

論保險代位之被保險人優先受償模式（下）*

陳俊元**、陳志詳***

要 目

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

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

** 政治大學法律研究所博士候選人。

*** 中山大學中國與亞太區域研究所經貿組博士候選人。

投稿日期：九十七年六月十八日；接受刊登日期：九十七年九月五日

責任校對：王純逸

(二) 保險給付大於被保險人對第三人之請求權額度	(一) 法院判決
(三) 保險給付小於被保險人對第三人之請求權額度	(二) 學說見解
二、解決模式	(三) 法律經濟分析
(一) 保險人單獨受益模式 (insurer: whole plus)	六、小結——被保險人優先受償模式之發展
(二) 保險人優先受償模式 (insurer: whole; insurer-whole doctrine; pro tanto approach)	(一) 未定時期
(三) 比例分配模式 (pro-rata theory)	(二) 逐漸肯定時期
(四) 被保險人優先受償模式 (insured: whole; insured-whole doctrine; made-whole doctrine; make-whole doctrine)	(三) 再檢討時期
(五) 被保險人單獨受償模式 (insured: whole plus)	(以上見本評論第一〇六期)
三、我國學說與實務見解分析	肆、本文見解
(一) 學說見解	一、立法例、實務與學說見解之評析
(二) 實務見解	二、解決方案之重構
四、立法例分析與評釋	(一) 被保險人優先受償並非本質上之必然
(一) 德國	(二) 基礎法理之釐清
(二) 日本	(三) 推論方向之確立
(三) 大陸	(四) 被保險人優先受償模式的再驗證——法律經濟分析的方法
(四) 英國	(五) 原則之再突破
(五) 美國	(六) 實際適用之相關問題
五、美國法之發展與近況	三、小結——三階段之審查流程與建議修正條文
	(一) 法規有無特別規範
	(二) 當事人有無特別約定
	(三) 依據被保險人優先受償模式分配
	伍、結論——潘朵拉盒子裡的希望

摘 要

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

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

(以上見本評論第一〇六期)

肆、本文見解

一、立法例、實務與學說見解之評析

各國立法例、實務見解、學說對於此一問題的看法而言，大致上多採取被保險人優先說、或是加以修正，少數則是採取保險人優先說或比例分配說。就我國而言，對於實務上尚欠缺指標性的案例，故暫無法得知司法實務對此一問題之見解。而於我國學說上，雖然通說皆認為應當採取被保險人優先說，但於理由之構成、正反意見之論述較不如外國學說完整，仍有進一步補充之空間。且相關的探討似亦非全面，如在美國討論甚多的約定除外之問題，在我國尚欠缺討論。申言之，若保險契約上有明確排除或修正被保險人優先受償之約定，此時既有明確訂約定，則已應無疑義利益歸諸被保險人原則之適用，則此時之效果為何？是否即依據當事人之約定而分配？或依據何種法理而排斥當事人此類約定？凡此類問題，均值得我國法未來再加以更進一步的探討。

總體來說，就比例分配說與保險人優先說而言，其固然有相當之理由，但始終遭受到質疑的關鍵，就是無法完全說明使被保險人無法得到完全補償的理由與正當性。一般情形下，保險制度原本就是以保障彌補被保險人之損失為主要目的，除非另有其他更重要的價值判斷以凌駕此一目的，否則被保險人因投保反而在結果上使自己無法得到完全的賠償，在法理與保險之目的上，實難以想像。

至於被保險人優先說，就其理由而言，不論是從損失填補原則、保護被保險人之理念或「疑義利益歸諸被保險人」之解釋原則而採此說；或是由就自負額部分如同自己承保而採取比例分配說；

或是著重實際上之利益、風險配置而採此說……，均有相當之論據基礎。雖然學說提出相當多的質疑，例如難以判斷、程序耗損、欠缺效率、當事人間之矛盾……，但似乎都只能削弱被保險人優先受償模式的功效，而不足以完全推翻其根源於損失填補原則、保障被保險人的法理。不過，我們有疑問的是，所謂的「損失填補原則」、「保障被保險人」是不是不可撼動的鐵則？此一基礎法理、原則是不是有修正、調整的空間？就直覺上來說，被保險人優先受償模式確實就該是最「有利」於被保險人的——還有什麼比付錢給被保險人更好呢？問題是，我們為什麼要選擇一個「有利」被保險人的判斷？保險法除了保障被保險人，是不是還有其他的價值存在？退萬步而言，即使我們要選擇一個最有利於被保險人的方案，但被保險人優先受償此一手段，是否確實能夠達到此一目的？會不會像前述美國學說所推導的，在各種耗損的干擾下，優先賠償被保險人反而不是最適的方案？凡此種種，如果我們不輕易的滿足於現狀下看似當然的當然，就應該有重新思考的必要。因此，本文以下將由最基礎的法理開始檢討，以重新思索、架構可能的解決方式。

二、解決方案之重構

(一)被保險人優先受償並非本質上之必然

首先，必須予以釐清者為，被保險人優先受償是不是「本質」上的必然？就保險代位之本質而言，大陸法系多認為係法定債之移轉，亦即當保險人理賠之後，被保險人對於第三人之權利就立即、當然、法定的移轉於保險人，無待另為移轉之行為。如是在不足額保險、附有自負額之情形，因保險人僅理賠部分損失，故被保險人之權利也僅於該部分發生移轉，其餘仍屬於被保險人。此時，保險人與被保險人均成為第三人之債權人，依照債權平等之原理，保險

人與被保險人應該是各自依據債權比例，對於第三人主張才是。換言之，就像學說所強調的，保險代位的「本質」為法定債之移轉；但也就是因為其僅僅屬於民法上的債之移轉，所以推出的結論應該是兩個債權人其受償順位相同才是，而無法得出其中一人（不論是保險人抑或被保險人）有優先受償權之結論。因此，所謂的被保險人應該優先受償，並無法從保險代位的本質推出，而是在基於保險契約之特性、損失填補原則、保護被保險人……的考量之下，所附加的價值判斷。

再者，在英美法下，保險代位是使保險人得代位被保險人求償（substitution），並非權利的移轉（assignment or transfer）¹²⁷。在

¹²⁷ *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.*, 101 R.I. 708, 227 A.2d 105 (1967). *Wilson v. Tennessee Farmers Mut. Ins. Co.*, 219 Tenn. 560, 411 S.W.2d 699 (1966). *Collins v. Blue Cross of Virginia*, 213 Va. 540, 193 S.E.2d 782, 73 A.L.R.3d 1134 (1973). *Westchester Fire Ins. Co. v. Allstate Ins. Co.*, 236 Conn. 362, 672 A.2d 939 (1996). *U.S. Inv. and Development Corp. v. Rhode Island Dept. of Human Services*, 606 A.2d 1314 (R.I. 1992). *Stilson v. Hodges*, 934 P.2d 736 (Wyo. 1997). *Westchester Fire Ins. Co. v. Allstate Ins. Co.*, 236 Conn. 362, 672 A.2d 939 (1996). *Roberts v. Total Health Care, Inc.*, 109 Md. App. 635, 675 A.2d 995 (1996), cert. granted, 343 Md. 566, 683 A.2d 178 (1996) and aff'd, 349 Md. 499, 709 A.2d 142 (1998). *Millers Mut. Fire Ins. Co. of Tex. v. Farmers Elevator Mut. Ins. Co.*, 408 F.2d 776 (5th Cir. 1969); *Jorski Mill & Elevator Co. v. Farmers Elevator Mut. Ins. Co.*, 404 F.2d 143 (10th Cir. 1968). *Associated Hosp. Service of Maine v. Maine Bonding & Cas. Co.*, 476 A.2d 189 (Me. 1984). *Security Ins. Co. of New Haven-The Connecticut Indem. Co. v. Mangan*, 250 Md. 241, 242 A.2d 482, 5 U.C.C. Rep. Serv. 621 (1968). *Tel-Twelve Shopping Center v. Sterling Garrett Const. Co.*, 34 Mich. App. 434, 191 N.W.2d 484 (1971). *Seaboard Fire & Marine Ins. Co. v. Kurth*, 96 N.M. 631, 633 P.2d 1229 (Ct. App. 1980). *Kozlowski v. Briggs Leasing Corp.*, 96 Misc. 2d 337, 408 N.Y.S.2d 1001 (Sup. Ct. 1978). *State, Dept. of Taxation v. Jones*, 61 Ohio St. 2d 99, 15 Ohio Op. 3d 132, 399 N.E.2d 1215 (1980). *Hospital Service Corp. of R. I. v. Pennsylvania Ins. Co.*, 101 R.I. 708, 227 A.2d 105 (1967).

擬制信託的架構下，保險人係以被保險人之地位向第三人求償，並優先填補被保險人後再歸於自己。因此雖然在英美法下較容易得出被保險人優先之結論，但由於保險人未必會就全部損失加以求償，且就保險人與被保險人之內部關係而言，仍應有求償所得分配之問題。又如前所述，不論當否，英國法在實務上已經發展出許多例外；而美國法也已經發展出許多更為細緻的操作類型，凡此種種，應可知英美法之發展已非可一概而論。因此，過去學說認為在英美保險代位理論下，就當然有被保險人優先受償之效果¹²⁸，即似應依最近之發展略加修正之。

再以我國為例，我國對於保險代位之本質採取法定債之移轉理論，但是對於保險人代位權與被保險人請求權之行使順序之問題，則並無明文之規定。對此學說認為，我國保險法雖無明文規定，但依損害保險保險人代位權規定之法理，亦可得知¹²⁹。但亦有見解認為，因我國保險法未為明文規定，故是否可做同一推論或解釋，尚不無疑問¹³⁰。其實，所謂我國未如德、日在法條上有被保險人優先之明文，看似「不妥」——此一「不妥」，就是我們已經以被保險人之立場，所做成的判斷。相對的，我國法對此未有明文，或許為我們留下了更為彈性的解釋空間。進一步來說，如果我們接受通說「損失填補原則、保障被保險人」的前提，則即使法無明文，還是可以得出「本質」、「法理」上當然的肯定答案；反之，如果我們認為還有更重要的價值或政策¹³¹，則就未必會得出相同的結論。因此，如果我們跳脫出立法者有意忽略或無意遺漏的論爭，則

¹²⁸ 尹章華，同註20，頁105-106。

¹²⁹ 江朝國，同註13，頁479。

¹³⁰ 尹章華，同註20，頁106。

¹³¹ 這個價值或政策妥不妥適，當然有檢討的空間；不過這就是另一個問題了。

問題就不是在於法律有沒有明文規定，而是在於我們的價值判斷、原則到底是什麼。

(二)基礎法理之釐清

在保險法中，規範損失填補保險的「損失填補原則」(The Principle of Indemnity)，以及「保護被保險人原則」，幾乎可以說是保險法理中的兩個重要支柱。損失填補原則，不但積極地填補被保險人因保險事故所遭受之實際損失；消極地亦在防止被保險人因保險而獲得超過實際損失之填補¹³²。簡言之，損失填補原則為對於經濟上之損失應加以測定、填補、並防止被保險人不當得利。而保護被保險人原則，乃是基於保險契約之特性以及保障弱勢之理念，而產生的重要原則。上述原則固然相當重要，但亦非不可撼動的鐵則。在更重要的價值、政策或考量之下，上述原則仍有修正、調整與讓步的空間。以定值保險為例，雖然當事人間所約定的價值，或多或少都會與真實的價值不同，但在經濟效率、實際需要的考量下，仍然肯認定值保險的存在。另在代位求償所得的分配中，如前述美國勞工補償法，因使保險人負嚴格責任而為求衡平，故規定對於代位求償所得保險人有優先受償權。又如即使有利被保險人，但在維持保險制度等的意旨下，保險利益、告知義務、時效……規範還是無法任意捨棄、變更。

在釐清基礎法理之後，隨後的推論與解釋，就都應該遵循此一方向；或雖有細部之調整，但不可與上述理念背道而馳。否則前後的推論、解釋之根據不一致，即不合法學之方法。因此，在我們遇到法理上的問題時，首先需要判斷的，即是釐清基礎法理、原則，唯有如此，方能收提綱挈領之效，也才能立場一貫地解決問題。

¹³² 梁宇賢等著，同註6，頁717。

（三）推論方向的確立

承上所述，今日我們所遭遇到的問題，是被保險人與保險人如何分配代位求償所得的問題。此為保險代位架構下的問題，故應先回到保險代位的本旨來重新思考。所謂保險代位，係指在保險人理賠之後，可取得被保險人之權利，或是以被保險人之地位，向造成保險事故發生之第三人求償之謂。其法理基礎、功能在於¹³³：

1. 防止被保險人不當得利。
2. 避免造成損害之第三人不當免責。
3. 衡平或調整當事人權利。
4. 促使保險人迅速理賠，落實保險制度之目的。
5. 彌補保險人給付保險金之損失。
6. 防止保險契約被濫用。

就上述法理觀之，其中3、4、6點，多為第1、2點的延伸與擴展。而第5點彌補保險人給付保險金之損失，使投保大眾均霑其利益，固然立意甚佳，但保險人怠於、放棄行使代位權者所在多有，且利益是否確能反映於保費上，也需要實際上更進一步的證明，已經如前所述。因此，就保險代位之法理觀之，最重要者應在於1.防止被保險人不當得利，以及2.避免造成損害之第三人不當免責。而在本文所欲討論的問題中，所涉及者僅為保險人代位權與被保險人請求權之優先順序之問題；換言之，不論代位求償所得如何分配，都只是保險人與被保險人內部之問題，均無礙對第三人之追究而使其負最終責任。因此，第2點既然可被滿足，剩下所必須要加以檢討的，就是第1點「防止被保險人不當得利」了。

¹³³ 梁宇賢等著，同註6，頁717-718。RONALD C. HORN, SUBROGATION IN INSURANCE THEORY AND PRACTICE 24-6 (1964). Gobis, *supra* note 74, at 863-64.

承上所述，保險代位之重要法理基礎之一，即在於防止被保險人不當得利。申言之，就是在損失填補原則的前提下，為了避免被保險人一方面可以向保險人索賠，一方面又可向第三人求償，如此反因受損而獲利，不符合保險之本旨。而保險代位應為損失填補原則的下位概念，其本旨在於防止被保險人不當得利，但也應僅止於「防止」而已¹³⁴。因此，從損失填補原則與保險代位的精神來看，都應只能推論出於防止被保險人不當得利之意旨，而無法得出其他、甚至是反而使被保險人無法獲得完全賠償之結論。進一步來說，在損失填補原則的架構下，保險代位之機能僅在於防阻被保險人不當得利，而沒有重新分配代位求償所得，而使得被保險人無法完全獲得賠償的積極功能。除非如前所述，另有其他更重要的價值或政策，能夠突破損失填補原則的前提，方有採行其他分配模式的空間。故在上述的三種分配模式中，應以被保險人優先說，最能符合損失填補原則與保險代位之精神。

在釐清此一概念之後，此代位求償所得分配的問題，應該就顯得較為容易解決了。如在前述英國法下自負額的爭議，依此處之推論，則仍應採取被保險人優先說為妥。換言之，只要沒有足以突破損失填補原則此一前提的論據，就應該遵循損失填補原則，來進行保險代位相關的推理與解釋。至於足額、不足額、保險人支付全部、保險人支付一部……等等，均不應影響此一前提。

④被保險人優先受償模式的再驗證——法律經濟分析的方法

1. 如前所述，在法理的推論下，被保險人優先受償模式，的確是最符合損失填補原則的模式。但是在實然，是否也是如此？此一模式是否確實對於被保險人最為有利？如前述美國學者所不斷批

¹³⁴ IVAMY, *supra* note 16, at 494.

評、強調的，被保險人優先受償模式未必對於被保險人有利，因其在實際上難以判定、程序上曠日廢時、易導致保險人被保險人間之內部衝突矛盾、導致保費上漲而對整體被保險人不利……。學者更以經濟分析之模型加以證明，實屬有力。對此，本文擬以法律經濟分析之方式，重新考量在保險代位求償中所可能存在的變數，利用經濟模型的推導，嘗試證明採取被保險人優先說對於被保險人最為有利之論證。

2. 模型推導與方法說明——測定被保險人之最大效用（Insured optimization problem）

在變數的設定上，本文考量了Alan O. Sykes模型中既有的保費、被保險人的損失、發生保險事故之機率、是否能向第三人求償的機率……因素。而為了評估學說上所批評被保險人優先說的損失難以判定、程序上曠日廢時、易導致保險人被保險人間之內部衝突矛盾……問題，本文增加了變數 S ，來表示當發生保險事故時及代位求償程序中，被保險人可能受到的精神耗損。值得注意的是，如前所述，學說上雖常論述代位制度所帶來的耗損問題，但在無代位制度適用時，事實上被保險人等也可能負擔其他成本與耗損。以當事故發生而無應負責之第三者時為例，此時雖看似不會因代位或其訴訟而招致耗損，但被保險人卻有可能因為不足額保險無法完全彌補其損失，又另無求償對象，在實際上反而較有代位適用時更為不利，以致在心理上遭受更大壓力；或為求彌補保險人未理賠部分之損失，反而耗費成本在尋找潛在的應負責第三人之上，甚至導致更多的整體耗損。就此，本文也會在方程式中，加以適當的考慮。

另外， D 代表應由第三人求償所得的額度，當然，這會因為第三人的資力而有所變動。為了綜合考量被保險人優先說、比例分配說以及保險人優先說到底何者對於被保險人最有利，會不會有學說上所質疑的，採取保險人優先說對於被保險人方為最適……情形，

本文將 D 分為 D_1 、 D_2 、 D_3 ，分別代表依照被保險人優先說分配、依照保險人優先說分配、以及依照比例分配說分配三種不同的代位求償所得分配狀態，以綜合比較對於被保險人的效用。另外，為了考量了學說上強烈批評的訴訟費用問題，本文將訴訟費用設定在 D 之內，如果在被保險人勝訴時，被保險人則可回復此一費用，以為評估。

U ：被保險人之效用函數

$U_n(W)$ ：無發生保險事故時被保險人的效用狀態

$U_a(W)$ ：有發生保險事故時被保險人的效用狀態

P ：發生保險事故之機率

P_1 ：發生保險事故，有應負責第三人之機率

P_2 ：發生保險事故，無應負責第三人之機率

$p = p_1 + p_2$

W ：被保險人之期初財富

C ：保險人賠償金額

I ：保費

L ：發生保險事故時被保險人的財務損失

S ：發生保險事故時被保險人精神上的耗損

D ：應由第三人求償所得的額度

D_1 ：可由第三人求償所得的額度，依照被保險人優先說分配
(+訴訟費用之回復)

D_2 ：可由第三人求償所得的額度，依照保險人優先說分配

D_3 ：可由第三人求償所得的額度，依照比例分配說分配

綜上，我們可以得到方程式與限制式如下¹³⁵：

¹³⁵ The following function and constraints satisfies the Kuhn-Tucker sufficiency theorem. See, for example, ALPHA C. CHIANG, FUNDAMENTAL METHODS OF MATHEMATICAL ECO-

$$\begin{aligned} \text{Maximize } U &= (1-p)U_n(W-I) + p_1U_a(W-I-L-S+C+D) \\ &\quad + p_2U_a(W-I-L-S+C) \end{aligned}$$

$$\text{Subject to } I = p_1(C-D) + p_2C$$

$$C, C-D \leq L,$$

$$C, C-D \geq 0$$

將第一限制式代入目標函數，並導出Lagrangian為：

$$\begin{aligned} L &= (1-p)U_n[W - p_1(C-D) - p_2C] + p_1U_a[W - p_1(C-D) \\ &\quad - p_2C - L - S + C + D] + p_2U_a[W - p_1(C-D) - p_2C - L - S + C] \\ &\quad + \lambda_1[L - (C-D)] + \lambda_2(L-C) \end{aligned}$$

$$\begin{aligned} L &= (1-p)U_n(W - p_1C + p_1D - p_2C) + p_1U_a(W - p_1C + p_1D - p_2C \\ &\quad - L - S + C + D) + p_2U_a(W - p_1C + p_1D - p_2C - L - S + C) \\ &\quad + \lambda_1(L - C + D) + \lambda_2(L - C) \end{aligned}$$

$$\begin{aligned} \partial L / \partial D &= p_1(1-p)U'_n(W - p_1C + p_1D - p_2C) + p_1(1+p_1)U'_a(W - p_1C \\ &\quad + p_1D - p_2C - L - S + C + D) + p_1p_2U'_a(W - p_1C + p_1D \\ &\quad - p_2C - L - S + C) + \lambda_1 \leq 0 \end{aligned}$$

$$\begin{aligned} \partial L / \partial C &= p_1(1-p)U'_n(W - I) + p_1(1+p_1)U'_a(W - I - L - S + C + D) \\ &\quad + p_1p_2U'_a(W - I - L - S + C) + \lambda_1 \leq 0 \quad (\text{A1}) \end{aligned}$$

$$\partial L / \partial \lambda_1 = L - C + D \geq 0 \quad (\text{A2})$$

$$\partial L / \partial \lambda_2 = L - C \geq 0 \quad (\text{A3})$$

$$\lambda_1, \lambda_2 \geq 0 \quad (\text{A4})$$

當 $C - D \geq 0$ ，則 $(\partial L / \partial D)(C - D) = 0$ ，由上述四式中(A1)至(A4)，我們可以看出，如果解為內部解(interior)，並假設貨幣的邊際效用為1，亦即 $MU_m = 1$ ，且 $\lambda_1 = \lambda_2 = 0$ ，此時若我們不考慮

p_i ，則我們可以從下述四式推論出三種狀態：

$$\text{狀態一： } U'_n(W-I) = U'_a(W-I-L-S+C+D) \quad (\text{A5})$$

此時為未發生保險事故與發生保險事故時有應負第三人之比較，兩者若要相同，其必隱含著 $L+S=C+D$ ，也就是說當發生保險事故有應負第三人時，被保險人之損失加上其精神上的耗損應等於保險人賠償金額加上由第三人求償所得的額度，但一般而言，保險人賠償金額與第三人之求償額度，很難可以全部彌補其財務損失加精神上的耗損。就實務上來說，保險人賠償金額加上由第三人求償所得的額度最多只會等於被保險人之財務損失，亦即為 $L=C+D$ ，故我們可以推論兩者不會相等，其合理的推斷應為 $U'_n(W-I) \geq U'_a(W-I-L-S+C+D)$ ，亦即就被保險人而言，未發生保險事故應優於發生保險事故。且在保險代位原則下，應由第三人求償所得額度(D)的大小也未確定，其對被保險人的邊際效用 MU_D 影響，我們會在後續作討論。

$$\text{狀態二： } U'_n(W-I) = U'_a(W-I-L-S+C) \quad (\text{A6})$$

此時為未發生保險事故與發生保險事故時無應負第三人之比較，兩者若要相同，其必隱含著 $C=L+S$ ，也就是說當發生保險事故無應負第三人時，被保險人之損失加上其精神上的耗損應等於保險人賠償金額，但在不足額保險的情況下，此時被保險人的損害會最大。

$$\text{狀態三： } U'_a(W-I-L-S+C+D) \geq U'_a(W-I-L-S+C) \quad (\text{A7})$$

此時為發生保險事故有應負第三人與發生保險事故時無應負第三人之比較，我們可由A(7)中看出，兩者並不會相同，因為其隱含著 $L-S-C+D > L-S-C$ ，亦即為有 $D > 0$ ，也就是說當發生保險事故有無應負第三人，對被保險人所得到的賠償是不同的，當然對被保險人的損害也會不同。

在保險代位原則下，被保險人由第三人求償所得的邊際效用

MU_D 我們從下列方程式中求得：

$$\begin{aligned} \text{Maximize } U &= (1-p)U_n(W-I) + p_1U_a(W-I-L-S+C+D) \\ &\quad + p_2U_a(W-I-L-S+C) \\ \text{且 } I &= p_1(C-D) + p_2C \end{aligned}$$

將保費 I 代入效用函數中，我們可以求得被保險人的邊際效用 MU_D

$$\begin{aligned} \partial U / \partial D &= p_1(1-p)U'_n(W-p_1C+p_1D-p_2C) + p_1(1+p_1) \\ &\quad U'_a(W-p_1C+p_1D-p_2C-L-S+C+D) \\ &\quad + p_1p_2U'_a(W-p_1C+p_1D-p_2C-L-S+C) \\ MU_D &= p_1(1-p)U'_n(W-I) + p_1(1+p_1)U'_a(W-I-L-S+C+D) \\ &\quad + p_1p_2U'_a(W-I-L-S+C) \end{aligned}$$

由此可以看出，當其他條件不變時，若有保險事故發生時，不論其有無應負責之第三者，其式中之 $(p_1 - pp_1) > 0$ ， $(p_1^2 + p_1) > 0$ ， $p_1p_2 > 0$ 三項皆為正，亦即不影響其分析之效力。如此可以看出當 $D^* = D_1$ 時，第三人代位求償的金額優先賠償於被保險人時，此時被保險人的邊際效用為最大。當 $D^* = D_2$ 時最小，而當 $D^* = D_3$ 時居中。

在保險代位原則下，我們也可以討論被保險人由保險人所得之賠償金額的邊際效用 MU_C ，我們從下列方程式中求得：

$$\begin{aligned} \text{Maximize } U &= (1-p)U_n(W-I) + p_1U_a(W-I-L-S+C+D) \\ &\quad + p_2U_a(W-I-L-S+C) \\ \text{且 } I &= p_1(C-D) + p_2C \end{aligned}$$

將保費 I 代入效用函數中，我們可以求得被保險人的邊際效用 MU_C

$$\begin{aligned} MU_C &= (1-p)(-p_1-p_2)U'_n(W-I) + p_1(1-p_1-p_2)U'_a(W-I-L-S+C+D) \\ &\quad + p_2(1-p_1-p_2)U'_a(W-I-L-S+C) \end{aligned}$$

由以上方程式，可以看出 $(1-p_1-p_2)>0$ ，所以當其他條件不變時，保險人所賠償於被保險人的金額大小，對被保險人仍為正面之影響，亦即當 (C) 愈大時，其對於被保險人的效用 MU_c 愈高。換言之，在綜合考量保險人賠償金額、保費、被保險人的損失、可由第三人求償所得的額度、被保險人因代位求償在訴訟、程序以及精神上的耗損……等等因子下，被保險人優先說對於被保險人的效用仍為最高，對於被保險人也最為有利。

(五)原則之再突破

在上述的討論中，我們由損失填補原則、保險代位之意旨、保障被保險人的意旨出發，得出了應該採取被保險人優先受償模式的結論。問題是，上述原則是否有所例外？是否有突破之可能？如同本文所一再強調的，法律上的許多「原則」，其實往往都未必是「事理上」、「本質上」的必然，而是價值判斷與立法政策下的選擇結果。當然，這個選擇結果是否正當、妥適，則有待更進一步的檢討。如此方能使得法學的對話持續不斷，也不致因有絕對的原則或標準答案而停滯。

總結前述對於立法例與學說的觀察，本文以為，可能的例外應有兩種情形：

1. 其他法律之規定

如在政策上與法理上，有足以突破、修正損失填補原則之理念，並已經在特別法中明文規定，則基於特別法優先之法理，該特別規定即應該優先適用。如前述美國勞工補償法，因為使保險人負嚴格責任，故為求衡平，而規定為對於代位求償所得保險人有優先受償權。此一判斷除非有重大明顯之不妥，或經違憲之宣告，否則即應予遵循。因此，在合理之法律特別規定之下，應可對於上述原則加以修正、調整，而適用該特別規定與分配方式。

2. 當事人之同意

在上述被保險人優先受償模式之下，是否可能因當事人（保險人與被保險人）之同意而有所修正？此涉及被保險人優先受償模式應否應視為保險法上強制規定之問題。就保險法上之強制規定而言，如保險利益、告知義務等等，多含有最大誠信原則、維持保險制度、公共利益……之考量；但就代位求償所得分配之問題觀之，是否抵觸上述原則、或有礙公序良俗等其他價值，應有疑問。以美國法為例，在前述衡平法下的被保險人優先模型中，係採取被保險人優先受償模式的絕對適用，而不得以約定加以排除。然而如此之方式是否過於嚴格，實際上也存有相當爭議。以Arkansas州為例，其於著名的*Franklin v. Healthsource of Arkansas*¹³⁶一案中，幾乎全面的採取被保險人優先受償模式，而推翻了*Higginbotham v. Arkansas Blue Cross & Blue Shield*¹³⁷一案中容許約定保險人取得優先受償權的方式。此即引起學者的批評，其中最重要的質疑就是此判決忽視了法定代位（衡平代位）與意定代位間的區別¹³⁸。再就被保險人之立場觀察，被保險人原本就可以自行決定向第三人求償與否；而被保險人對於第三人之求償權既不可不行使，則將分配求償的優先順序讓與他人（保險人），基於舉重以明輕之法理，則應無不可。

有問題者為，如果全面肯認得以當事人特別約定而將被保險人優先受償模式排除或修正，則保險人恐將於定型化約款、概括條款中全部訂為保險人優先，而使得被保險人優先受償模式實際上遭受架空。對此，如能仿照前述美國法中較為嚴格的模式，要求當事人需為特定、具體、真摯的約定、以個別磋商的方式為之，如此應較

¹³⁶ 942 S.W.2d 837 (Ark. 1997).

¹³⁷ 849 S.W.2d 464 (Ark. 1993).

¹³⁸ Buchanan III, *supra* note 110, at 800.

能減緩上述疑慮。也較能兼顧雙方之利益，並無礙實務上如前述海上保險之運作。當然，未來我國投保大眾對於保險之概念更為提升之後，當亦有進一步放寬之空間。綜言之，就目前而言，如採取意定除外的模式，其受規範之強度至少應該介於前述美國法「容許意定修正的被保險人優先模型」(Made Whole Doctrine Subject to Contractual Modification)中的第二、四種，以及「衡平法下的被保險人優先模型」(Common Law Equitable Made Whole Doctrine)之間，方能避免未蒙其利，先致其弊的風險。

(六) 實際適用之相關問題

承上所述，依本文見解，如當事人間以真摯之真意、個別磋商的方式，應即可修正、排除被保險人優先受償模式，當事人得自由約定受償的比例、順序。在當事人間以真摯之真意、個別磋商之方式達成分配協議的情形下，即使協議結果與被保險人分配模式有異、甚至約定全歸於保險人，均無不許之理¹³⁹。然而，於實際適

¹³⁹ 另外，就保險人代位求償權之運作，若當事人間以約定回歸民法之債權移轉方式，取代現行通說架構之法定債之移轉，則同樣於保險人與被保險人對於第三人均有權利時，應以何者為優先？首先，我國通說認為保險代位的本質為法定債之移轉，無須當事人間另行為移轉之行為，與英美法不同。換言之，依據法定移轉理論，當保險人理賠時，被保險人對第三人的權利就法定當然移轉於保險人，不需也無法就已經移轉之權利再移轉。我國實務保單曾有「被保險人應將權利移轉於被保險人……」之文字，惟其若只是未明辨我國法與英美法代位架構之不同、或逕翻譯自英美保單致使與我國體系有所衝突，則其真意往往並非是以約定排除通說架構下法定移轉之效果，反較類似於保險人代位權之再確認。進一步而言，如當事人確欲以約定回歸民法之債權移轉方式，取代現行通說架構之法定債之移轉，由於通說多認為保險代位為損失填補原則下的制度之一，故只要能達成損失填補原則之目的、防止不當得利，則此一約定似非法所不許。此時除非被保險人概括將所有權利均移轉於保險人或棄權，否則同樣會產生保險人與被保險人對於第三人均有權利

用方面，一般既認保險契約屬於定型化契約，故消費者保護法以及保險法之相關規定均有適用之可能，則本文之見解如何與此搭配適用？在依據本文見解修法之前，現行法應如何解釋？又保險人若逕自於保險契約中訂定代位求償所得分配條款，例如由保險人優先受償，則其效果為何？法律依據為何？又如英美法之「合理期待原則」，於此是否亦有適用？凡此種種，均有加以釐清之必要，茲分以下數點討論之：

1. 當保險契約規定不明時

當保險契約對於代位求償之分配並無約定、或規定不明時，依本文見解，即應依據被保險人優先受償模式分配，未來並應就此立法增訂之。惟在修法之前，於現行法如何探求適用之基礎？本文以為，當保險契約本身存有疑義時，本可依保險法第五十四條第二項之疑義利益歸諸被保險人原則：「保險契約之解釋，應探求契約當事人之真意，不得拘泥於所用之文字；如有疑義時，以作有利於被保險人之解釋為原則。」或相似意旨之消費者保護法第十一條第二項：「定型化契約條款如有疑義時，應為有利於消費者之解釋。¹⁴⁰」處理。依此，在保險契約約定不明時，即應作有利於被保險人（消費者）之解釋，故應採取被保險人優先受償模式，此亦與本文推理之結論相同。因此，在依本文見解修法之前，現行法之解釋亦能獲致相同結論。

時，應以何者為優先之問題。對此，既然被保險人並非完全移轉或放棄權利，又損失填補原則此一前提亦不應因不同代位架構（德日與我國之法定移轉、英美法之以被保險人地位、抑或意定移轉）之採擇而動搖，故本文之以被保險人優先為基礎之處理模式於此亦應有所適用。

¹⁴⁰ 劉宗榮，定型化契約與保險契約，保險專刊，43期，頁29，1996年。

2. 保險人逕自於保險契約中，訂定代位求償分配比例者

(1) 於現行法之適用

依本文之見解，代位求償所得之分配應以被保險人優先受償模式為原則，若當事人間欲為其他約定，則應以個別磋商之方式為之。經個別磋商後關於分配代位求償所得之協議，由於已有當事人間真摯之同意，且較無保險人以其專業、經濟地位過度侵害投保大眾權益之虞，故其約定，不論約定分配比例為何、或約定全由保險人優先受償，均應為有效。若保險人並未經上述步驟，或僅於一般條款中約定代位求償分配比例，依本文見解此約款應為無效，仍應依據被保險人優先受償模式分配。

而在依本文見解修法之前，現行法可能的法律依據，或可以消費者保護法關於契約內容控制之規定，如第十一條第一項¹⁴¹、第十二條¹⁴²，以及保險法第五十四條之一¹⁴³等為基礎¹⁴⁴。詳言之，若保險人未與被保險人進行個別磋商，僅於一般條款中約定代位求

¹⁴¹ 消費者保護法第11條第1項：「企業經營者在定型化契約中所用之條款，應本平等互惠之原則。」

¹⁴² 消費者保護法第12條：「定型化契約中之條款違反誠信原則，對消費者顯失公平者，無效。定型化契約中之條款有下列情形之一者，推定其顯失公平：一、違反平等互惠原則者。二、條款與其所排除不予適用之任意規定之立法旨顯相矛盾者。三、契約之主要權利或義務，因受條款之限制，致契約之目的難以達成者。」

¹⁴³ 保險法第54條之1：「保險契約中有左列情事之一，依訂約時情形顯失公平者，該部分之約定無效：一、免除或減輕保險人依本法應負之義務者。二、使要保人、受益人或被保險人拋棄或限制其依本法所享之權利者。三、加重要保人或被保險人之義務者。四、其他於要保人、受益人或被保險人有重大不利益者。」

¹⁴⁴ 惟消費者保護法與保險法之適用範圍仍有不同，如消費者保護法第12條，其僅適用於消費保險之定型化契約，與保險法可適用於所有險種、以及一般約款與個別約款而有所不同。

償分配，例如約定全由保險人優先受償，則可能構成消保法之違反誠信原則、對消費者顯失公平與違反平等互惠原則¹⁴⁵，或保險法第五十四條之一之「其他於要保人、受益人或被保險人有重大不利益者」而無效。

茲有附言者，消保法第十二條與保險法第五十四條之一應以何者優先適用？學說上有認為消保法為特別規定，故應優先適用者¹⁴⁶；或另有主張保險法為特別規定而應優先適用者；亦有主張二者間並不存在特別法與普通法之關係，二者均可適用，而消保法具有輔助、補充保險法之功能者¹⁴⁷。實則，消保法與保險法對於定型化契約控制之規定，均係承受德國法院於司法實踐上基於誠信原則對於定型化契約內容控制所累積之成果，而加以成文化、具體化。如於兩者均可適用之案型，例如消費性定型化保險契約，其除具備定型化契約之性質外，更具備保險契約之性質，故應適用規範保險契約之保險法較妥¹⁴⁸。因此，於消費性定型化保險契約中之代位求償所得分配條款，即應適用保險法第五十四條之一檢驗即可。

(2)合理期待原則之適用可能性

另外，於美國法尚有重要的「合理期待原則」（Doctrine of Reasonable Expectation），於此是否亦有適用之可能？亦值得探

¹⁴⁵ 朱柏松，消費者保護法論，頁19-20，1999年9月。

¹⁴⁶ 尹章華，從消費權益論定型化契約，司法週刊，753期，1995年12月2版。相似見解，林誠二，從消費者保護法看責任保險，消費者保護研究，3輯，頁194，1997年4月。

¹⁴⁷ 葉啟洲，論保險契約之批單、任意終止與內容控制之法源依據——最高法院七十九年台上字第二四八〇號判決及保險法增訂第五十四條之一評釋，法學叢刊，45卷1期，頁95-96，2000年1月。

¹⁴⁸ 饒瑞正，論保險契約之特約條款及其內容控制，月旦法學雜誌，94期，頁127-128，2003年3月。

討。此一原則於一九七〇年由Robert E. Keeton教授闡述後¹⁴⁹，近年來廣為學說與實務判決討論、引用，已成為美國保險法一重要原則。其意義為，即使仔細閱讀契約條款可能不足以產生如此之合理期待，但要保人、被保險人、受益人之合理期待仍應受到尊重¹⁵⁰。此一合理期待並非指個別被保險人之主觀期待，而是指多數投保大眾之客觀期待¹⁵¹。按因傳統之疑義利益歸諸被保險人原則，雖然可以在契約、保單有疑義時賦予被保險人保障，但其畢竟係以契約、保單具有疑義為前提，如其文字明確無疑，則此原則即無法適用。故有合理期待原則之發展，使於契約、保單無疑義時，投保大眾之合理期待仍受保障。換言之，合理期待原則超越傳統之疑義利益歸諸被保險人原則，即使於無疑義之保險契約亦有適用¹⁵²。因此，當保險人對於保險契約的專業理解與要保人對於保

¹⁴⁹ Robert E. Keeton, *Insurance Law Rights at Variance with Policy Provisions*, 83 HARV. L. REV. 961 (1970). Robert H. Jerry II, *Insurance, Contract, and the Doctrine of Reasonable Expectations*, 5 CONN. INS. L.J. 21, 22 (1998). 早期重要的判決如 *Gaunt v. John Hancock Mutual Life Insurance Co.*, 160 F.2d 599 (2d Cir.), cert. denied, 331 U.S. 849 (1947). *Kievit v. Loyal Protective Life Insurance Co.*, 34 N.J. 475, 170 A.2d 22 (1961). Also see *Perrine v. Prudential Ins. Co.*, 56 N.J. 120, 265 A.2d 521, 524-525 (1970).

¹⁵⁰ “The objectively reasonable expectations of applicants and intended beneficiaries regarding the terms of insurance contracts will be honored even though painstaking study of the policy provisions would have negated those expectations.” Keeton, *id.* at 967.

¹⁵¹ James J. Fournier, *Why Courts Enforce Insurance Policyholders’ Objectively Reasonable Expectations of Insurance Coverage*, 5 CONN. INS. L.J. 335, 339 (1998).

¹⁵² *C & J Fertilizer, Inc. v. Allied Mut. Ins. Co.*, 227 N.W.2d 169 (Iowa 1975). *Storms v. United States Fidelity & Guar. Co.*, 118 N.H. 427, 430, 388 A.2d 578, 580 (1978); *Dairyland Ins. Co. v. Wyant*, 474 N.W.2d 514, 516 (S.D. 1991). 對此不同意見之整理，可參見Note, *A Common Law Alternative to the Doctrine of Reasonable Expectations in the Construction of Insurance Contracts*, 57 N.Y.U. L. REV.

險契約的合理期待不同，兩者發生差距時，即應循其合理期待，為有利於要保人或被保險人之解釋¹⁵³，即使此項期待與保險人明示之內容相衝突亦同¹⁵⁴。

就此以觀，在以被保險人優先模式為原則之前提下，若保險人未經個別商議，逕於保險契約中訂定代位求償分配之約款，例如全部代位所得均歸於保險人，則似與保險人、要保人之合理期待衝突，而有違合理期待原則之虞。然而，就於我國實際適用之可能性而言，由於我國目前並無合理期待原則之明確法源依據，且過去法院之態度多較為保守¹⁵⁵，故欲期待法院直接引用合理期待原則處理代位求償分配約定之問題，目前恐有實際上的困難¹⁵⁶。

3. 當事人以個別磋商之方式，約定代位求償分配比例者

保險契約屬於債權契約之一種，由於個案需要不同，定型化契約無法一一涵蓋，故基於契約自由原則，在不違反法律強制或禁止會定之條件下，容許當事人以個別商議方式另行約定，此即個別商議條款¹⁵⁷。依本文見解，當事人以個別磋商之方式，約定代位求償分配比例者，在損失填補原則、舉重以明輕等法理考量下，此約定即為有效——不論是約定被保險人優先受償、依若干比例分配代位求償所得、或約定由保險人優先受償，均無不可。而於現行法，此等經個別磋商而約定之約款，依據消費者保護法第十五條：「定型化契約中之定型化契約條款牴觸個別磋商條款之約定者，其牴觸

1175, 1186-92 (1982).

¹⁵³ 劉宗榮，同註6，頁8。

¹⁵⁴ 林建智，論合理期待原則，保險專刊，33期，頁161，1993年9月。

¹⁵⁵ 劉宗榮，同註6，頁8。

¹⁵⁶ 故學說上認為，我國應以修法之方式明訂合理期待原則，以為於實定法上的基礎。林建智，同註154，頁164-165。

¹⁵⁷ 劉宗榮，同註6，頁52。

部分無效。」其效力高於一般條款，故即應依據該約定分配代位求償所得。因此，目前即可以消保法第十五條作為現行法解釋之基礎。至於非消費性質之保險，如海上保險等，因雙方實力與地位較為對等，基於私法自治、探求當事人真意等法理，亦當以當事人之約定作為分配代位求償所得之依據。

三、小結——三階段之審查流程與建議修正條文

本文以為，保險代位既然源自於損失填補原則，除非另有妥適之特別規定，否則其推論與解釋自應循此原則為之。在保險人代位權與被保險人請求權之行使順序此一問題中，應以被保險人優先說最符合損失填補之精神。藉由法律經濟模型的分析，我們可以發現，在綜合考量保險給付、自負額、訴訟費用、其他耗損……變數之後，被保險人優先受償模式對於被保險人的效用與總效用最高，最符合被保險人之利益。又因此問題與最大誠信原則、維持保險制度、公共利益等較無直接的牽連，故若有法律特別之規定，或是有當事人間特定、具體、真摯的特約，則應可排除或修正被保險人優先受償模式。總結上述之討論，針對我國目前未有明文之情形，以及未來之修正方向，本文試提出三階段之判斷標準，以供參酌：

(一)法規有無特別規範

損失填補原則為保險法中之重要原則，雖然並非全無修正、調整之空間，但仍必須有適當、明文的特別規定，而不得任意為之。因此，首先應檢視法規中有無類似美國勞工補償法對於代位所得分配之特別規定。如有，則依據該特別規定分配之；如無，則繼續進行下一步之判斷。

（二）當事人有無特別約定

對於保險人代位權與被保險人請求權行使順序之問題，如肯認當事人自行約定之效力，應尚不致與最大誠信原則、維持保險制度、公共利益……等保險法基本原則相牴觸。又基於舉重以明輕之法理，既然被保險人本來就可以放棄不行使對第三人之權利，則僅是將優先受償權讓與他人、或是比例受分配，則應無不許之理。美國學說也認為，應以當事人在對第三人求償前先進行分配協議為最佳良方¹⁵⁸。又顧及我國之現況，現階段同意之方式，至少應以特定、具體、個別磋商的方式為之。因此，此階段應考量當事人間是否有合於上述條件之特約，如有，則依該特約分配之，若無再依下一步判斷之。

（三）依據被保險人優先受償模式分配

在經過法理與經濟上的分析之後，被保險人優先受償模式，應是最符合損失填補原則、以及最能保障被保險人之模式。如果法律沒有其他特別規定，代表立法者沒有其他更高的價值判斷或考量；當事人間如又無特別約定，則代表被保險人並無放棄或限制自己權利之意。此時，即應依據被保險人優先受償模式來分配代位求償之所得。

總結本文，在未來的立法政策上，或可於保險法第五十三條第三項增訂以下條款，以利適用：

「當保險人對第三人行使代位權，且被保險人亦就未受理賠部分向第三人請求，而第三人之資力不足時，保險人與被保險人之受償順序，依下列順序定之：

1. 法律有特別規定時，依其定受償順序。

¹⁵⁸ Rinaldi, *supra* note 21, at 817.

2. 法律無特別規定時，依當事人個別磋商之合意定其受償順序。

3. 法律無特別規定，當事人又無約定，未能合意或其約定不合前款之要件時，被保險人應優先於保險人受償。¹⁵⁹」

伍、結論——潘朵拉盒子裡的希望

在希臘神話中，潘朵拉的盒子為人間帶來了苦難，但也帶來了希望。而保險代位制度雖然有者許多困難與爭議，但也落實了損失填補原則、衡平了當事人間的利益關係。或許，學說將保險代位比喻為打開潘朵拉盒子似有言過其實之嫌，但也讓我們有了重新思考相關法理的機會。對於被保險人優先受償模式，固然多數學說都採取此一見解；但近年來，特別是在英美法，也對此一原則提出相當多的批評與挑戰。對此，本文由介紹理論上可能的五種分配模式開始，並將焦點集中於被保險人優先說、比例分配說與保險人優先說三者。藉由法理上的推論與法律經濟模型的分析，本文以為，在考量各種變數之後，被保險人優先受償模式仍然是最符合損失填補原則與被保險人利益的模式。不過，如果立法者另有更高的價值判

¹⁵⁹ 附帶而言，此一規定可否再以約定加以變更或除外？就第1款而言，如前文所述，法律既然已經另有特別規定，代表其已有更高之價值判斷或考量，故原則上應不許當事人再以約定限制或排除之。至於第2款與第3款，同如前文所述，其規範強度約略介於美國法「容許意定修正的被保險人優先模型」中的第二、四種，以及「衡平法下的被保險人優先模型」之間。其意旨本在於防止保險人濫用其地位，以保障被保險人。因此，當然不允許再以約定或條款使保險人取得優於此之地位。相對的，依據前文之討論，以及基於保障被保險人之意旨，如當事人欲另行約定其他更簡單、有利於被保險人之運作模式（如保險人放棄協議、直接約定全部由被保險人優先受償等等），應無不可。因此，此處應可適用保險法第54條第1項後段。惟即使如此，其仍不得逾越損失填補原則等法理，乃屬當然。

斷，而為特別規定時，即應予以尊重。而在公共利益、保險人與被保險人之利益、實務運作等綜合考量下，本文亦肯認應容許以嚴格的約定方式，排斥或修正被保險人優先受償模式的適用。在判斷順序上，則可依三階段之程序：先檢視法規有無特別規定，再檢視當事人間是否有特別約定，若均無再適用被保險人優先受償模式。而我國保險法對此並無明文，故除非另有上述之例外，否則即應依據被保險人優先受償模式，以分配代位求償之所得為是。

參考文獻

一、中 文

1. Eric Rasmusen, 張建一、楊家彥、吳麗真譯, 賽局理論與訊息經濟, 2003。
2. 上海保險學會關於最高人民法院「關於審理保險糾紛案件若干問題的解釋(徵求意見稿)」的建議, 上海保險, 2期, 頁18-33, 2004。
3. 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94-113, 1995。
4. 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。
5. 尹章華, 從消費權益論定型化契約, 司法週刊, 753期, 2版, 1995。
6. 王衛恥, 實用保險法, 1981。
7. 朱柏松, 消費者保護法論, 1999。
8. 江朝國, 人壽保險人代位權規定之相關問題探討——以台灣保險法第一〇三條為中心兼評大陸保險法第六八條, 月旦民商法雜誌, 1期, 頁95-111, 2003。
9. 江朝國, 火災保險, 1992。
10. 江朝國, 初探兩岸保險契約法, 政大法學評論, 56期, 頁133-157, 1996。
11. 江朝國, 保險代位之競合——以強制汽車責任保險法第二十七條與第三十一條為例, 月旦法學教室, 10期, 頁89-100, 2003。
12. 江朝國, 保險法基礎理論, 4版, 2002。
13. 江朝國譯, 德國保險法, 1993。
14. 汪信君, 保險法請求權代位與權利移轉之範圍, 月旦法學教室, 55期, 頁26-27, 2007。
15. 汪信君、廖世昌, 保險法理論與實務, 2006。
16. 林建智, 論合理期待原則, 保險專刊, 33期, 頁157-166, 1993。
17. 林群弼, 保險法論, 2版, 2003。
18. 林誠二, 從消費者保護法看責任保險, 消費者保護研究, 3輯, 頁191-196, 1997。

19. 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1-45，2002。
20. 林勳發譯，營業保險人對於侵權行為人之償還請求權，載：氏著，保險法論著譯作選集，頁115-125，1991。
21. 施文森，論保險人代位求償之範圍，保險學報，2期，頁5-16，2005。
22. 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131-155，2004。
23. 孫蓉，保險法概論，1999。
24. 孫積祿，保險代位權研究，法律科學——西北政法學院學報，3期，頁81-88，2003。
25. 桂裕，保險法，5版，1992。
26. 袁宗蔚，保險法，4版，1969。
27. 袁宗蔚，保險學，32版，1992。
28. 馬原主編，保險法條文精釋，2003。
29. 張維迎，賽局理論與信息經濟學，2000。
30. 梁宇賢，保險法，2版，1995。
31. 梁宇賢，保險法新論，2001。
32. 梁宇賢、劉興善、柯澤東、林勳發，商事法精論，修訂版，2005。
33. 莊詠文主編，保險法教程，1987。
34. 陳欣，保險法，2000。
35. 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。
36. 陳俊元，保險代位之性質與相關問題之探討——以實體代位與程序代位之比較為中心，政治大學風險管理與保險研究所碩士論文，2004。
37. 閔彬，不足額保險條件下的保險代位權的行使，保險研究，1期，頁84-85，2006。
38. 最高法院刑事裁判選輯，6卷1期。
39. 程兵、任潔，不足額保險中的保險金扣除權和保險代位權的實現，河海大學學報（哲學社會科學版），4期，頁42-58，2002。
40. 覃有土主編，保險法概論，1994。

- 41.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。
- 42.黃健彰，我的過失，誰來承擔——論自負額條款與被保險人與有過失時保險人得代位之金額，律師雜誌，309期，頁84-88，2005。
- 43.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。
- 44.楊仁壽，論權利代位之取得與行使，法令月刊，42卷4期，頁9-13，1992。
- 45.葉啓洲，論保險契約之批單、任意終止與內容控制之法源依據——最高法院七十九年台上字第二四八〇號判決及保險法增訂第五十四條之一評釋，法學叢刊，45卷1期，頁85-102，2000。
- 46.鄒海林，保險法，1998。
- 47.劉宗榮，定型化契約與保險契約，保險專刊，43期，頁25-29，1996。
- 48.劉宗榮，新保險法：保險契約法的理論與實務，2007。
- 49.劉春堂譯，日本保險法規，1994。
- 50.劉鵬舉，淺議保險代位權與保險金扣除權的實現，山東審判，4期，頁77-79，2004。
- 51.樊啓榮主編，保險法論，2001。
- 52.鄭玉波，劉宗榮修訂，保險法論，修訂6版，2006。
- 53.賴上林，兩岸保險法之比較，1997。
- 54.簡資修，經濟推理與法律，2004。
- 55.饒瑞正，論保險契約之特約條款及其內容控制，月旦法學雜誌，94期，頁105-129，2003。

二、日 文

- 1.山下友信、竹瀨修、洲崎博史、山本哲生，保險法，1999。
- 2.今井薰、岩崎憲次、栗田和彥、坂口光男、佐藤幸夫、重田晴生，保險・海商法，1988。

3. 田辺康平，一部保険における保険者の請求権代位，載：保険法の理論と解釈，頁147以下，1981。
4. 田辺康平，保険契約の基本構造，1980。
5. 田辺康平，現代保険法，1996。
6. 石田満，商法IV：保険法，1978。
7. 西島梅治，保険法，1995。
8. 倉沢康一郎，保険契約の法理，1975。
9. 倉沢康一郎，保険法通論，2004。
10. 鈴木辰紀，火災保険契約論，1980。

四、英 文

1. ARNOULD, JOSEPH, ARNOULD'S LAW OF MARINE INSURANCE AND AVERAGES (1981).
2. Baron, Roger M., *Subrogation: A Pandora's Box Awaiting Closure*, 41 S.D. L. REV. (1996).
3. Baron, *Subrogation on Medical Expense Claims: The "Double Recovery" Myth and the Feasibility of Anti-Subrogation Laws*, 96 DICK. L. REV. (1992).
4. Buchanan III, Thomas G., *Franklin v. Healthsource of Arkansas: Arkansas Adopts the Made-Whole Doctrine*, 51 ARK. L. REV. (1998).
5. CHIANG, ALPHA C., FUNDAMENTAL METHODS OF MATHEMATICAL ECONOMICS (1984).
6. Flower, Steven, *Toward Correcting the Misapplication of Subrogation Doctrine in California Healthcare*, 77 SCALR (2004).
7. Fournier, James J., *Why Courts Enforce Insurance Policyholders' Objectively Reasonable Expectations of Insurance Coverage*, 5 CONN. INS. L.J. (1998).
8. Gobis, Linda J., *Lambert v. Wensch: Another Step Toward Abrogation of the Collateral Source Rule in Wisconsin*, 1988 WILR (1998).
9. Greenblatt, Jeffrey A., *Insurance and Subrogation: When the Pie Isn't Big Enough, Who Eats Last?*, 64 U. CHI. L. REV. (1997).

10. HARRISON, JANE ELLEN, PROLEGOMENA TO THE STUDY OF GREEK GELIRION (1903).
11. HORN, RONALD C., SUBROGATION IN INSURANCE THEORY AND PRACTICE (1964).
12. Ingram, John Dwight, *Priority Between Insurer and Insured in Subrogation Recoveries*, 3 CONN. INS. L.J. (1996-97).
13. IVAMY, E. R. H., GENERAL PRINCIPLE OF INSURANCE LAW (1993).
14. Jao, Juei-cheng, *A Quest for Subrogation in Insurance: To Formulate a Model Statute by Comparative Study*, 5(1) INSURANCE ISSUES AND PRACTICES (2006).
15. Jerry II, Robert H., *Insurance, Contract, and the Doctrine of Reasonable Expectations*, 5 CONN. INS. L.J. (1998).
16. JESS, DIGBY C., THE INSURANCE OF COMMERCIAL RISKS: LAW AND PRACTICE (2001).
17. Joseph, F. & Bray, Du, *A Response to the Anti-Subrogation Argument: What Really Emerged from Pandora's Box*, 41 S.D. L. REV. (1996).
18. Jr., J & Edeus, Keith E., *Subrogation of Personal Injury Claims: Toward Ending an Inequitable Practice*, 17 N. ILL. U. L. REV. (1997).
19. Keeton, Robert E., *Insurance Law Rights at Variance with Policy Provisions*, 83 HARV. L. REV. (1970).
20. McDowell, *The Collateral Source Rule—The American Medical Association and Tort Reform*, 24 WASHBURN L.J. (1985).
21. MOORE, CLIFFORD H., THE GELIGIOUS THOURHT OF THE GREEK (1916).
22. MEHR, ROBERT I. & E. CAMMACK, PRINCIPLE OF INSURANCE (1980).
23. Note, *A Common Law Alternative to the Doctrine of Reasonable Expectations in the Construction of Insurance Contracts*, 57 N.Y.U. L.REV. (1982).
24. Parker, Johnny C., *The Made Whole Doctrine: Unraveling the Enigma Wrapped in the Mystery of Insurance Subrogation*, 70 MO. L. REV. (2005).
25. Parker, Johnny, *The Common Fund Doctrine: Coming of Age in the Law of Insurance Subrogation*, 31 IND. L. REV. (1998).
26. Parry, Andrea L., *Subrogation in Pennsylvania—Competing Interests of Insurer and Insureds in Settlements with Third-Party Tortfeasors*, 56 TEMP. L.Q. (1983).

27. Pickar, Eric J., *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).
28. Rinaldi, Elaine M., *Apportionment of Recovery Between Insured and Insurer in a Subrogation Case*, 29 TORT & INS. L.J. (1994).
29. ROSE, F. D., MARINE INSURANCE: LAW AND PRACTICE (2004).
30. SEYFFERT, OSKAR, DICTIONARY OF CLASSICAL ANTIQUITIES (1894).
31. Sykes, Alan O., *Subrogation and Insolvency*, 30 J. LEGAL STUD. (2001).
32. TEMPLEMAN, FREDERICK, TEMPLEMAN ON MARINE INSURANCE: ITS PRINCIPLE AND PRACTICE (1986).
33. Thompson, Robert J., *The Common Fund Doctrine: An Uncommonly Used Precept in Personal Injury Cases*, 84 ILL. B.J. (1996).
34. VARIAN, HAL R., INTERMEDIATE MICROECONOMICS: A MODERN APPROACH (1999).
35. WALMSLEY, R. M., FIRE INSURANCE LAW & CLAIMS (1997).

A Reconsideration of the Insured-whole Doctrine (2)

Chun-Yuan Chen* Chih-Hsiang Chen**

Abstract

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

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

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

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

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

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