之」此一限制，另一目的即在於漸進的引入法定信託。如本文所述，我國過去未有英美法之擬制信託，又其效力可能涉及其他第三人，故於引進時當宜謹慎。依照本文之長期建議（詳見後文），保險代位權為保險人的資格或權能，原則上可法定移轉取得被保險人之權利，有特殊約定時從其約定。如雙方於理賠之前已經協議依照英美法模式進行求償，則保險人尚未取得被保險人對第三人之權利，且由保險人以被保險人名義進行求償，對保險人與被保險人而言權利都尚未落實，故有以法定信託加以保護之必要。然而，理賠後方為之協議，由於權利已經法定移轉，即為有權利人之處分，而與一般權利人行使權利之情形相同。當然，在英美法下，只要違背正義而受有利益，即能考量成立擬制信託。但由於全面引入法定或擬制信託，涉及層面甚廣，有待整體評估。因此，本文擬先採取逐步引進之方式。如當事人欲以英美法的方式求償並受法定信託之保護，則應於理賠前完成協議。若是在理賠後方為協議，當然亦能約定為如定英美法效果的求償模式，但現階段似宜暫緩賦予信託之效果，否則將幾乎等於全面引進法定或擬制信託。待未來環境較為成熟，或立法政策欲全面引進時，再考慮當事人於理賠後為求償模式之協議時，是否亦賦予該保護。對此可詳

#### (五)現階段特約應以特定、具體之方式為之

如依照本文之見解，關於保險代位求償模式，可依保險人與被保險人之約定為之。惟代位求償權之行使，對於保險人與被保險人而言均為重要；如保險人仗其經濟實力，預先以定性化契約等方式制訂相當條款，則可能對於被保險人不利。對此本文以為，保護被保險人為保險法目的之一，為避免被保險人受到不測之損害，現階段關於代位求償模式的約定，應以特定、具體之方式為之。否則，即應回歸本文模式之原則——法定債權移轉理論，由保險人與被保險人就各自之部分進行求償。由於本文係以法定債權移轉理論為原則，故不論是有協議不成、保險人以定型化契約制訂相關條款、條款意義不明，或條款違反合理期待原則等情形時，即應回歸法定移轉理論，使被保險人就自己之部分能主導進行求償，以給予基本之保障。惟待日後此一模式運作較為成熟後，則可考慮放寬此一要件，乃屬當然。

#### (六)與現行債權讓與通知之搭配適用

在我國目前的多數見解之下，保險人在法定取得權利之後，仍有民法第二九七條第一項之適用。雖然此一見解在學界固非無異見，但此仍為目前多數實務見解所採。在本文的模式下，亦能與現行的架構配合適用。申言之，如果當事人依照既有的法定債權移轉架構，則應依據我國現行多數見解，保險人仍須對第三人為通知。如果當事人協議採取傳統英美法之求償模式時，不論是由保險人主導或是由被保險人主導，均是以被保險人之名義地位進行求償，而與被保險人親自進行求償相同，並無債之主體變動，也因此沒有須再對第三人為債權通知之問題。如果是由保險人與被保險人所約定

---

見後文之討論。

的其他求償模式，則同樣依照我國法的通說見解，若涉及權利轉讓，並由受讓人向第三人求償時，則仍須為對第三人通知<sup>176</sup>。

#### (七)與我國民法體系之配合與解釋方向

在本文之當事人約定，由保險人以被保險人名義一併求償、或由被保險人以自己名義一併求償時，此時之法律關係為何？再者，在本文當事人之約定，由保險人一併求償，或由被保險人一併求償時，身為債務人之第三人究應以何人為給付之對象？換言之，對於第三人之債權，有受領權之人究竟為何人？申言之，債權必須經有受領權人之受領後，方能發生清償之效力。如在英美法係之架構下，第三人可能向被保險人給付，或是向以被保險人名義、實際進行求償之保險人給付，則第三人債務之清償對象究應如何認定？另外，在民事訴訟上，訴訟之當事人、訴之聲明、訴訟之進行等，應如何加以認定、進行？此等均有加以釐清之必要。對此本文以為，可分為長期之立法政策，以及依據現在民法體系為解釋兩種方向。可分述如下：

1. 就未來之立法政策而言，或可將保險代位解釋為一保險法之特別之規定，保險人所取得者，為一資格或權能。基於此一資格或權能，保險人可以法定取得被保險人之權利，或是選擇合意以英美法之方式進行、或是可再約定為其他模式。在後二者之情形，保險人之此一資格或權能即為此法律關係之基礎，只是其行使型態與我國傳統民法之各種權利有所不同，而為保險法上之特殊權利而已。也因此，當被保險人一併求償後再分配於保險人時，此一資格或權能即為保險人取得該利益的法律上原因。

---

<sup>176</sup> 但就長期而言，可考慮以債務人之知悉與否為準，而通知只是證明方式之一種。

此時對於第三人之債務關係，有權受領給付之人為何者？如約定為英美法之方式進行，依照英美法架構之原意，保險人並未介入被保險人與第三人間之法律關係，第三人之債權人仍為被保險人，這也是英美法代位特色之所在。依此，就被保險人與第三人之法律關係，對第三人之債權有受領權之人仍為被保險人，只是該利益終局應歸屬於保險人。保險人如以被保險人之名義受領第三人之給付時，等同於第三人對於被保險人之給付，故第三人之債務會消滅。而在有自負額等之情形，而保險人與被保險人均應享有部分終局利益時，於保險人受領全部賠償之後，則可類推適用民法第五四一條關於移轉利益等之規定，使保險人將應歸於被保險人之利益交付於被保險人。而在訴訟進行上，則或可比照我國民法第二四二條之行使方式，亦即訴訟當事人仍為債權人——即被保險人，但可聲明由保險人代為受領即可。

2. 在現行法下，亦可基於我國法定債權移轉的架構，作為本文模式於法律上的基礎與原因。申言之，上述的各種求償方式之約定，就是在法定債權移轉理論的架構上，當保險人法定取得權利後，與擁有剩餘權利的被保險人，基於其等意思所為之約定。保險人與被保險人既然為權利之所有人，則欲對該權利如何處分、約定求償方式，只要無違其他法律規範，均無不許之理。至於其於我國現行民法上之定位，可以依其特徵適用或類推適用民法債編各種之債之規定、或依據無名契約之處理方式為之。

詳言之，在一般有自負額等之情形，保險人僅就理賠之額度法定取得被保險人之權利，此時保險人與被保險人均有可對第三人行使之部分權利。保險人既然法定取得權利，被保險人亦有剩餘之部分權利之所有權，則其等欲對該權利如何加以行使、處分，只要無違反公序良俗等其他問題，自然應當有效。首先，如保險人與被保險人約定，由被保險人就所有損失向第三人求償，此時可解釋為：

就應歸於被保險人自己之部分，被保險人本為該部分權利之所有人，被保險人當人可以自己名義向第三人求償。保險人之部分，為保險人將該權利再次移轉於被保險人，並附有當求償完成時需將其再次轉讓之特約。亦有委任之關係存在，被保險人須就該部分一併向第三人求償。故就應歸於保險人之部分，在效果上即可由被保險人以被保險人之名義進行求償。因此，即可有如英美法架構下，由被保險人主導，以被保險人之名義，就所有損失向第三人求償之效果。此時對於第三人之債務關係，有權受領給付之人為被保險人；只是被保險人須將應歸於保險人之部分，在求償後依內部委任之法律關係，移轉於保險人。同樣地，在訴訟法上，訴之聲明與訴訟上之進行，當均應以被保險人為當事人，自不待言。

再者，如保險人與被保險人約定為，由保險人主導，以被保險人之名義，就所有損失向第三人求償，此時可解釋為：就應歸於被保險人之部分，為被保險人與保險人成立內部為委任、外部為代理之法律關係，使保險人得以被保險人之名義向第三人求償；並在求償後依據委任關係將利益移轉於被保險人。就應歸於保險人自己之部分，保險人既然已經因理賠而法定取得權利，故當可就該部分為任意之處分約定。故可解釋為與被保險人間成立附特約之讓與、委任與代理之關係。亦即保險人先將自己的權利移轉於被保險人，並成立委任與代理，故保險人即可以自己之名義行使該權利。而該權利讓與附有在求償完成後，被保險人須將該權利移轉之特約；故當保險人以被保險人之名義求償完成、並依據委任關係交付利益於被保險人後，被保險人仍再須將利益移轉於保險人。如此一來，保險人即可以被保險人之名義，就所有損失一併向第三人求償，而與英美法架構有相似之效果。此時對於第三人之債務關係，有權受領給付之人為保險人；只是保險人須將應歸於被保險人之部分，在求償後依內部委任之法律關係，移轉於被保險人。同樣地，在訴訟法

上，訴之聲明與訴訟上之進行，即當以保險人為當事人。

#### (八)當事人之更為其他約定與特殊法定信託之問題

須再次強調的是，保險代位制度所欲保障者，為保險法上禁止被保險人雙重得利、使第三人負終局責任等之價值，而法定的權利移轉僅屬方式之一。換言之，法定的權利移轉只是一種手段，而非目的。又即使認為保險人係法定取得權利，其仍可以拋棄，或再將其贈與；故基於舉重明輕之法理，保險人與被保險人在不致被保險人雙重得利的範圍內<sup>177</sup>，對於代位求償模式為各種約定，應無不可之理。總之，代位求償模式，可根據當事人間的需要，任意為各種約定、組合；至於該法律關係為何，則可以現行民法，或認為屬無名契約而依其性質就類似之債各類型加以定性。例如實務上具有英美法色彩的約款：「要保人、被保險人或其他有保險賠償請求權之人，應協助本公司進行代位權利有關之蒐集人證、物證或出庭作證，提供相關之資料及文書證件。必要時，並得以要保人、被保險人或其他有保險賠償請求權之人之名義，行使代位求償權。」即應可認為當事人之另行約定有效。又如保險人與被保險人事前約定改採請求權讓與之方式，排除既定的法定債權移轉模式，亦應無不可。又如保險人與被保險人約定，希望由被保險人主導、以保險人之名義進行求償時，依本文見解亦應加以准許。而其間之法律關係應如何加以定性，則同樣可依照法定移轉理論，以及適用或類推適用民法之相關規定。此時就應歸於保險人之部分，為委任與代理之

---

<sup>177</sup> 此為就保險代位制度之意旨而言，按因避免被保險人雙重得利為保險代位最原始的目的之一。但值得注意的是，但如在保險人與被保險人有特定之約定，使被保險人所得利益超出其損失時，該約定恐非當然無效。基於當事人意思自由原則，該約定類似於保險人對自己權利之放棄，依民法意思自由之原則，該約定應該有效。

關係；就應歸於被保險人之部分，則為附條件讓與、委任與代理之關係。

不過，值得注意的是，在英美法架構擬制信託具有重要地位，又其可能影響他人之權利；故本文即擬於保險法中明文規定搭配法定信託之英美法架構，以供當事人選擇。但是，如果保險人與被保險人並非採取本文所預設、法定的英美法模式，而係約定其他類型的求償方式，則此約定依據本文見解固然仍具效力，但其即使亦有一併求償效果，此仍無法定信託之適用。正因法定信託可能涉及其他債權人之權利，故必須以審慎之態度為之，這也正是本文以法律規定賦予其法源基礎之原因之一。如當事人之間依據個別之需求，對於代位求償模式加以特別約定，則基於私法自治、促進求償之立場，應予允許；但法定信託在我國現階段似暫不宜全面適用，故就其特別約定之模式仍無法適用法定信託之保障。例如，保險人與被保險人約定採取請求權讓與的模式，並可由保險人以自己名義一併求償，此約定依據本文見解，應為可有效排除既定的法定債權移轉模式，但就應歸於被保險人之部分，即應暫不給予法定信託之保障。如未來我國欲進一步的引進法定或擬制信託，或對於英美法之繼受已經較為成熟，則當可考慮擴大適用；但就現階段而言，仍應以適用於既定、發展較為成熟之英美代位求償模式為妥。

綜上所述，我國現行保險代位之架構為法定債權移轉理論，其優點在於保險人與被保險人間利益分殊、法律關係相互獨立。而英美法之優點在於外部求償較有效率，此點應值得我國加以參考。在具體的引進方式上，由於我國法定債權移轉理論之架構沿用已久，如欲全盤廢棄改採英美法之理論，一來變動不可謂不大，二來一般之接受度亦恐有問題。再者，英美法代位體系之可能之缺點，在於保險人與被保險人之間存有爭議之風險。如能在法定債權移轉的基礎上，引進英美法之概念，例如，原則上仍以法定債權移轉理論為

基調，在保險人與被保險人同意時可改採英美法之架構，如此即可巧妙的避免英美法架構內部爭議的風險。詳言之，英美法一併求償之效果，在保險人與被保險人能相互合作時，最能發揮；而在保險人與被保險人就分配數額、程序主導權等無法達成共識時，有產生爭議之風險，而此時亦正是法定債權移轉理論當事人法律關係較為獨立所能彰顯之所在。如果先以法定債權移轉理論為原則，在當事人同意時可改採英美法之制度——則在保險人與被保險人意見一致時，可依據英美法之架構由一方就全部損失求償，將英美法的優點充分發揮；當保險人與被保險人無法達成協議時，則回歸內部關係較獨立的法定債權移轉模式，發揮其獨立性之特點，使保險人與被保險人可保有就各自部分求償之獨立性，而避免英美法架構內部的可能風險。如此之方式除能充分發揮法定債權移轉理論與英美保險代位體系的優點、並避免其缺點；且相較於全面的改採英美法系，變動成本亦較小。因此，本文以為，以我國既有之法定債權移轉理論為原則，在保險人與被保險人同意時，可改採英美法之架構進行求償，應為現階段較適合我國的方案。本文暫將此模式稱為「保險代位求償模式相對論」，以與前述各國保險代位求償模式相對化之趨勢呼應。並再將本模式之三階段判斷敘述、繪圖如後，以資明確。



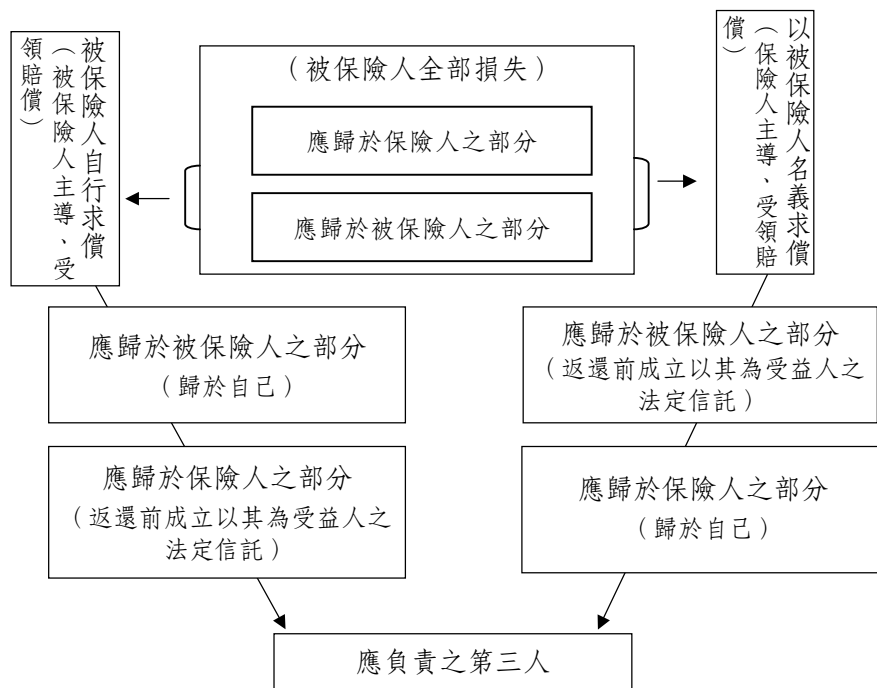
(九)小結：保險代位相對論——三階段之求償架構<sup>178</sup>

1. 第一階段：原則上以法定債權移轉理論為預設之架構求償。
2. 第二階段：在另有特定具體約定時，可以下列方式進行求償。
  - (1) 保險人可以被保險人之名義，就被保險人之全部損失主導求償就應歸於被保險人之部分，成立以被保險人為受益人的法定信託。
  - (2) 被保險人可以自己名義，就全部之損失向第三人主導求償就應歸於保險人之部分，成立以保險人為受益人的法定信託。
  - (3) 此約定應以特定具體之方式，於保險理賠前為之，方為有效。
3. 第三階段：在另有特定具體約定時，亦可依照當事人協議之方式進行求償。

---

<sup>178</sup> 本文之建議架構，在於除法定債權移轉之原則外，當事人有約定時從其約定。但此係以法定債權移轉為基礎模式。詳言之，在當事人有特別約定時，即可預先排除法定債權移轉。惟當事人無特別約定，或其約定顯失公平、違反合理期待原則，或未以特定具體之方式為之等情形時，仍有法定移轉理論之適用。亦即以法定移轉理論為基礎，以避免法律關係懸而未決。故本文所謂「三階段理論」之以法定債權移轉為第一階段，即在於彰顯此一理念，併予說明。

圖五：保險代位相對論中第二階段之法律關係



## 伍、結論與建議

總結上述之討論，雖然我國通說對於保險代位採取法定權利移轉理論，而與英美法之理論有相當之差異；但本文以為，保險代位求償模式並非絕對的一成不變，而事實上已經呈現相對化的態樣。對於我國法而言，就近程方面，當應釐清法規與保單條款用語，明辨大陸法系與英美法系之不同並避免誤解。就長期而言，則或可考慮就我國民商法體系上之代位加以重新思考規劃。就中程而言，對於保險代位之求償模式，於立法上或可考量本文提出之保險代位求償模式相對論，以三階段就界定對第三人之求償方式：首先以法定債權移轉理論為原則，再者保險人與被保險人亦得約定以英美法之

代位求償架構進行求償，其等也更可任意協議、組合特殊之方式或名義，以進行求償。為使法律關係明確，並保護被保險人，現階段該約定應於理賠前，以個別磋商之方式為之。茲就草擬建議條文如下，以供參酌：

建議修正條文	修正理由
<p>保險法第五十三條</p> <p>除有符合第二、三項之約定外，被保險人因保險人應負保險責任之損失發生，而對於第三人有權利者，保險人於提供損害保險給付後，就理賠之範圍承受被保險人對於第三人之權利。</p> <p>保險人與被保險人，得約定由保險人以被保險人名義、或由被保險人向第三人求償之後，再將應歸於他方之部分返還；於返還之前，該部分成立以他方為受益人之法定信託。如保險人與被保險人關於對第三人之求償方式有其他之約定，從其約定。</p> <p>前項之約定，應於保險人理賠之前，以個別磋商之方式為之。</p> <p>第二項之法定信託，準用信託法之相關規定。</p>	<p>依據本文見解，應以法定債權移轉理論為保險代位求償的預設模式，故於本條第一項揭示此一主旨。又為使法定債權移轉之意涵更為清晰，爰依民法第三一二條、第七四九條等之修正，以「承受」取代「代位」，以資明確。又保險人與被保險人應可約定採取英美保險代位求償模式，但由於其含有法定信託之設計而可能影響第三人之權利，故對於英美法之模式加以明文規定，以供保險人與被保險人選擇。再者，如保險人與被保險人對於求償模式再為其他之特殊的約定，則亦無不可，爰予以明文承認。又為了確保被保險人之權利，現階段應以特定具體之個別磋商為之，否則即為無效，而應回歸法定債權移轉模式。關於法定信託，依據我國之環境，先規定為可準用信託法之相關規定，並保留實務發展之空間，再依未來之發展定其細節。</p>

## 參考文獻

### 一、中文

1. 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109-125，1993。  
Yin, Chang-Hua, A Improving Proposal of Insurance Subrogation, Insurance Monograph, no. 32, pp. 109-125, 1993.
2. 薛波主編，元照英美法辭典，2003。  
Xue, Po, English-Chinese Dictionary of Angle-American Law, 2003.
3. 方雲，擬制信託研究——一種完善我國民事救濟制度的思路，中國政法大學碩士論文，2007。  
Fang, Yun, A Study on Constructive Trust, Master Thesis of China University of Political Science and Law, 2007.
4. 方嘉麟，信託法之理論與實務，1996。  
Fang, Chia-Lin, Theory and Practice of Trust Law, 1996.
5. 王志誠，信託之基本法理，2005。  
Wang, Chih-Cheng, The Principles of Trust Law, 2005.
6. 王志誠，信託法，2008。  
Wang, Chih-Cheng, Trust Law, 2008.
7. 江朝國，論保險人代位權之本質，月旦法學雜誌，159期，頁131-147，2008。  
Chiang, Chao-Kuo, A Study on the Nature of Insurance Subrogation, Taiwan Law Review, no. 159, pp. 131-147, 2008.
8. 何孝元，中國債法與英美契約法之比較，1965。  
Ho, Hsiao-Yuan, A Comparative Study on the Law of Obligations in China and Contract Law in Common Law, 1965.
9. 何寶玉，英國合同法，1999。  
He, Bao-Yu, Contract Law, 1999.

10. 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107-115，1985。  
Li, Yi-Jen, A study on the Nature of Insurance subrogation through Judicial Decisions, Insurance Quarterly, no. 54, pp. 107-115, 1985.
11. 沈達明，衡平法初論，1997。  
Chen, Da-Ming, Equity Law, 1997.
12. 於海湧，絕對物權行為理論與物權法律制度研究，2006。  
Yu, Hai-Yong, A Study on the Theory of Absolute Real Right Act and the Law of Real Right, 2006.
13. 明力、郝勇、劉利會，論海上保險人代位求償權的行使，交通科技，1期，頁120-122，2005。  
Ming, Li, Hao, Yong, Liu, Li-Hui, A Study on the Subrogation in Marine Insurance, Sci. & Tech., information of Water Transportation, no. 1, pp. 120-122, 2005.
14. 林威，試論我國海上保險人代位求償權的行使名義，中國海商法年刊，10期，頁129-140，1999。  
Lin, Wei, The Name for Exercising the Rights of Subrogation in Marine Insurance in China, Annual of China Maritime Law, no. 10, pp. 129-140, 1999.
15. 林勳發、陳俊元，阿基里斯的腳跟？——保險代位求償模式之檢討與展望，月旦法學雜誌，173期，頁154-177，2009。  
Lin, Hsin-Fa and Chen, Chun-Yuan, Achilles' Heel?—Review and Prospect of Insurance Subrogation in Taiwan, Taiwan Law Review, no. 173, pp. 154-177, 2009.
16. 施文森，代位權之研究，載：陳繼堯教授退休紀念論文集：二十一世紀保險的前瞻，頁901-943，1997。  
Shih, Wen-Sen, A Study on Subrogation, in A Collection of Academic Papers Dedicated in the Honor of Prof. Chi-Yao, Chen: A Prospect of Insurance Issues in 21th Century, pp. 901-943, 1997.
17. 施文森，論損害填補與代位求償（下），法官協會雜誌，6卷2期，頁208-242，2004。  
Shih, Wen-Sen, A Study on Indemnity and Subrogation (2), Journal of Judges Association, no. 6(2), pp. 208-242, 2004.

18. 唐義虎，信託財產權利研究，2005。  
Tang, Yi-Hu, A Study of Property Trust, 2005.
19. 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27-35，1993。  
Hsu, Tung-Sheng, A Study on the Name of Exercising Insurance Subrogation, FT Law Review, no. 72, pp. 27-35, 1993.
20. 邢建東，衡平法的推定信託研究——另一類的物權性救濟，2007。  
Hsing, Chien-Tung, A Study on Constructive Trust in Equity Law, 2007.
21. 張天民，失去衡平法的信託：信託觀念的擴張與中國信託法的機遇和挑戰，2004。  
Zhang, Tian-Min, Trusts without Equity: Expansion of the Notion of Trust and the Future Opportunities and Challenges for China's Trust Law, 2004.
22. 陳志妃，擬制信託制度之比較研究，東吳大學法律研究所碩士論文，1984。  
Chen, Zhi-Fei, A Comparative Study of Constructive Trust, Master Thesis of Soochow University, 1984.
23. 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。  
Chen, Chun-Yuan, A Re-examination of the Nature of Insurers' Rights of Subrogation in Taiwan, Chengchi Law Review, no. 90, pp. 229-300, 2006.
24. 陳俊元、陳志詳，論保險代位之被保險人優先受償模式（下），政大法學評論，107期，頁129-164，2009。  
Chen, Chun-Yuan, and Chen, Chih-Hsiang, A study on the Insured-whole Doctrine (2), Chengchi Law Review, no. 107, pp. 129-164, 2009.
25. 黃麟倫，代位清償制度之意義與機能，載：民法研究會實錄——民法研究（6），頁119-147，2003。  
Huang, Lin-Lun, The Meaning and Function of Subrogation, in Civil Law Research, pp. 119-147, 2003.
26. 黃加昌，擬制信託與相關問題之研究，台灣經濟金融月刊，10卷4期，1974。  
Huang, Chia-Chang, A Study on Constructive Trust and Relevant Issues, Journal

of Taiwan Economics and Finance, no. 10(4), 1974.

27. 黃健彰，法定優先權制度研究——兩岸物權法修正草案芻議，中正大學法律研究所博士論文，2008。

Huang, Chien-Chang, A Study on Statutory Liens: A Legislative Suggestion about Property Law In Taiwan And Mainland China, 2008.

28. 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。

Huang, Yu-Kai, Insurance Subrogation in Common Law: A Comparative Study, Insurance Monograph, no. 56, pp. 13-74, 1999.

29. 楊明剛，合同轉讓論，2006。

Yang, Ming-Gang, The Transfer of Contract, 2006.

30. 楊禎，英美契約法論，4版，2006。

Yang, Chen, Anglo-American Law of Contracts, 4th ed., 2006.

31. 劉冰，論海上保險代位求償權的行使名義——兼談對我國海事訴訟特別程式法94-95條的理解，福建政法管理幹部學院學報，1期，頁77-79，2006。

Liu, Bing, Name for Exercising the Right of Subrogation in Marine Insurance in China, Journal of Fujian Institute of Political Science & Law, no. 1, pp. 77-79, 2006.

32. 謝哲勝，信託法總論，2003。

Hsieh, Che-Sheng, Trust Law: General Discussion, 2003.

## 二、外 文

1. ABRAHAM, KENNETH S., INSURANCE LAW AND REGULATION: CASES AND MATERIALS (2000).

2. BIRDS, JOHN, MODERN INSURANCE LAW (3th ed. 1993).

3. Bowmer, Simon & Ambery, Richard, "Why Don King Needs a Haircut"—*Transfer and Assignment of Contracts: How to Sell Trade Receivables under English Law*, 15(9) J.I.B.L. 216 (2000).

4. CLARKE, MALCOLM A., THE LAW OF INSURANCE CONTRACT (1997).

5. *Constructive Trusts. Subrogation. Rights of Lender against Previously Mortgaged Property*, 34 HARV. L. REV. 86 (1920).
6. DOBBYN, JOHN F. *INSURANCE LAW IN A NUTSHELL* (4th ed. 2003).
7. Duggan, Anthony, *Constructive Trusts from a Law and Economics Perspective*, 55 U. TORONTO L.J. 217 (2005).
8. ENRIGHT, W. I. B., *PROFESSIONAL INDEMNITY INSURANCE LAW* (1996).
9. FERGUSON, MICHAEL C., *The Real Party in Interest Rule Revitalized: Recognizing Defendant's Interest in the Determination of Proper Parties Plaintiff*, 55 CAL. L. REV. 1452 (1967).
10. GARNER, BRYAN A., *BLACK'S LAW DICTIONARY* (9th ed. 2009).
11. GOFF, ROBERT & JONES, GARETH, *THE LAW OF RESTITUTION* (6th ed. 2002).
12. Green, Andrew, *Strengthening the Insurer's Subrogation Rights*, 3(10) INT. I.L.R. (1995).
13. HANSON, JOHN & HENLEY, CHRISTOPHER, *ALL RISKS PROPERTY INSURANCE* (1995).
14. Holdsworth, W. S., *The History of the Treatment of Choses in Action by the Common Law*, 33 HARV. L. REV. 997 (1920).
15. HORN, RONALD C., *SUBROGATION IN INSURANCE THEORY AND PRACTICE* (1964).
16. JERRY, ROBERT H., *UNDERSTANDING INSURANCE LAW* (1996).
17. Jing, Zhen, *The Confusion between Subrogation and Assignment in the Insurance Law of the People's Republic of China 1995 — A Critical Analysis on Article 44 of the Insurance Law*, J.B.L. 608 (2002).
18. Jones, Alison, *Subrogation of Insurers: The Implications of the Lord Napier Case*, Conv. 391 (1993).
19. Kull, Andrew, *James Barr Ames and the Early Modern History of Unjust Enrichment*, 25 OXFORD J. LEGAL STUD. 297 (2005).
20. KEETON, ROBERT E. & WIDISS, ALAN I., *INSURANCE LAW: A GUIDE TO FUNDAMENTAL PRINCIPLES, LEGAL DOCTRINES, AND COMMERCIAL PRACTICES* (1988).
21. LOWRY, JOHN, *INSURANCE LAW: CASES AND MATERIALS* (2004).



22. MAGILLIVRAY, E. J. & PARKINGTON, MACGILLIVRAY AND PARKINGTON ON INSURANCE LAW (8th ed. 1988).
23. MITCHELL, CHARLES, THE LAW OF SUBROGATION (1994).
24. McCormack, Gerard, *The Remedial Constructive Trust and Commercial Transactions*, 17(1) COMP. LAW. 3 (1996).
25. McCormack, Gerry, *Assignment and Documentary Credits*, 16(5) J.I.B.L. 138 (2001).
26. OAKLEY, A. J., PARKER AND MELLOWS: THE MODERN LAW OF TRUSTS (8th ed. 2003).
27. Orpin, Jonathan, *The Personal Property Securities Act 1999 and Trusts—When Is an Interest under a Trust a Security Interest?*, 14 NZBLQ 109 (2008).
28. Perks, David R., *When Is an Assignment Not an Assignment? The Court of Appeal Decision in Brown & Root: Its Practical Consequences*, 1(5) L. & T. REV. 99 (1997).
29. Quinn, Michael Sean, *Subrogation, Restitution, and Indemnity*, 74 TEX. L. REV. 1361 (1996).
30. Reed, Omer Lee, *Insurance Subrogation in Personal Injury Actions: The Silent Explosion*, 12 AM. BUS. L.J. 111 (1974-1975).
31. Rory Derham, S., *Set-Off against an Assignee: The Relevance of Marshalling Contribution and Subrogation*, 107 L.Q.R. 126 (1991).
32. Schmitthoff, Clive M., *The Transferable Credit*, J.B.L. 49 (Jan. 1988).
33. Stanford, Tasha, *Securitisation of Film Rights*, 11(6) ENT. L.R. 121 (2000).
34. STONE, BRADFORD, UNIFORM COMMERCIAL CODE IN A NUTSHELL (5th ed. 2002).
35. *Subrogation in Its Relation to the Law of Trusts*, 12 COLUM. L. REV. 351 (1912).
36. TETTENBORN, ANDREW, LAW OF RESTITUTION IN ENGLAND AND IRELAND (3rd ed. 2001).
37. *The Assignability of Contract*, 20 HARV. L. REV. 423 (1907).
38. WATT, GARY, BRIEFCASE ON EQUITY & TRUSTS (2th ed. 2001).
39. Warren, Michael P., *Handling Insurance Subrogation Cases in Texas*, 68 TEX. B.J. 994 (2005).
40. Wolff, Lutz-Christian, *Assignment Agreements under English Law: Lost between Contract and Property Law*, J.B.L. 472 (2005).

# **A Study on the Nature of the Common Law Insurance Subrogation: Reconstruction of Insurance Subrogation in Taiwan**

Chun-Yuan Chen<sup>\*</sup>

## **Abstract**

The nature of subrogation can be regarded as the core of the subrogation system. In terms of the manner in which subrogation operates, our country traditionally follows continental law in adopting the “legal assignment theory”, which differs the Anglo-American law. The structure of common law subrogation is stressed by the theory and is very controversial. Consequently, it is necessary to arrive at the truth. This research is aimed at exploring the nature and structure of common law subrogation theory and analyzes integration of the constructive trust to arrive at an understanding of the law relationship. By analyzing the ways of lawmaking of common law for each country, and considering the background of our country, this study attempts to address the “relativity theory of insurance subrogation” to our country. In principle, it still adopts the legal assignment theory. However, when the insurer and

---

<sup>\*</sup> J.S.D. candidate, University of Illinois at Urbana-Champaign. Ph. D. candidate, University of Political Science and Law. Ph. D. in Law, National Cheng Chi University.

Received: July, 13 2009; accepted: November, 27 2009

insured have specific agreement, they can negotiate to adopt the Anglo-American model or devise another subrogation model by themselves. Finally, this study reaches a conclusion and provides related suggestions to the law of our country to serve as a future reference.

**Keywords:** Subrogation, Legal Assignment, Common Law Subrogation Theory, Constructive Trust, Equitable Lien, Legal Assignment, Equitable Assignment, Active Subrogation, Passive Subrogation, Relativity Theory of Insurance Subrogation