

# 保险代位权与被保险人损害赔偿请求权的受偿顺序

武亦文\*

摘要: 如何安排保险代位权与被保险人损害赔偿请求权的受偿顺序,是在保险代位权介入受害人损害救济体系而对复数权利进行调节之后的衍生性问题。一般认为存在被保险人优先模式、保险人优先模式和比例分配模式三种处理规则。然而,三种处理规则在不同法系之中有着不尽相同的表现形态,我国保险立法和实务应在权利划分和权利行使两个阶段处理受偿顺序的问题。受偿顺序的安排并非是简单的规则选取,而是复杂的体系运作,需要系统化的解决方案。受偿顺序的一般规则应是被保险人优先受偿规则。但是该一般规则在特别法另有规定或当事人另有约定的情形下可以例外排除,而改为采取其他处理规则。除此之外,追偿成本的承担和超额利益的归属也需要在一般规则之下加以特别处理。

关键词: 保险代位权 侵权损害赔偿 权利受偿顺序 被保险人优先受偿

## 一、问题的提出

在现代化进程中,生产力的指数式增长,使危险和潜在威胁的释放达到了我们前所未有的程度,<sup>(1)</sup>“风险社会”的认知因此被广为接受。在风险社会的背景之下,如何足额、有效且公平地补偿受害人,是一项重大的社会命题。侵权损害赔偿制度显然无法独自完成这一重任,<sup>(2)</sup>其与商业保险、社会保险等制度相互配合,共同构成了高度复杂的受害人损害法律救济体系。一项合理的救济,既不能补偿不足,亦不可补偿过度,受害人损害救济体系中并行给付的多种救济方式需要运用一定手段加以调节,保险代位权即是其中的关键手段之一。<sup>(3)</sup>在大量事故和损害事件中,该制度决定了由何人承

\* 武汉大学法学院讲师,法学博士。本文系教育部人文社会科学研究一般项目(项目号:13YJC820080)的阶段性研究成果,并受武汉大学70后学术团队“我国现代化进程中的法治问题研究”支持项目和武汉大学自主科研项目(人文社会科学)(即“中央高校基本科研业务费专项资金”)的资助。

(1) [德]乌尔里希·贝克《风险社会》,何博闻译,译林出版社2003年版,第15页。

(2) 无论是风险的管理(事前的预防和事后的损失扩大防止),还是损失的分担、补偿,都无法仅仅通过偶然发生关联的数个个体之间协调解决,而必须存在专业组织体的有效介入。作为国家风险管理制度核心组成部分的保险业和作为社会稳定“安全阀”的社会保障体制,与传统侵权法律制度相结合,方可完成对社会生活中各种受害人提供救济保障的任务。有关探讨可参见[德]格哈特·瓦格纳“当代侵权法比较研究”,高圣平、熊丙万译,载《法学家》2010年第2期,第123-127页;张俊岩“风险社会与侵权损害救济途径多元化”,载《法学家》2011年第2期,第91页以下。

(3) 在侵权损害赔偿与商业保险并行给付时,通说认为是以保险代位权制度加以调节;而在侵权损害赔偿与社会保险并行给付时,我国学者多认为在比较法上有数种模式可供挑选来作为调节手段,如补充模式、兼得模式、替代模式和选择模式。具体探讨可参见周江洪“侵权赔偿与社会保险并行给付的困境与出路”,载《中国社会科学》2011年第4期,第166页以下;张新宝“工伤保险赔偿请求权与普通人身损害赔偿请求权的关系”,载《中国法学》2007年第2期,第52页以下。

担经济负担,所以可认为,它是我们整个民法系统最重要的法律政策之一。<sup>(4)</sup>在某种程度上说,侵权责任法成为现代损害救济体系中的“代位追偿前提条件法”(Recht der Regressvoraussetzungen)。<sup>(5)</sup>保险代位权制度的运用,最终又反过来形塑和影响受害人损害救济体系,在一定条件下甚至会制造出新的法律困境。保险人获得保险代位权的前提仅仅是保险金的现实给付,而并不需要所给付的保险金能够完全弥补被保险人的损失,抑或被保险人向第三人求偿而获完全补偿,因此也就有保险代位权和被保险人剩余的损害赔偿请求权同时存在的可能。如果保险人未给付保险金,或者给付的保险金能够弥补被保险人所受到的全部损失,就不会发生如何处理这两项权利受偿顺序的问题。然而,如果保险金给付不构成完全补偿,则将产生受偿顺序的问题。

近些年来,涉及到这一问题的案件层出不穷。<sup>(6)</sup>然而,我国保险立法对此并没有给出明确的结论。<sup>(7)</sup>尽管在我国理论界和实务界,所谓的“被保险人优先”原则一直处于通说地位,<sup>(8)</sup>也符合“维护被保险人利益”这一政策导向,但是相关论述主要还是直观的、浅表的立场选取,既没有对两大法系关于受偿顺序问题的探讨作追本溯源的梳理,无法辨识其间“形同而神异”的状况,也没有就处理模式的选择作出足够深入扎实的论证,更不能认识到受偿顺序问题的处理并不是某种学说的简单选取,而是需要提供系统化的解决方案。本文试图通过进一步研究,为公平合理地安排保险代位权和被保险人损害赔偿请求权的受偿顺序,实现受害人损害救济体系的高效运转,提供一种思路。

## 二、受偿顺序处理模式释评

### (一) 大陆法系的处理模式:绝对理论、相对理论和差额理论

在大陆法系的语境中,保险代位权的实质为法定债权移转。保险人给付保险金之后,被保险人对第三人的损害赔偿请求权即法定移转于保险人处。如果给付的保险金能够完全弥补被保险人所受到的损失,那么被保险人的损害赔偿请求权就全部移转给保险人。如果给付的保险金仅能弥补被保险人所受到的部分损失,被保险人的损害赔偿请求权在何种范围之内移转给保险人就成为问题。在德

(4) [德]马克西米利安·福克斯《侵权行为法》,齐晓琨译,法律出版社2006年版,第321页。

(5) 朱岩《侵权责任法通论·总论·上册:责任成立法》,法律出版社2011年版,第38页。

(6) 在北大法律信息网检索到有关保险代位求偿的案件共317件(截止到2013年4月18日),这其中涉及到保险人代位求偿权和被保险人损害赔偿请求权存在竞合可能的案件不少,例如“唐雄伟与美亚财产保险有限公司广东分公司保险代位求偿纠纷案”[[2011]穗中法民二终字第1896号];“中国人民财产保险股份有限公司广州市珠江支公司与广州市海珠区凤阳街风和康乐第七经济合作社保险代位求偿权纠纷上诉案”[[2010]穗中法民二终字第1945号];“中国人民财产保险股份有限公司杭州市武林支公司诉袁国方保险代位求偿权纠纷案”[[2010]杭西泗商初字第232号],等等。在一些案例中保险人和被保险人就权利获偿顺序问题也确实产生争议。具体可参见王林清《新保险法裁判百例精析》,人民法院出版社2009年版,第324-326页。

(7) 《保险法》第60条第3款规定“保险人依照本条第一款规定行使代位请求赔偿的权利,不影响被保险人就未取得赔偿的部分向第三者请求赔偿的权利。”依文义似乎仅指出在保险赔付之后,被保险人就其未获补偿的损失继续存有针对第三人的损害赔偿请求权,并未涉及到该请求权与保险代位权何者优先受偿的问题。最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国保险法〉若干问题的解释(二)》(征求意见稿)在其内部商议期间的某一版中曾在第17条第2款明确规定“第三者财产不足以赔偿被保险人和保险人的,应当优先赔偿被保险人的损失。”但是在2012年3月22日向社会公开征求意见所发布的版本中却未见其文。

(8) 叶名怡、韩永强“保险人代位权与被保险人求偿权竞合时的处理规则”,载《现代法学》2009年第6期,第95页以下;雷桂森、兰榕燕“保险人代位权与被保险人求偿权的冲突与处理”,载《法律适用》2011年第5期,第18页;上海市高级人民法院课题组:“保险代位求偿权纠纷案件的法律适用问题研究”,载《法律适用》2011年第5期,第25-26页;最高人民法院保险法司法解释起草小组编著《〈中华人民共和国保险法〉(保险合同章)条文理解与适用》,中国法制出版社2010年版,第391-392页。

国,保险法学理上存在三种不同的判定标准:<sup>(9)</sup>

第一,绝对理论(Absolute Theorie)。该说是指被保险人的请求权在保险给付的数额范围内均当然地移转予保险人,剩余部分的请求权才保留给被保险人行使。依此理论对案例的处理是,在保险金给付的范围内,甲对丙的50万元请求权移转予乙。甲仍得对丙请求赔偿的数额为30万元(80万元-50万元)。

第二,相对理论(Relative Theorie)。该说认为,被保险人请求权移转于保险人的范围,以保险金额与保险价值的比例决定之。若依此说,保险人乙可得代位的数额为40万元(80万元×(50/100))。被保险人甲仍得对丙请求赔偿的数额为40万元(80万元-40万元)。

第三,差额理论(Differenztheorie)。该理论是以被保险人的损害填补为优先考量因素。若被保险人的损害尚未获得完全补偿,则被保险人的请求权在其尚未获得填补的数额范围内(差额部分)并不移转于保险人,此又被称为被保险人的限额优先权(Quotenvorrecht)。如依此理论,则如被保险人的全部损失100万元,在扣除保险给付的50万元之后,仍有50万元尚未获得填补,这一额度内的损害赔偿请求权应保留给被保险人而不被移转。移转于保险人的请求权额度仅30万元(80万元-50万元)。

该三种理论运用的初步结果是,经过保险给付和损害赔偿请求(不考虑第三人责任财产不足的情形)之后,依绝对理论,则被保险人仍有20万元损害需要自行承担;依相对理论,则被保险人仍有10万元损害需要自行承担;如依差额理论,则被保险人的损害可获全部填补。

然而类似的讨论仅仅解决了保险代位权和被保险人剩余请求权这两个紧密联系的权利之间的范围划定问题。但仅仅界定权利内容是不够的,因为权利具体行使的冲突同样需要解决。要是保险人和被保险人都能从第三人处获得全部赔偿,自然没有问题;但是如果第三人清偿能力不足的话,权利的受偿顺序就显得十分重要。对于上述三种理论的不同采纳,自然也会就权利具体行使之受偿顺序产生不同看法。其一,与通说的差额理论相配套的是被保险人的优先受偿权(Befriedigungsvorrecht)。依此,当第三人丙的清偿能力不足,仅有60万元的责任财产可以履行损害赔偿责任时,在被保险人的50万元请求权和保险人的30万元代位求偿权中,被保险人可实际获偿50万元,而保险人仅能实际获偿10万元(不考虑诉讼费用、执行费用等行使成本的情况下)<sup>(10)</sup>。其二,绝对理论不仅表明不论保险给付能否完全弥补被保险人的全部损失,在保险给付的范围内,被保险人的请求权均法定移转于保险人处,而且也意味着在保险给付的范围内,保险人有优先受偿的权利。依此,当第三人丙的清偿能力不足,仅有60万元的责任财产可以履行损害赔偿责任时,保险人乙能实际获偿50万元,而被保险人对丙行使的30万元请求权中仅有10万元(60万元-50万元)能实际求偿。其三,相对理论不仅主张比例移转,而且基于债权平等原则,保险代位权和被保险人剩余请求权优先顺位平等,故保险人与被

(9) Vgl. Langheid/Wandt, Münchener Kommentar zum Versicherungsvertragesgesetz, Band I, 2010, § 86 Rn. 124. See also Seung-kyu Yang, *The Insurer's Subrogation against the Third Person*, 4 Korean J. Comp. L. 46 (1976). 参见叶启洲《保险法实例研习》,元照出版公司2009年版,第163-164页。在此引用叶启洲书中所举案例来阐释大陆法系的处理模式。具体案情为:甲有一部车,价值100万元,向乙投保汽车车体损失保险,保险金额约定为50万元。某日甲驾驶A车与丙驾驶的B车碰撞,导致A车全损,被保险人甲就该事故有20%的过失,丙则有80%的过失。保险人乙依约给付保险金50万元后,得于如何的范围内,向丙代位行使甲的损害赔偿请求权?又如丙的清偿能力不足,仅有60万元的责任财产可以履行损害赔偿责任,则甲、乙在强制执行中应如何分配?在该案中,被保险人甲受有100万元的损失。依照过失相抵的规定,被保险人甲对加害第三人丙的损害赔偿请求权为80万元。另由于是不足额保险,被保险人甲能够向保险人乙请求给付保险金50万元。

(10) 叶启洲:同注9引书,第165页。

保险人应依其债权数额的比例向第三人求偿。依此,保险人和被保险人各可实际获偿30万元。

对于权利数额的划定问题,德国《保险契约法》一直未予明确规定。不过德国司法界现今基本是采用差额理论的。其理由在于,保险代位的规范目的在于避免重复补偿及维持第三人赔偿责任,而非在于限制或剥夺被保险人的权利。换言之,不能因为保险代位的规定,反而使被保险人受到不利益。然而令人惊讶的是,自《保险契约法》制定后,德国联邦最高法院竟然花费了46年才得出“被保险人优先受偿”这一结论。<sup>(11)</sup>不仅如此,现今仍有不少学者对此说持批判态度。他们认为,其一,被保险人的限额优先权理论带来的后果是,有关自负额(Selbstbehalt)和不足额保险(Untersicherung)的规定将会从经济层面上被抵消或者失去意义。基于被保险人的限额优先权理论,被保险人可以通过其优先被考虑的对于侵害人的赔偿请求权,来弥补原本依据保险合同并不予以补偿的(比方说在约定自负额或不足额保险的情况下)的损失。如此,则一方面虽然由于存在自负额或不足额保险的约定,保险人向被保险人收取的保险费较之足额保险要低不少,另一方面保险人最后却不得不承担与足额保险同样的损失分担责任。这对保险人是不公平的。<sup>(12)</sup>其二,被保险人的限额优先权理论似乎也违背了立法者的意图,即通过保险代位权防止被保险人获取不合理的利益。因为在约定自负额或者不足额保险的情况下,被保险人恰恰是不应获得完整的损失补偿的。<sup>(13)</sup>

而有关权利行使顺序的问题,依据德国《保险契约法》第86条第1款的规定可知,保险代位权的行使,不得对被保险人造成不利益。也就是说,在保险补偿不足的情形下,如果第三人的责任财产也不足,则在权利实现过程中,应令被保险人剩余请求权优先于保险人代位求偿权而受偿。被保险人优先受偿权理论是德国法上的通说。其理论根据在于,保险合同签订的意义和目的是为损失风险提供保障。一方面,被保险人基于其交纳的保险费而享有这样一种请求权,即对他的损失可在保险金额的范围之内进行赔偿,而不必依赖于其他获得赔偿的可能性。另一方面,保险人也通过接受保险费获得了对待给付,这样就可以要求保险人接受对第三人的损害赔偿请求权只有在为防止被保险人双重获利的情形下才通过代位权的形式转移至保险人处。然而这种双重获利的后果在被保险人对第三人优先行使请求权的情形下是不会出现的,因为这时给付的保险金和获得优先实现的请求权加起来并未超过被保险人实际遭受的损失。<sup>(14)</sup>

## (二) 英美法系的处理模式: 保险人优先说、比例分配说和被保险人优先说

在保险代位权的法律构造上,英美法系的通说是程序代位理论。基于这一认知,当保险补偿不足,因而同时存在着保险人代位求偿权和被保险人剩余请求权的情况下,对损害赔偿第三人的追偿要么是单独以被保险人的名义,要么是一并以被保险人和保险人的名义,而诉讼的主导权可能为被保险人或保险人所单独掌握,又抑或由被保险人和保险人共同掌握。但是不管哪种情形,对损害赔偿责任第三人的追偿应在同一诉讼中解决,在追偿完成之前保险人和被保险人相互之间的权利份额是没有清晰界分的,只是在诉讼后就追偿所得才有如何在保险人和被保险人之间分配的问题。也就是说,英

(11) 参见 Wolfgang Freiherr Von Marschall “营业保险人对于侵权行为人之代位权——西德保险契约法第六十七条之规定”,载林勋发著译《保险法论著译作选集》(增订再版),今日书局1995年版,第123页。

(12) Langheid/Wandt (Fn. 9), § 86 Rn. 132.

(13) Langheid/Wandt (Fn. 9), § 86 Rn. 138.

(14) Ruffer/Halbach/Schimikowski, Versicherungsvertragsgesetz Kommentar, 1. Aufl., 2009, § 86 Rn. 24.

美法系不如大陆法系一般存在权利移转范围的问题,而仅仅存在就实际追偿所得合理分配的问题,并就此存在着保险人优先说、比例分配说和被保险人优先说三种不同的处理模式。

在英国,通说认为,被保险人可以将从第三人处获得的赔偿先用于抵偿自己未投保的损失,而不必先向保险人负责,<sup>(15)</sup>也就是采被保险人优先说。但是这一认识在一些特殊情形下被予以修正。第一,定值保险(valued policy)的情形。定值保险中的估值有可能会少于被保险财产的实际价值,以至于估值的数额不一定能完全弥补被保险人的损失。然而被保险人要适用禁反言(estoppel)规则,这项估值是在保险人和被保险人之间关于所保财产价值的不容辩驳的认知。当被保险人财产全损时,保险人支付等同于估值数额的保险金,就意味着构成一项完全补偿(full indemnity)。因此,其后向第三人追偿所得理应由保险人享有优先受偿的权利。此即采纳保险人优先说。第二,共同保险(co-insurance)和损失均分条款(the average clause)的情形。共同保险和损失均分条款的存在,使得被保险人就未予保险保障的那部分利益成为自己的保险人,因此保险人和被保险人就其负担或承担损失的比例来分配代位求偿所得。此即采纳比例分配说。<sup>(16)</sup>第三,当事人特别约定的情形。澳大利亚《保险合同法》第67条第3款规定,当事人可以在损失发生后以特别约定排除法定的被保险人优先受偿模式。<sup>(17)</sup>尤其是在海上保险实务中,当事人一般会在保险合同中就代位求偿所得如何分配订立明确的条款,且往往约定为保险人优先受偿(所谓的“the ‘top-down’ approach”即是如此)。<sup>(18)</sup>

而在美国,完全补偿规则(made-whole doctrine)是多数规则。大部分州的法院都认为,基于保险代位权的衡平法属性,只有在被保险人已经得到完全补偿的情形下,保险人才能够代位取得被保险人对第三人的权利。<sup>(19)</sup>学理上将其称为被保险人优先说。其一,被保险人向保险人支付保险费,是为了将已保损失(insured loss)的风险移转给保险人来承担。假如损害赔偿第三人资力不足(judgment-proof)且无保险保障,保险人仍需负担保单保障的全部损失数额。<sup>(20)</sup>其二,并无经验证据存在可供证明,通过成功的代位求偿所可能获得的收益将被作为确定保险费率的一项依据。<sup>(21)</sup>那么由保险人优先受偿就缺乏一定的合理性。其三,当一个被保险人购买了一份保险,该项交易的核心就在于一旦被保险人遭受了损害,他将得到完全的补偿。如果存在这样的情形,被保险人或保险人必有一方在某种程度上无法获得赔付,那么无法获偿的损失应当由提供风险保障的保险人来承担。<sup>(22)</sup>

被保险人优先说在美国受到了不少学者和法官的批评。总结而言,主要有以下方面。第一,“完全补偿”作为保险代位权行使的一项前提条件,在实务中往往难以认定。保险代位权的首要目的是防止被保险人双重受偿,而为了避免“双重受偿”(double recovery),必须首先确定怎样才构成“足额补

(15) 参见 Malcolm A. Clark《保险合同法》,何美欢、吴志攀等译,北京大学出版社2002年版,第827页。

(16) See S. R. Derham, *Subrogation in Insurance Law* 133-135, 139, 143 (Law Book Co. 1985).

(17) 澳大利亚《保险合同法》第67条第3款的内容为:“(3) The rights of an insured and insurer under the preceding provisions of this section are subject to any agreement made between them after the loss occurred.”

(18) See Charles Mitchell, Stephen Watterson, Adam Fenton & Henry Legge, *Subrogation: Law and Practice* 368 (Oxford University Press 2007).

(19) [美]小罗伯特·H.杰瑞、道格拉斯·R.里士满《美国保险法精解》李之彦译,北京大学出版社2009年版,第346页。

(20) *Wimberly v. American Casualty Co.*, 584 S.W. 2d 200, 203-204 (Tenn. 1979). 在该案中,被保险人拥有的宾馆遭遇火灾,损失45 000美元。这场大火是由于第三人开车驶入所导致的,驾驶者的保险人支付责任保险金25 000美元,被保险人另投有火灾保险,由此而获得15 000美元的保险金。法院将从第三人的保险人处获得的25 000美元全部都分配给未获完全补偿的被保险人。

(21) *Shelter Insurance Companies v. Frohlich*, 498 N.W. 2d 82 (Neb. 1993).

(22) *Powell v. Blue Cross and Blue Shield of Alabama*, 581 So. 2d 777 (Ala. 1990).

偿”(single recovery)。可是在人身伤害案件中,判断被保险人是否已受完全补偿十分困难。同时获得医疗费用保险的保险金和侵权损害赔偿并不一定会产生意外之财或双重给付。在存在侵权赔付的多数情形下,侵权人的赔付事由可能包括工资损失、劳动能力的损失、病痛和精神伤害、永久或暂时的生理伤害、医疗费用、财产损失,以及一些不易精确评估的间接损失。简而言之,人身伤害案件包括过多的损害项目,假如要求遭受的所有损害项目都完全补偿之后才能行使保险代位权的话,保险人就几乎不可能具体行使保险代位权。<sup>(23)</sup> 即使是在非人身伤害的案件中,一些外部成本,如律师费用、诉讼费用等,是否应当与追偿收益进行抵扣?换句话说,完全补偿的认定是否应就净补偿所得而言?此外,判决的赔偿数额抑或和解的赔偿数额又是否可以认定为构成完全补偿呢?对此都存在着极大的争议。第二,完全补偿的要求时常导致更多的诉讼资源耗费和更高的追偿成本。由于完全补偿在认定上的困难,法院必须就具体的案件事实逐案进行分析和判断,更易造成诉讼程序的耗损和无效率。美国法院常以诉前的另一程序,即“Mini-trial”程序来解决完全补偿的认定问题。尤其是在最后以和解结案的案件中,关于被保险人是否已受完全补偿的附带诉讼(satellite litigation)将适得其反,且进一步销蚀可供被保险人受偿的金额。<sup>(24)</sup> 第三,被保险人优先受偿说还可能致致保险人被置于角色混乱的尴尬境地。在英美法系,当被保险人起诉第三人时,保险人常常实际主导诉讼进程。这时,保险人必须宣称被保险人的损失是巨大和严重的,如此是为了让被保险人获取一个更为有利的判决,进而有利于自己所拥有的保险代位权的实现。但是接下来,一旦保险人和被保险人就如何分配对第三人追偿所得产生争议而诉诸法院时,保险人又必须证明被保险人实际上已获完全补偿。为达成此目的,保险人需要宣称被保险人只需较小的数额即可获得完全补偿,被保险人遭受的损失并不严重。<sup>(25)</sup> 第四,被保险人不应就未保险的损失部分优先于保险人受偿,也是因为被保险人在合同订立时为了以较低的保费获取保单而同意承担部分损失的风险,<sup>(26)</sup>不能当保险事故发生时又转而要求此项风险应由保险人最终承担。

保险人优先说在美国是少数规则,只是在学理上,有学者通过法律经济学的分析来证明保险人优先说应当成为处理受偿顺序的一般规则。<sup>(27)</sup> 而另有一些州则承认,尽管被保险人优先说是一般规则,但是在特定情形下应采用保险人优先说。这些特殊情形包括以下方面。第一,保单中存在关于保险代位权的格式条款,或保险赔付后签立了代位求偿收据,依据这些条款,在保险赔付的范围内,被保险人对第三人的权利让与保险人。对此最常被引用的判例是俄亥俄州高等法院关于彼得森(Peterson)诉俄亥俄州农业保险公司一案的判决。<sup>(28)</sup> 第二,被保险人存在代位妨碍行为。在诺斯河保险公司诉麦肯齐(McKenzie)案中,被保险人遭受财产损失并获保险赔付2573美元。之后被保险人向第三人提起诉讼,要求赔偿所有的财产损失共计7500美元。在没有通知保险人的情况下,被保险

(23) See Melissa A. Perry, *Is the Made-Whole Requirement More than We Bargained For? From Franklin to Tallant—A Call to Reexamine the Made-Whole Doctrine in Arkansas*, 60 Ark. L. Rev. 299-300 (2007).

(24) See Roger M. Baron, *Subrogation: A Pandora's Box Awaiting Closure*, 41 S. D. L. Rev. 251 (1996).

(25) See Jeffrey A. Greenblatt, *Insurance and Subrogation: When the Pie Isn't Big Enough, Who Eats Last?* 64 U. Chi. L. Rev. 1365 (1997).

(26) See Elaine M. Rinaldi, *Apportionment of Recovery between Insured and Insurer in a Subrogation Case*, 29 Tort. & Ins. L. J. 809 (1994).

(27) Greenblatt, *supra* note 25, at 1337. See also Alan O. Sykes, *Subrogation and Insolvency*, 30 J. Legal Stud. 383 (2001).

(28) *Peterson v. Ohio Farmers Insurance Co.*, 191 N.E. 2d 157 (Ohio 1963).

人最终与第三人达成和解,仅赔偿 5982.15 美元。阿拉巴马州高等法院认为,由于被保险人有代位妨碍行为,故即便在被保险人未获完全补偿的情形下,保险人依然可以先就追偿所得获得与保险赔付数额相当的分配。<sup>(29)</sup> 第三,被保险人已就全部损失中的某项或某几项损失获得完全补偿。部分法院认为,当被保险人针对第三人的追偿可以明确区分为数个互相独立的损失补偿部分,保险赔付是针对其中的某一或某几部分,而这一或几部分已获完全赔偿时,尽管被保险人的其他损失部分未获完全弥补,保险人也可行使代位求偿权。<sup>(30)</sup> 第四,特别法的明确规定。美国联邦或州的立法有时会给予保险人分配追偿所得时的优先权,这样的立法常常出现在劳工补偿(Workers' Compensation)领域。给予雇主及其保险人分配追偿所得的优先权符合劳工补偿立法背后的“权益对等”法理。与一般侵权中的过错责任不同,雇主主要就与工作相关的伤害承担严格责任(无过错责任)。与此相应,当对雇员的伤害另有负终局责任的第三人时,雇主及其保险人也被赋予就对第三人的追偿所得优先受偿的权利。<sup>(31)</sup>

比例分配说是指将追偿所得按照被保险人和保险人各自负担的损失比例来进行分配。这一方法尤其适用于保险人实际主导对第三人追偿之诉,且被保险人的未保险损失相对较小的情形(例如在一个仅保障财产损失的车辆碰撞险中,免赔额为 50 至 500 美元)。<sup>(32)</sup> 除此之外,这一方法很少获得法院判决的援用,而更多地适用于被保险人和保险人之间的庭外和解中。<sup>(33)</sup>

### 三、受偿顺序问题产生的阶段和情形

通过对受偿顺序各种处理模式的评释可知,受偿顺序的安排绝非是简单的“三选一”,而是针对不同情形的一系列复杂处置的集合。在对受偿顺序进行具体研判之前,有必要先对其前置性的基础问题进行梳理,即何时、何种情形之下会产生处理保险代位权和被保险人损害赔偿请求权之间受偿顺序的需求。对此有不少学者的看法基本相似,比如林群弼教授就认为,当保险人就被保险人所受损失仅负部分赔偿责任时(例如不足额保险、自负额约定的情形),或当第三人就被保险人所受损失仅负部分赔偿责任时(例如被保险人与有过失的情形),或当第三人就被保险人所受损失缺乏全部清偿能力时(例如第三人财力有限无法就被保险人所受损失全部赔偿的情形),则将发生优先顺位的问题。<sup>(34)</sup> 但是类似的单线列举方式失于粗陋,根本不能作为对受偿顺序产生阶段和存在情形的恰当认知。

#### (一) 前提要素: 保险补偿不足

在我国保险立法和实务中,保险代位权的实质被认为是法定债权移转。<sup>(35)</sup> 保险人给付保险金之后,被保险人对第三人的损害赔偿请求权即法定移转于保险人处。如果给付的保险金能够完全弥补被保险人所受到的损失,那么被保险人的损害赔偿请求权就全部移转给保险人(此时不用考虑保险金

(29) *North River Insurance Co. v. McKenzie*, 74 So. 2d 599 (Ala. 1954).

(30) Rinaldi, *supra* note 26, at 811-814.

(31) See John Dwight Ingram, *Priority between Insurer and Insured in Subrogation Recoveries*, 3 Conn. Ins. L.J. 111 (1996).

(32) *Id.* at 117.

(33) See Eric J. Pickar, *Westfield Insurance Company, Inc. v. Rome: The South Dakota Supreme Court Rejects the Common Law "Made Whole" Doctrine on a Property Insurance Subrogation Claim*, 47 S. D. L. Rev. 331 (2002).

(34) 林群弼《保险法论》(增订二版),三民书局 2003 年版,第 291 页。

(35) 此种看法与大陆法系有关于此的基本认知相同,并且也是我国的应然选择。具体理由请参见温世扬、武亦文“论保险代位权的法理基础及其适用范围”,载《清华法学》2010 年第 4 期,第 31-35 页。

给付数额与被保险人损害赔偿请求权的数额是否一致) ,也就无所谓保险代位权和被保险人剩余请求权之间的竞合以及受偿顺序的安排问题。然而 ,如果给付的保险金仅能弥补被保险人所受的部分损失 ,被保险人的损害赔偿请求权在何种范围之内移转给保险人 ,移转之后被保险人的剩余损害赔偿请求权与保险代位权如何安排受偿 ,就成为问题。由此可见 ,保险补偿的不足构成了权利竞合产生的一个大前提。要是保险补偿已足 ,就算存在受害人过错( 过失相抵) 或者第三人资力不足的情形 ,也绝无可能有受偿顺序安排的问题。

具体而言 ,保险补偿不足的情形虽然主要存在于不足额保险中 ,但是也可能存在于足额保险中 ,比如足额保险约定有自负额或免赔额条款 ,又或者足额保险可能因为保险标的物的价值上涨而成为不足额保险。相反 ,那些原本是不足额保险的也可能因为保险标的物价值下降而成为足额保险 ,就不再属于保险补偿不足的情形。

#### (二) 在权利界分阶段发生的缘由: 受害人过错( 过失相抵)

保险补偿不足直接导致的结果是两项权利同时存在 ,却并非一定会存在权利数额划分或权利实际行使顺序的难题 ,例如第三人承担完全赔偿责任且责任财产充足的情况 ,即可以依债权平等原则平等受偿 ,而不至有何风险。但是如果在保险补偿不足的同时 ,又存在着受害人过错 ,以至于适用过错相抵规则使得针对第三人的损害赔偿请求权不能完全满足保险人代位求偿和被保险人就保险补偿不足部分求偿的需要 ,因而在债权法定移转的时候就要确定权利移转的数额范围 ,此时就要考虑如何在保险人和被保险人之间进行法益衡量。

这一问题在英美法系的语境中并不存在 ,因为如前所述 ,对损害赔偿责任第三人的追偿应在同一诉讼中解决 ,在追偿完成之前保险人和被保险人相互之间的权利份额是没有清晰界分的 ,只是在诉讼后就追偿所得才有如何在保险人和被保险人之间分配的问题。而这一问题在大陆法系的语境中却十分重要 ,保险代位权和被保险人剩余损害赔偿请求权是相互独立的 ,并且除非有特别约定共同追偿 ,保险人和被保险人是可以分别提起对第三人的诉讼的<sup>(36)</sup> 故两项权利一开始就要加以准确界分。

#### (三) 在权利行使阶段发生的缘由: 第三人资力不足

即使保险人和被保险人之间权利已经清晰界分 ,在第三人资力不足 ,其责任财产不能够供保险人和被保险人同时获得完全赔付的情况下 ,受偿顺序如何安排也存在问题。一般而言 ,第三人资力不足的情形下 ,多个债权人应平等受偿。但是此处基于法政策的考量 ,债权平等原则例外地被予以排除 ,而有受偿顺序的安排。

#### (四) 小结

依上所言 ,可列图如下:

必要要素	选择要素: 权利划分阶段	选择要素: 权利行使阶段
保险补偿不足	受害人过错( 过失相抵)	第三人资力不足
不足额保险 足额保险( 免赔额、自负额)		

综上所述 ,在下列几种情形下存在保险代位权和被保险人损害赔偿请求权竞合 ,需要安排彼此受

(36) 这并不排除在保险人或被保险人的单独诉讼之中 ,被保险人或保险人以诉讼第三人的身份出现。



偿顺序的问题。

第一,保险补偿不足且受害人存在过错的情形下,在权利划分阶段存在受偿顺序的问题。

第二,保险补偿不足且第三人资力不足的情形下,在权利行使阶段存在受偿顺序的问题。

第三,保险补偿不足、受害人存在过错,以及第三人资力不足同时存在的情形下,在权利划分阶段和权利行使阶段都存在受偿顺序的问题。

#### 四、受偿顺序的一般规则:被保险人优先受偿规则

在受偿顺序的多种方案之中,虽历经质疑,被保险人优先受偿规则<sup>(37)</sup>仍然应当作为受偿顺序的一般规则。在不存在特别法定或特殊约定等情形下,被保险人的剩余请求权和保险人代位求偿权发生竞合时,被保险人的权利处于优先受偿的顺位。

##### (一)“被保险人优先受偿”是损失填补原则的题中之义

就像学说所强调的,保险代位权的本质为法定债之移转,因为其仅仅属于民法上的债之移转,所以推出的结论应该是两个债权人受偿顺位相同才是,而无法由此得出其中一人(无论是保险人抑或被保险人)有优先受偿权的结论。所谓的被保险人应该优先受偿,无法从保险代位的本质推出,而是在基于保险契约的特性、损失填补原则、保护被保险人等等的考量之下所附加的价值判断。<sup>(38)</sup>也就是说,只有法政策上的特殊考量才能作为决定保险人代位求偿权和被保险人剩余请求权之受偿顺序的实质依据。

损失填补原则正是采用“被保险人优先受偿”最为重要的实质依据。保险的本质是提供尽可能充分的损失保障,而非沦为牟利的工具。损失填补原则恰恰体现了保险的本质。就其积极意义而言,是填补被保险人因保险事故所遭受的实际损失;就其消极意义而言,是防止被保险人因投保而获得超过实际损失的补偿。保险代位权制度即是贯彻损失填补原则之消极意义的一项具体制度,而被保险人优先受偿规则则是合理分配追偿所得,以实践损失填补原则之积极意义的又一项具体制度。在损失填补原则的架构下,保险代位之机能仅在于防止被保险人双重得利,而没有重新分配代位求偿所得,使得被保险人无法完全获得赔偿的积极功能;除非另有其他更重要的价值或政策,能够突破损失填补原则的前提,方有采用其他分配模式的空间。故被保险人优先说最能符合损失填补原则的精神。<sup>(39)</sup>

此外,不能让保险代位权制度在落实损失填补原则消极方面的同时,又阻碍了积极方面的实现。被保险人在保险法上并不具有一般性的优越地位,保险法所给予被保险人的各种保护,实质是为了让在某些方面处于弱势地位的被保险人重归平衡。保险代位权制度恰是保险法上不利于被保险人利益的一项制度,在完成其制度目的的同时,很可能会阻碍被保险人既有权益的正常实现,甚至令被保险人处于比未有保险保障更为不利的境地。那么,被保险人利益在此就需要特别维护,以回复平衡。保险人的代位求偿权和被保险人的剩余请求权虽然同是针对责任第三人的债权,但是保险代位权并非一般债权,而是基于特别的法政策考量而从被保险人的债权中派生出来的,其与被保险人的剩余请求

(37) 差额理论和被保险人优先受偿说在基本价值取向上具有一致性,故在模式选取的讨论中不再分而述之。

(38) 参见陈俊元、陈志祥“论保险代位之被保险人优先受偿模式(下)”,载《政法法学评论》第107期,2009年2月,第134页。

(39) 同注38引文,第138页。

权之间不是平等债权的关系,在一般情形下理应是一种后位于被保险人债权的权利(比如可将保险代位权理解为附条件的债权,该项债权所附的生效条件即为被保险人已获完全补偿),如此方能实现当事人之间真正的利益衡平。

## (二) “完全补偿”的认定是现实而具可操作性的

依据被保险人优先受偿原则,只有在被保险人获得完全补偿之后,保险人才可能有机会代位获偿。而质疑者认为对于“完全补偿”的认定不仅十分困难,充满争议,而且成本高昂,甚至在一些特定情形下根本无法求解。然而,笔者认为,“完全补偿”的认定是现实而具可操作性的。

“完全补偿”的认定可以进一步区分为两个不同的领域而分别加以考察,即财产保险中“完全补偿”的认定和损失填补型人身保险中“完全补偿”的认定。先就前者而言,一项财产损失的认定并不复杂,要么聘请中立的公估机构予以估定,要么依据某一时间点的市场价格加以确定。至于完全补偿的认定是否应就净补偿所得(即将一些外部成本,如律师费用、诉讼费用等与追偿收益进行抵扣后的数额)而言的问题,只是完全补偿认定的标准选择问题,并没有说明完全补偿难于认定(后文将对对此标准选择问题给出明确判断)。仍需提及的是,承前所述,英国一般认为在定值保险的情形下采保险人优先说。然而这一认知是有问题的,定值保险中的估值有可能会少于被保险财产的实际价值,但这是经当事人双方同意的对保险标的物价值的判断,该项估值在法律上被视为保险标的物的价值。保险人在全损后支付等同于估值的保险金,就意味着被保险人已获完全补偿,其损害赔偿请求权全部消灭,那么此时已不存在被保险人的剩余请求权与保险人的代位求偿权相互竞合,遑论处理权利并存时受偿顺序的保险人优先说?此即说明定值保险中对于完全补偿的认定,径行采纳保险合同签订当时双方约定的估值即可。可见,被保险人优先受偿原则没有令财产保险中保险代位权的行使变得窒碍难行,故不能依此而否定被保险人优先受偿原则在财产保险中的适用。

再就损失填补型人身保险来说,“完全补偿”的认定确实较之财产保险要更为困难。但是反对见解存在一定程度的思维混乱。保险代位权最初仅适用于财产保险,被保险人优先受偿原则在其中运用并无问题,之后保险代位权扩展适用于损失填补型人身保险时出现了问题,由此至多能说明扩展适用可能不妥,却不能反推论出被保险人优先受偿原则应当被推翻。如果在损失填补型人身保险中允许保险代位权的存在,这一允诺就犹如打开潘多拉的盒子,必须十分审慎,要求保险人只有在被保险人已获完全补偿之后方可得行使保险代位权,事实上可以起到限制保险代位权扩展适用所产生的消极作用,被保险人优先受偿原则并无不妥。更何况损失填补型人身保险中“完全补偿”的认定依然是可行的。

正如批评者所言,被保险人所遭受的现实损害往往具有广泛性和复杂性,如果一切皆须补偿,确实难以精确估定,也可能导致之后保险人所获偿的金额寥寥无几。但是从人类社会建立规则之初,便不曾选择对所有损害加以救济,而是在众多的损害之中撷取重要者,赋予受害人法律上之救济权利,而将大量的损害,经由法律之网加以过滤,使其成为人类共同生活所必须忍受之损害而由受害人自行承担。民法中的损害赔偿是经过裁剪的有限范围的救济。<sup>(40)</sup>也就是说,需要认定的“完全补偿”,并非一定是就被保险人的全部现实损害而言,而是针对法律所认可的被保险人的全部损害。所谓的“完

(40) 参见姜战军“损害赔偿范围确定中的法律政策”,载《法学研究》2009年第6期,第92页。

全补偿”是指法律上的完全补偿,而非现实的完全补偿。法律上的完全补偿又确定是可以依据一定标准予以判定的。

首先,完全补偿与否可以通过判决(judgment)来认定。当被保险人针对侵权第三人的诉讼最终导致了一项判决,裁判文书中必然包含有对各项应赔偿之损失的认定,即便是存在过错相抵的情形,应赔偿数额的计算也必定是以既存损失的估定为前提的。由此可以合理地认为,判决毫无疑问地确定了被保险人的损失数额,因此对其的赔付即构成完全补偿。如果被保险人之后宣称自己的实际损失超过了判决的数额,通常将不予采纳。不过只有在被保险人实际获得了判决确定的全部数额后,允许保险人代位求偿才是公平的。也就是说,要是第三人存在资力不足等情形,现实的赔付数额低于判决的赔付数额的话,被保险人事实上仍未获完全补偿。上述论断的一个绝佳例证是美国的巴图内克(Bartunek)诉霍梅尔公司案,<sup>(41)</sup>在该案中,被保险人从保险人处获得有关医疗费用和伤残补助的保险赔付共计8800美元。在此之后,被保险人通过侵权之诉从侵权第三人那里获得判决赔付45000美元。保险人请求从中分配相等于保险金的数额,而被保险人则坚称其并未获得完全补偿,尚有超过240000美元的工资损失。主审法院认为,在之前的侵权之诉中,被保险人请求的数额中已经包括了医疗费用、工资损失等一系列损失,且提交了相应证据,对此的判决也就是针对这一系列的损失作出的。未予赔偿的部分,自然就是法律上不予认可的损失部分,不能以此证明受害的被保险人未获完全补偿。另据诉讼法上的“一事不再理”原则,被保险人也无可能再就未予赔付的工资损失起诉侵权人。侵权赔偿的判决即是对“完全补偿”所需弥补损失的最终认定。只要侵权判决的数额超出了之前保险赔付的数额,就可以确定地说明被保险人已获完全补偿,保险人可以代位追偿。<sup>(42)</sup>

其次,完全补偿与否也未尝不可以通过和解协议(settlement)来认定。当被保险人在侵权之诉中最终与侵权人和解结案的,就不存在对被保险人全部损失数额的司法认定。这时被保险人往往会以和解协议不代表完全受偿为由拒绝保险人的任何求偿。对于一项和解协议究竟是否确定性地被认为被保险人完全受偿,存在尖锐的分歧。反对的人认为,其一,和解在绝大多数情形下代表着一种妥协,就其本质而言肯定是排除了对错误行为完全补救的假设,和解所能获取的金额必然是少于损失的实际数额的,被保险人不能通过和解协议而获得完全补偿。其二,和解协议的签订目的中并不包括确定被保险人的损失数额,被保险人是否已获完全补偿的证明责任应由保险人来承担,保险人只有在对其证明之后才能行使保险代位权。其三,被保险人通过和解所获得的金额要低于其赔偿请求的数额。即使无辜而充满挫败感的受害者(被保险人)并没有获得损失全部弥补的现实可能,但这也不能改变其实际承受的损失数额。将和解确定的数额视作被保险人获得完全补偿所需数额,在提升保险代位权相对价值的同时,也是对受害的被保险人的二度伤害。<sup>(43)</sup>然而亦有支持者认为,和解协议的达成反映出被保险人已主动放弃对其损失数额的司法决断,而确定性地将和解数额视作完全补偿的数额。<sup>(44)</sup>何况在人身伤害案件中,补偿性损害赔偿金的确定和过错程度的划分本来就是难以精确定

(41) *Bartunek v. Geo. A. Hormel & Company*, 513 N.W. 2d 545 (Neb. 1994).

(42) *Ingram*, *supra* note 31, at 118-119.

(43) *Id.* at 120-122.

(44) *Allstate Insurance Company v. Clarke*, 527 A.2d 1021 (Pa. Super. Ct. 1987).

和充满争议的,因此将被保险人自愿和解的数额作为其获完全补偿的数额是完全公平合理的。<sup>(45)</sup>正反两方面的意见无疑都有一定的道理。不过美国大部分州的法院都将和解金额视为被保险人损害赔偿金的数额。从实际情况看,侵权人如果知道被保险人有保险,他是绝对不会在没有保险人参与的和解协议上签字的,和解协议必须对保险人的代位求偿权作出规定。此外,被保险人如果在未经保险人同意的情况下与侵权人和解,其代位妨碍行为也为无效。因此在多数情形下,保险人都会和被保险人在和解之前协商好和解款项的分配方法。假如允许被保险人主张和解,和解支付金额并非用于保险已赔付的损失,那么被保险人就可以肆无忌惮地损害保险人的代位求偿权,保险人也就失去了追索的途径。<sup>(46)</sup>和解数额虽不是损失的事实判断,但无妨作为损失的法律判断。

完全补偿不仅认定不难,而且其认定也不会导致更多的诉讼资源耗费和更高的追偿成本。保险代位求偿之诉可能是和被保险人对第三人的损害赔偿之诉在同一诉讼中一并解决,如此则不存在另案处理的问题。即使是保险代位求偿之诉后于被保险人对第三人的损害赔偿之诉,也无需在保险代位求偿之诉前以一个美国所谓的“Mini-trial”程序来解决完全补偿的认定问题。这是因为审理保险代位求偿之诉的法官可以依据被保险人向第三人追偿所引致的判决或和解协议来确定完全补偿的具体数额,超出判决或和解确定数额的那部分追偿所得即应归于保险人所有。

### (三) 保险保障不足的各种情形都应采被保险人优先受偿原则

之所以存在保险人代位求偿权和被保险人剩余请求权的相互竞合而需要处理其受偿顺序,就其根本是因为保险保障提供不足。如前所述,德国学者就质疑,在约定自负额或者不足额保险的情况下,被保险人恰恰是不应获得完整的损失补偿的。英美法系亦有观点认为自负额条款的约定是为加强被保险人损失控制意识,并避免小额损失的理赔成本。在该约定金额下,其风险应由被保险人自行承担。就自负额部分保险人应可以优先于被保险人受偿,否则保险人因为保险代位制度反而无法享有自负额的利益,对保险人不公平,也相当程度地减损了自负额条款之加强被保险人损失控制意识的功能。而不足额保险之下,保险人与被保险人系共同承担事故发生时的损失,可谓是处于共同保险人的地位,保险代位取得的金额应依共同保险处理,各按其承保比例分配。<sup>(47)</sup>我国也有学者认为,如是包含自负额条款的足额保险的情形,应采被保险人优先受偿规则;如是不足额保险的情形,则看保险赔付的方式是采“比例赔付”还是“第一危险赔偿”的方法(我国保险立法是采前者),依此对追偿所得的分配方式分别是比例分配和被保险人优先受偿。<sup>(48)</sup>

事实上,受偿顺序的处理方式与保险保障的比例或保险赔付的方式毫无关系。被保险人就未予投保的那部分损失风险所具有的自我承受预期仅是针对保险人而言的,而并不针对损害赔偿责任人。所谓的“在约定自负额或者不足额保险的情况下,被保险人不应获得完整的损失补偿”的说法正好是混淆了同为损失补偿的保险赔付和第三人赔偿的区别。正如英国权威保险学者克拉克所言,既然保险的主要原因是避免风险和损失,那能说这个风险是被保险人自担的吗?超出部分是保险人而不是被保险人承担的规定,目的在于降低交易费用,鼓励被保险人避免风险。没有这个超出部分,保险会

(45) *Rimes v. State Farm Mutual Automobile Insurance Company*, 316 N.W. 2d 358 (Wis. 1982).

(46) 同注19引书,第352页。

(47) 参见施文森、林建智《强制汽车保险》,元照出版有限公司2009年版,第199-200页。

(48) 同注8引文,第98、100页。

更贵一些,所以被保险人确实同意承担这层风险,但只是因为他获保费用太高。但这能说明,如果可以从过错者那里获偿,他是打算将其先用于保险人身上吗?<sup>(49)</sup>而且部分不投保也并不意味着就要绝对地承担损失风险,被保险人对未承保部分承担风险责任是指在被保险人优先受偿原则建立的前提下,第三人就被保险人未投保部分无清偿能力的风险由被保险人承担,而非被保险人在保险人赔偿部分损失后对不属于赔偿范围内的损失与保险人承担同等风险。<sup>(50)</sup>英美法所谓的“共保”理论可以作为解释保险赔付的方式是采“比例赔付”的依据,却不能以此为由推出追偿所得的分配方式也是比例分配。保险赔付的方式究竟是采“比例赔付”还是“第一危险赔偿”的方法,也与对追偿所得的分配方式没有因果联系。至于反对见解认为如采取被保险人优先受偿原则将使不足额保险与足额保险无异,实际上其忽略了不足额保险下被保险人向第三人请求权利时所需负担的诉讼成本,实与足额保险有差异。<sup>(51)</sup>再者,在被保险人优先受偿规则之下,保险人在不足额保险和足额保险之下保险赔付的数额明显不同,其分担的经济损失自然也是不同的。

比例分配模式将保险人代位求偿权作为一般债权,而与被保险人剩余请求权置于同一价值顺位,这在致害人责任财产不足的情况下可能不利于被保险人充分受偿。一方面,保险制度的存在是为了增加被保险人获偿的渠道,以及尽可能多地弥补被保险人的损失,而比例分配模式可能产生与此相违的效果。另一方面,保险代位权的目的在于防止被保险人获得超额赔付,违背损失填补原则,但是比例分配模式之下有可能消减被保险人的受偿额,不利于对被保险人的充分救济和保护。此外,就自负额部分采保险人优先说也显然有误。保险事故的发生如系第三人的行为所致而另有损害赔偿义务人时,则显与自负额约定的目的无涉。故纵系于保险合同约定自负额且保险事故发生时另有应负赔偿义务人存在时,自应以填补被保险人的损害为优先。<sup>(52)</sup>因此,不论是保险保障不足的哪种情形,对于向第三人追偿所得的分配方式都仍应采信被保险人优先受偿原则。

## 五、受偿顺序一般规则的例外:特别法规定和当事人约定

在坚持被保险人优先受偿原则作为受偿顺序一般规则的同时,也应当避免对被保险人优先受偿原则作僵化的理解。布朗法官在 *Franklin* 一案判决的评议异议(dissent)中就明确表示,绝对的完全补偿规则与发展潮流格格不入。<sup>(53)</sup>受偿顺序的处理方式是一个复杂的系统,被保险人优先受偿原则仅是其一般情形,其如被规定于法律之中将被定位为一项任意性规范,如无特别安排则适用之。但是在特别法有特殊规定或当事人另行约定时,应当排除其适用。

### (一) 特别法规定

如在政策上与法理上,有足以突破、修正损失填补原则的理念,并已经在特别法中明文规定,则基

(49) 同注15引书,第827页。

(50) 参见刘沛佩“论不足额保险中代位求偿权行使的劣后性——以被保险人优先为原则的法定连带债权的构建为核心”,载《安徽大学法律评论》2009年第2辑,第231页。

(51) 参见汪信君“保险法请求权代位与权利移转之范围”,载《月旦法学教室》第55期,2007年5月,第26页。

(52) 同注51引文,第27页。

(53) *Franklin v. Healthsource of Arkansas*, 942 S.W. 2d 840 (Ark. 1997).

于特别法优先的法理,该特别规定应该优先适用。<sup>(54)</sup>如前所述,这一运用的典型范例是美国的劳工补偿法。由于雇主在劳工损害赔偿时要承担严格责任,且具体赔偿由雇主的保险人直接向雇员支付,责任负担较之一般侵权的情形要重,故为了平衡各方利益,法律特别地给予保险人在分配追偿所得时有优先权。

与美国的劳工补偿相对应的是我国的工伤赔偿制度。我国的工伤保险实行社会统筹,且有国家的财政支持,企业只需依法缴纳工伤保险费用,参加工伤保险,便可完全免除或部分免除发生工伤事故时的民事赔偿责任。另工伤保险还实行用人单位无过错责任,原则上也不考虑劳动者是否有过错,只要发生工伤,工伤保险经办机构就应给予全额赔偿,工伤补偿的前提不是对义务的违反,而是基于工伤事故发生的事实。<sup>(55)</sup>这与美国劳工补偿领域的做法极为类似。我国有学者据此认为,在存在第三人的加害行为且符合工伤赔偿构成要件时,目前可以依现行司法解释之规定,赋予受害人一方选择的诉权:其或者向工伤保险基金请求给付,或者向加害的第三人请求赔偿。受害人一方一旦作出选择,即不得再从程序或者实体上寻求另一种救济。在第三人加害行为的场合,由于第三人没有承担交纳工伤保险费的义务,应该让工伤保险基金享有对第三人的追偿权,以免第三人的责任落空,这也有利于充实工伤保险基金,进而提高给付水平。<sup>(56)</sup>这样做的结果是,工伤保险人在保险赔付之后,可以对第三人的追偿所得单独受偿。其对保险人利益的维护程度较之美国劳工补偿更高。我国工伤保险的实例说明了在我国的现实法律运作中同样存在着特别法规定对向第三人追偿所得分配之一般规则的突破,且其背后的法政策依据也是充分的。这也启示我们,在我国其他的社会保险或政策保险领域,如有充足根据,也可对受偿顺序采取特别规定。

## (二) 当事人约定

我国学者探讨受偿顺序问题时,基本都只关注三种分摊模式应选择何者才是最合理和最有效率的,这难免失之狭隘。在美国实务中,争议最大的是是否可以通过合同的约定排除被保险人优先受偿规则的适用,而改采保险人优先受偿规则或比例分配规则。这可能才是现实需面对的“真问题”。著名保险法学者约翰·伯兹(John Birds)教授甚至认为,就英美法系的保险实务现状而言,保单当中常有明示条款(express clause)约定保险人可于被保险人完全受偿之前或之后行使保险代位权。对于受偿顺序问题的争议和探讨更像是一种纯学术的考究,不具有过多的现实意义。<sup>(57)</sup>民事权利本身是具有可处分性的,无论是被保险人对其损害赔偿请求权,还是保险人对其保险代位权,皆可以自主决定是否行使以及如何行使。虽然法律可以对受偿顺序的安排作出规定,但是其目的并非在于将这一安排模式固化,而是为了弥补当事人意思表示不足。也就是说,即使受偿顺序一般规则确立为被保险人优先受偿原则,被保险人仍可以放弃实际求偿,那么依据举重以明轻的法理可知,被保险人将实际求偿的顺序利益放弃或部分让渡给保险人,也并无不可。这正如有学者所言,若被保险人与保险人对于代位取得的金额已于保险契约上加以约定者,则应尊重其约定,因为依契约自由原则,应无强制其非

(54) 同注38引文,第144页。

(55) 同注3引文,第54页。

(56) 同注3引文,第64-65页。

(57) See John Birds, *Modern Insurance Law* 245, 250 (Sweet & Maxwell 1997).

适用特定分配的原则不可。然若契约当事人未约定时,法律则应加以补正。<sup>(58)</sup>

那么当事人约定在受偿顺序安排这一问题上又为何会被忽视和排斥呢?这源于以下担心:如果全面肯认得以当事人特别约定而将被保险人优先受偿模式排除或修正,则保险人可能将定型化约款(即格式条款)、概括条款全部订为保险人优先,而使得被保险人优先受偿模式遭受架空。<sup>(59)</sup>这并非没有理由,由于保险合同的技术性,在保险人和投保人之间存在信息不对称的情况,交易成本与成本效益的考虑使得投保人纵使怀疑格式条款可能对其不利,仍然可能接受而订立合同。若保险人利用此点,将合同的相关风险转嫁给投保人以极大化自己利益,这将对被保险人极为不利。更何况格式保险合同作为公共合同的特性,极易将这一弊病扩散。<sup>(60)</sup>尽管如此,彻底封杀当事人意思自治的空间无疑是走入了另一个极端。不论是立法者还是法官都无权为当事人制定合同或者修改合同以满足和符合一些抽象的正义观念。<sup>(61)</sup>在缺乏相反的公共政策考量和立法规定时,保险公司有权利对他们将来可能承担的责任加以限制或者仅仅为他们选定的损失风险提供保险保障。<sup>(62)</sup>尽管保险合同具有格式性、附合性和公共性等特征,但是这都无法改变其合同的本质。法律的任务并不是要禁绝当事人进行合意的空间,而是要设置一定的特别机制保证被保险人可以与保险人公平协商,使当事人之间所达成的合意能够尽可能地如实反映双方的内心真意。如此则即使当事人约定被保险人优先原则以外的其他原则,也并无不可。比如被保险人出于追偿成本和追偿能力方面的考虑,不想在保险事故发生后实际向第三人追偿,那么被保险人以约定对其较为不利的保险人优先受偿或依比例受偿来换取保费缴纳等方面的优惠,又有何理由被禁止呢?不仅如此,被保险人和保险人在保险合同中约定追偿所得分摊条款,或是在保险事故发生后至实际对第三人追偿前的这段时间内签订起诉协定(litigation agreement),对一揽子问题协商明确,不失为是最明智的举措。协商的内容除了追偿所得分摊方式之外,还可以有对损失的估定,对被保险人协助诉讼的明确要求,甚至律师费用和诉讼费用的分摊,和解、起诉和反诉的权利安排等等。<sup>(63)</sup>

当然,由于保险合同的一些特殊性,关于受偿顺序方式的约定如欲生效,还必须符合一定的要求。根据帕克(Parker)教授总结,美国各州共有四种不同的标准:(1)一般的用语即足以排除完全补偿原则的适用;(2)合同约款必须清晰、明确和特定,方可排除;(3)不仅需要合同约款清晰、特定,而且还必须是保险人实际参与了对第三人的追偿;(4)约款的用语必须绝对清楚、毫不含糊(use magical or unequivocal words)。<sup>(64)</sup>综合考量而言,我国的标准应确立为,合同约款必须清晰、明确和特定,而且该项约款必须在标准的格式合同之外由具体的保险合同当事人个别商定,否则即应适用被保险人优先受偿原则。

(58) 同注47引书,第199页。

(59) 同注38引文,第145页。

(60) 参见温世扬、武亦文“保险合同责任条款的法律规制论——以格式责任条款的规制为中心”,载陈小君主编《私法研究》(第9卷),法律出版社2010年版,第288-289页。

(61) *Higginbotham v. Arkansas Blue Cross and Blue Shield*, 849 S.W. 2d 466 (Ark. 1993).

(62) *Ingram*, *supra* note 31, at 114-115.

(63) *Rinaldi*, *supra* note 26, at 815-816.

(64) See Johnny C. Parker, *The Made Whole Doctrine: Unraveling the Enigma Wrapped in the Mystery of Insurance Subrogation*, 70 Mo. L. Rev. 774-775 (2005).

## 六、特殊的利益处理

在对第三人追偿的过程中,利益状况极为复杂。被保险人优先受偿原则作为受偿顺序的一般规则,并不能解决其中的一切问题。追偿成本的承担和超额利益的归属,尚需要进行特别处理。

### (一) 追偿成本的承担

对第三人的追偿是有成本的,这其中就可能包括诉讼成本(包括诉讼费用、调查费用和鉴定费用等)和律师费用。那么追偿成本究竟应由谁以及如何来承担呢?进一步而言,这也关系到完全补偿的认定,即完全补偿的认定是否应就净补偿所得而言?追偿成本给追偿所得的分配制造了额外的难题。

诉讼费用的负担在各国规定相差不大,基本都是先由原告预交(反诉的话,由反诉一方预交),最终则由败诉方负担。我国《诉讼费用交纳办法》第29条的规定也与此类似。<sup>(65)</sup>而律师费用的负担在英美法系存在不同的模式。根据在英国法院普遍适用的“英国规则”(English Rule),胜诉一方在从败诉一方处获取判决之赔偿的同时,也能获得与其所支付的律师费相应的数额。也就是说,英国规则允许通过诉讼将律师费用的支出转嫁给败诉方。而在美国法院普遍适用的“美国规则”(American Rule),则不论诉讼结果如何,参讼各方都有义务支付自己的律师费用。<sup>(66)</sup>我国的处理方式大致与美国相同。这些说明,在我国,对第三人追偿的追偿成本中律师费用以及调查费用和鉴定费用等无法通过诉讼转嫁给承担损害赔偿责任的第三人。

在被保险人和保险人之间部分追偿成本究竟由谁来承担,关键在于对被保险人完全补偿的认定。有一种看法是,完全补偿的认定是就被保险人的净补偿额(net recovery)而言的,即在扣除诉讼成本和律师费用后被保险人实际获偿额。例如,被保险人的总损失是30000美元,而保险人向被保险人支付保险金15000美元,之后对第三人的追偿所得为30000美元,在追偿过程中诉讼成本和律师费用共花费12000美元。假如被保险人要获得真正的完全补偿,就应从追偿所得中分配15000美元,同时仅仅留下3000美元的净收益给保险人(30000-15000-12000)。<sup>(67)</sup>而另一种看法则是,完全补偿的认定是就被保险人的名义追偿收益而言的,其并不对一些外部成本加以抵扣。在此看法之下,美国学说中有种所谓“共同基金”理论(the “common fund” theory)。对第三人追偿之诉无论是由谁提起,任何追偿和解协议或判决的受益人都有义务分担追偿成本。这是因为期望被保险人或是其他的请求权人在通过追偿维护自己利益的同时,还要同等维护他人的利益,并自掏腰包为该他人支付相关成本,是不现实的,也是不公平的。假如追偿之诉是由被保险人单独提起,并且雇用律师和支付追偿成本的话,就可以认为被保险人是为了被保险人和保险人的共同利益创立了一个“共同基金”。<sup>(68)</sup>在任何情形下(不管是被保险人优先、保险人优先,还是比例分配),假如被保险人和保险人都将从对第三人的追偿所得中受益,那么他们通常也将共同分摊追偿成本,而且大多数是按照分配所得占追偿总所得的比

(65) 《诉讼费用交纳办法》第29条规定“诉讼费用由败诉方负担,胜诉方自愿承担的除外。部分胜诉、部分败诉的,人民法院根据案件的具体情况决定当事人各自负担的诉讼费用数额。共同诉讼当事人败诉的,人民法院根据其对诉讼标的的利害关系,决定当事人各自负担的诉讼费用数额。”

(66) See Johnny Parker, *The Common Fund Doctrine: Coming of Age in the Law of Insurance Subrogation*, 31 Ind. L. Rev. 313 (1998).

(67) Ingram, *supra* note 31, at 122.

(68) Baron, *supra* note 24, at 255-256.



例来承担。<sup>(69)</sup> 依此理论在上例中,追偿所得 30000 美元应由保险人和被保险人各分配 15000 美元,而追偿成本 12000 美元应由保险人和被保险人各承担 6000 美元。最终被保险人实际获偿 24000 美元。

上述两种追偿成本的承担模式皆有利弊。第一种模式有利于被保险人,能尽可能地促使被保险人获得真正意义的完全补偿。但是追偿往往需要保险人和被保险人协同配合,此种模式不利于提高保险人的追偿积极性,而且也不利于被保险人对追偿成本的控制。第二种模式看起来比较公平,能鼓励律师不仅为了其第一委托人的利益工作,而且也能顾及到处于“共同基金”中的另一受益人。但缺点是未能考虑到一些事实,保险人本就依据保险合同有承受损失风险的义务,而保险代位求偿是明显的额外收益,似乎并不能与被保险人的求偿权同日而语。另外,被保险人很可能并没有真正获得完全补偿。<sup>(70)</sup> 笔者认为,第一种模式较符合理想状态,而第二种模式则更为现实而具可操作性。

## (二) 超额利益的归属

被保险人获得完全补偿的同时,保险人也通过保险代位求偿取得与其已付保险金等额的金额,是一种理想状态。在保险赔付之后,未获完全满足的被保险人的剩余部分请求权和保险人的保险代位权要就对第三人追偿的有限所得按照特定的受偿顺序方式进行分配,这是现实中的常态,也是探讨、争议和处理的焦点。然而仍然存在另外一种情形(尽管这种情形比较罕见):对第三人的追偿所得在使被保险人和保险人都获得完全满足之后,仍有余额存在。

对此又可以具体分为两种类型。

第一种类型是实质上的部分补偿。这一类型的经典判例是利文斯通(Livingstone)案。一艘船在被撞沉之后,由该船的保险人依据定值保险的约定支付给船的所有人 25000 美元。该艘沉船的实际价值是 37500 美元,而且侵权人依此数额进行了赔偿。在保险公司从追偿所得中分得 25000 美元之后,保险人和被保险人就剩下的 12500 美元产生了争执,美国第二巡回法院将此 12500 美元判给了被保险人。<sup>(71)</sup> 这是完全正确的。依前所述,在定值保险之下,约定的保险价值将被视为保险标的物的实际价值,保险人可以就追偿所得在保险赔付的范围内单独受偿。但是当追偿所得超出保险赔付数额时,“视为”完全补偿的法律拟制不能延伸适用至此,这超出了当事人约定的范畴。如果此时被保险人不能获完全补偿,而保险人却能从中获利,显然是违反自然正义的。故剩余的利益应交付给被保险人。对此存在的争议不大。

第二种类型是实质上的完全补偿。这一情形更为特殊和罕见,但这才是对真正超额利益的处理。处置这一情形最为著名的判例是英国的约克郡保险公司诉尼斯贝特航运有限公司案。大致案情是,船东将其所拥有的一艘船投保全额的定值保险,约定的保险价值为 72000 英镑,而该船的实际价值是 75500 英镑。在与一艘加拿大船只碰撞后,该船实际全损,之后保险人向其赔付了 72000 英镑。对第三人的诉讼是在加拿大法院审理,在经过了漫长的诉讼过程后获得了以加元为计量单位的对全部损失的赔偿,这一赔偿数额是将该船实际价值 75500 英镑按照船舶碰撞当时的汇率换算而成为 336000 加元。不过由于汇率的波动,这 336000 加元在实际赔偿和最终兑换成英镑之后变成了将近 127000 英镑。这一数额在保险人扣除保险赔付数额之后还剩下 55000 英镑,又或者在令被保险人就其实际损

(69) Ingram, *supra* note 31, at 122-123.

(70) Pickar, *supra* note 33, at 332.

(71) See Jay S. Bybee, *Profits in Subrogation: An Insurer's Claim to Be More than Indemnified*, 1979 BYU L. Rev. 147-148 (1979).

失获得完全补偿之后尚余 51500 英镑。<sup>(72)</sup> 超额利益的存在,除了上述因汇率波动下的多次货币换算所致之外,在美国还认为可能因法院判决惩罚性损害赔偿而引起。<sup>(73)</sup> 这就形成了一场困局,基于保险代位的法理,保险人代位追偿所得不得超过其保险赔付的数额,而基于损失填补原则,被保险人也不应获得超额补偿。由此引发了很大争议。

笔者认为,超额利益仍应给予给被保险人。将超额利益给付给被保险人,不会阻碍保险代位基础功能的实现。而且对第三人追偿之诉由谁提起或主导进程,诉讼过程所花费成本由谁负担,并不能构成判断超额利益归属的实质理由。超额利益归属的决定主要取决于,保险人和被保险人被禁止超额满足的根据中,何者能够被突破。保险人依据保险代位的规则仅能在保险赔付的范围之内代位求偿,该项要求不得被突破。保险人在收取保费之后就为了为被保险人提供保险保障,以及承担损失风险的义务。如果不存在对损失的造成具有可归责的第三人,保险人就要自行承受损失。即使是在有过错第三人的情形下,保险人在保险赔付的范围内代位求偿,也绝非事理的当然,而是为防止被保险人双重受偿和第三人不当免责的不得已之选。保险人在保险赔付范围内代位求偿,就已较为牵强,更不用说超出保险赔付的范围代位求偿,这是绝对不可的。反观被保险人,尽管其依据损失填补原则也不得超额补偿,但是该项禁止的依据在于不让保险沦为牟利的工具和滋生道德风险,而不是被保险人原本就不该获得超额补偿。无论是因汇率波动下的多次货币换算所致,还是因法院判决惩罚性损害赔偿所造成的超额利益都是投保之后因偶发事件极为罕见地造成的,投保人根本无法预见,不可能使保险沦为牟利的工具或滋生道德风险(甚至可以说,惩罚性损害赔偿本就应属于受害的被保险人,严格而言不能算作超额利益)。故被保险人获得超额补偿并无不可。但需注意的是,应当更为恰当地定义超额利益(profit)。超额利益的产生,往往是因为海外诉讼历时漫长而汇率在此期间发生了相当大的变动。在尼斯贝特航运公司一案中,被保险人立即就获得了保险赔付,而保险人一直到 13 年后才实际获得追偿利益。公平的处理方式是,将通货膨胀和保险人在相当长时间内被剥夺金钱使用权的因素考虑进去,保险人获得完全满足的标准是当年的保险赔付金额按照其购买力换算成实际获偿时的相应数额。<sup>(74)</sup> 只有超出了这一数额和追偿成本的追偿所得,才被认为是超额收益。

## 七、结语

如要公平合理地安排保险人代位求偿权和被保险人损害赔偿请求权的受偿顺序,需要提供一套系统化的解决方案。尽管强化对投保人、被保险人利益的保护是《保险法》立法和修法的基本价值取向,但这并不能作为法益衡量在任何情形下的压倒性理据。被保险人优先受偿规则的确是处理此处受偿顺序问题的基本标准和一般规则,然而其合理化依据实际上在于保险运作规律的本身,该规则在内容上也应区分权利界分和权利行使两个阶段而适用。被保险人优先受偿规则还需与其他辅助性规则相互配合,方可能实现保险人和被保险人之间利益的恰当平衡。保险代位权和被保险人损害赔偿请求权之受偿顺序的问题,也是我国保险立法与侵权责任立法所共同关注和需要协同解决的问题。

(72) *Yorkshire Insurance Co. Ltd. v. Nisbet Shipping Co. Ltd.*, [1962] 2 Q. B. 330.

(73) *Derham*, *supra* note 16, at 137.

(74) *Id.* at 138 - 139.

我们有理由相信,针对这一问题所提出的系统化解决方案,最终也将有利于在我国构筑科学、高效的受害人法律救济体系。

### **Recovery Priority of Insurer's Subrogation and Insured's Claim**

Wu Yiwen

**Abstract:** How to define the recovery priority of insurer's subrogation and insured's claim? It is a derivative problem of the Subrogation Rule which regulates competing rights in the remedy to the victims. Generally speaking, there are three modes for payment priority between the insurer and the insured, including the made-whole doctrine, the insurer-whole doctrine, and the pro-rata theory. However, the representations of these approaches are quite different in different legal systems. Chinese insurance law and practice follow the civil law approach by dealing with the recovery priority in both right allocation and exercise. Recovery priority is an operation of system, rather than a simple selection of rules, that is to arrange the recovery priority, which calls for a systematic solution. The made-whole doctrine is certainly the general solution to the situations of inadequate insurance coverage, while the doctrine would be rejected or replaced with the insurer-whole doctrine and the pro-rata theory according to special law or agreement of parties. Besides, there are some issues which need special treatment, such as recovery cost and attribution of surplus profits in subrogation.

**Keywords:** insurance subrogation; tort damages claim; recovery priority; the made-whole doctrine

(责任编辑: 幸颜静)