

# 保险代位权质疑之反思

何丽新 朱明

(厦门大学法学院, 福建厦门 361005)

**摘要:** 保险代位权作为财产保险一项基本法律制度, 在防止被保险人双重得利, 维护社会公平正义, 保障保险公司经济效益以及保险业健康发展等方面发挥着重要的作用。然而近年来, 在保险公司尚未充分实现保险代位权所产生的效益的同时, 理论界有学者开始质疑保险代位权存在的合理性和正当性, 并进而提出废除保险代位权的口号。保险代位权存在三大坚固的理论基石, 有必要对质疑论点进行深刻剖析, 以达到对保险代位权的这场危机反思的目的。

**关键词:** 保险代位权; 损害赔偿; 被保险人

**中图分类号:** DF438.4    **文献标识码:** A    **文章编号:** 1005-9512 (2006) 05-0147-06

## 一、问题的由来

保险代位权是保险法中一项古老而独具特色的制度, 其主要解决保险人在赔付被保险人的全部或部分损失之后, 在赔付范围内代位行使被保险人对第三人请求赔偿的权利的问题。保险代位权从其诞生至今, 经过几百年的实践, 已经形成了一套完整的理论和运作方式, 其中对保险代位的要件、效力范围及时效等问题均有了深入而细致的研究。这一系列研究都建立在保险代位权本身是具有正当性的基础上进行的。然而上世纪七、八十年代, 以英国学者 Deham 为首的一些英美法系国家的学者开始对保险代位权的正当性和合理性产生了质疑。这些学者在对保险代位权正当性追问之下, 进而对支撑保险代位权的种种理论进行逐一批驳, 最后提出了废除保险代位权的口号。在上世纪九十年代中后期, 对保险代位权质疑的理论传到了我国。一时间我国许多学者纷纷对这项在我国已确立多年的制度进行深刻的批驳, 从而引起学术界和实务界一阵不小的波澜。我国目前正处于建设法治社会阶段, 法律制度大量移植于国外法制发达国家的相关制度。在法律移植的过程中难免与本国的国情相矛盾, 所以要求完善相关法律制度的声音居多, 要求彻底废除一项成功引进的制度声音却较为罕见, 保险代位权的争论就显得尤为突出。

笔者在关注这场保险代位权危机的时候, 却发现在英国, 从对保险代位权的质疑的提出至今已逾 30 年了, 然而对英国保险代位权理论却并未产生实质性冲击, 多数英国学者对保险代位权的研究仍仅关注于保险代位权产生的情形、保险代位权的效力范围以及保险代位权抗辩事由等理论问题, 至于对保险代位权的批评仅放于章节之后简要论及。再者, 就笔者阅读范围来看, 对保险代位权的质疑主要来自于英美法系国家, 而在大陆法系国家和地区却较为少见。如我国台湾地区, 理论上虽对保险代位权也有质疑, 但却无法在学界得到认同, 均认为质疑保险代位权的观点不但有违台湾地区“保险法”的规定, 且为一般学者所不采。<sup>1</sup>于是笔者不禁要对这场保险代位权危机产生疑问, 保险代位权是否真如其反对者所论及的那般到了必须废止的境地呢?

## 二、保险代位权的性质质疑之反思

保险代位权危机论者一般先从保险代位权性质入手, 对保险代位权性质的民法渊源进行分析, 其认

**作者简介:** 何丽新, 厦门大学法学院副教授, 民商法专业博士研究生; 朱明, 厦门大学民商法专业硕士研究生。

为保险代位权从民法原理方面讲源于民法的债权转移原则，与债权人代位权一脉相承，<sup>2</sup>并进而列举了保险代位权和民法上债权代位保全制度的几大重要区别，从而得出正如英国贵族院所认为的“实际上不应认定一项在其他领域所成长的原则可以被移植到另外一个领域”<sup>3</sup>的结论。然而实际上保险代位权的性质的民法渊源却并不如保险代位权危机论者认为的那般简单。

首先，保险代位权理论可以从民法的其他理论中找到其合理性依据。当侵权行为人给被害人造成的损失由第三人进行填补，而第三人的填补行为是源于其与受害人事先合同约定时，德国法院曾以无因管理的理论支持了第三人对侵权行为人要求偿还其支出费用的诉讼请求。该法院认为对受害人的损害赔偿责任本应由侵权行为人承担，而第三人的损失填补行为亦同时完成侵权行为人本应承担的义务。所以第三人可以根据民法有关无因管理的规定主张偿还其所支出的费用。后来，根据德国关于无因管理的通说，有关无因管理的规定并不能扩充运用到行为人为第三人而为同时亦为其本身所必须履行的行为。<sup>4</sup>德国法院又指出第三人的请求权亦可根据不当得利的规定主张。因为侵权行为人依法应该承担损害赔偿责任却可以免于承担，所以其获得了不当的利益，而且不当得利之诉在由第三人补偿损失得情况下亦可以成立。所以保险代位权本身亦可从侵权行为人返还不当得利的角度来获得民法理论支撑。

其次，保险代位权也得以法国民法第 1382 条有关侵权行为的概括规定为基础，该条规定任何人因其故意或过失之行为致生他人损害者，应予赔偿<sup>5</sup>。在 1930 年法国保险契约法生效之前，该请求权在法国学者间亦已获得广泛的承认。所以保险代位权又可依传统侵权法理论获得合理性证明。

最后，在现行的民法各项制度中，与保险代位权制度最为接近的当属合同法中的债权让与制度。保险代位在实质上应为债权让与。债权让与制度是在合同关系中，债权人在不改变债的内容的前提下，将其债权全部转移给第三人享有。将债权让与制度沿用至保险法领域，便构成了保险代位权的理论基础，即被保险人在接受保险人所赔付的保险金的范围内将自己对第三人享有的侵权之债或者违约之债转移给保险人，并以通知第三人作为债权让与生效标志。而保险人便可以受让的债权向第三人进行追偿，所以保险代位权从性质上论完全符合债权让与情形。我国台湾学者史尚宽认为，关于债权让与之规定应准用于保险代位权。如此项债权之转移，非通知债务人，对于债务人不生效力。<sup>6</sup>然而必须说明的是，于民法之中，债权让与制度和债权人代位权制度是两项完全迥异的制度。债权人代位权的功能在于保全债权，为使债权不至于因债务人怠于履行其到期债权而受到侵害，其最终目的在于恢复债务人的偿债能力。而债权让与制度目的是债权人转让其对第三人的债权，其仅仅是普通的合同行为。而且两者之间不仅存在理论鸿沟，实际运用效果上也是差异明显。债权让与后，原债权人便退出了原债权债务关系，其地位由新的债权人继承。而在合同代位权中，债权人、债务人、次债务人三方却因两个债权债务关系纠缠在一起。在权利行使上，合同代位权必须通过诉讼行使，而债权让与则无此必要。所以那种认为民法的债权转移原则与债权人代位权一脉相承的观点在理论上是不能成立的，借由对比保险代位权与债权人代位权之不同进而否定保险代位权存在的民法依据的方法是不具有说服力的。

### 三、保险损害填补原则质疑之反思

保险代位权在理论上三大基石，即损害填补原则、民事惩罚原则和保护投保人利益原则。而保险代位权危机论者便意图通过撼动这三大理论基石以达到对保险代位权存在的不合理性的论证。其中首当其冲的应属损害填补原则。

保险法上所谓损害填补原则是指在补偿保险合同中，被保险人因保险事故所遭受的损失，应如数获得补偿，以便被保险人在经济上，恰好能恢复致保险事故发生以前的状态。英国前最高法院大法官布莱特先生曾指出：“补偿是掌握保险法的基本原则，保险法所应用的每一项规则的真正基础是：火险或水险保险单内所包含的保险合同是一种补偿合同，仅此而已。”<sup>7</sup>在保险法领域，损害填补原则是补偿性保险合同法律制度的基础，保险法上许多制度如保险利益、复保险禁止、不得超额保险都是由它派生出来的，并构成了损害填补原则的制度体系。其目的和功能皆在于防止被保险人获得不当利益，滋生道德风险，并

且避免具有扶助国民经济安定社会生活本质的保险制度流于赌博行为。保险代位权就是损害填补原则在保险法上运用的一个重要方面，其核心在于“禁止得利”，防止被保险人从保险人和第三人处获得超过其损失的补偿而于损失中获利。保险代位权危机论者普遍上对于保险代位权在防止被保险人不当得利上的作用是持肯定态度，然而他们把质疑的目标转移到了保险人身上，认为公共政策要求任何人不能因偶然事件之发生而获得利益，保险代位权在防止被保险人双重得利的同时，即将这一利益赋予了保险人，保险人因此获得了不当得利。保险人取得代位权仅仅是出于禁止被保险人双重得利的公共政策的考虑，而没有任何实质的真正的对价。依据民事法律原则，没有支付任何对价即无偿取得利益，是不适当的。<sup>8</sup>

保险代位权危机论者的以上质疑看上去振振有词，但也并非无懈可击。此处涉及对民法中两个基本概念的理解：一个是不当得利，另一个是对价。不当得利是指没有合法根据取得利益而使他人受到损害的事实。<sup>9</sup>其构成要件有四点：（1）一方受有利益。（2）他方受有损失。（3）利益与受损失间有因果关系。

（4）没有合法依据。首先必须说明的是，保险代位权是保险法赋予保险人的一项法定权利，保险人行使该项权利是有法律上依据的，所以并不符合不当得利构成要件中没有合法依据的要求。然而由于保险代位权危机论者质疑法律上赋予保险人保险代位权的合理性，所以暂且撇开这点不谈。其次，保险代位权行使的过程中涉及到三方的利益，即有责任之第三人、被保险人、保险人。其中被保险人仅在保险人赔付其损失后方转移其对第三人的赔偿请求，所以其并不因保险代位权的行使受有损失。而保险人对第三人进行追偿，是要求第三人履行其依照侵权法所应尽之责任。第三人所做出的赔偿仅是依照法律本应作出的支出，不应认为保险代位权的行使对第三人造成了损失。由于保险代位权的行使并没有给任何人造成损失，所以不能认为保险人因此取得了不当得利。

但保险代位权的行使的确给保险人带来了利益，于是保险代位权危机论者便质疑保险人是基于何种对价而取得该项本应归属于被保险人对第三人损害赔偿范围内的利益呢？其认为保险人支付保险金与被保险人交纳保险费互为对价，是保险合同的内部关系，保险人在保险事故发生后向被保险人给付保险金只是依据保险合同履行其原始给付义务，并不能构成保险代位权的对价，所以保险人是在无对价的情况下取得保险代位权，是不符合民法基本原则的。笔者认为：这里重要的是该如何看待保险合同的对价。对价理论是英美合同法中一项重要理论，在英美法中，对价是合同是否有效、是否得以强制执行的要件，简而言之，对价是一方为取得合同权利而向另一方付出的代价。<sup>10</sup>然而在保险合同中，对价理论却显得较为复杂，并非可以一目了然。保险费之给付和一般私法上双务有偿契约（如买卖）当事人间所谓之对价具有等价关系者有所不同。<sup>11</sup>笔者认为，被保险人交纳保险费与保险人向其赔付保险金并不能构成对价，原因主要有二：（1）保险费的数额与保险人赔付的保险金数额之间相距甚大，并不能构成等价交换。（2）保险费的给付是投保人一项确定的义务，而保险金的赔付却是保险人一项有条件的不确定的义务。<sup>12</sup>一项确定的义务和一项有条件的不确定的义务之间很难构成对价。如果保险费的交纳和保险金的赔付之间无法形成对价，该如何解释保险合同中的对价。笔者认为，一旦投保人与保险人之间订立了保险合同，其便把保险标的损害或灭失的风险转移给保险人。风险之转移便意味着被保险人负担之减少，从民法的角度来看，负担之减少便可视作一种利益取得。因此投保人保险费之给付和投保人风险之转移便可形成对价。保险人基于保险合同而向投保人收取保险费，同时它也负担着保险标的损害或灭失的风险，风险意味着负担，负担意味着不利益。所以保险人保险费的收取与其风险的承担构成了对价。<sup>13</sup>当保险事故发生后，保险人依保险合同中约定向被保险人支付保险金，与此同时，被保险人向保险人转移向第三人追偿的权利。此时保险金的给付便与保险人取得的保险代位权形成了对价，两者之间在数额上相对等价，在确定性上也相互对应。如此，对价理论方能完整地适用于保险的各个方便。

也许有人会进一步质疑，保险人负担的风险会因保险代位权的行使最终由有责任之第三人承担，所以保险人并未承担实际风险。其实不然，正如台湾学者刘宗荣所喻，在存在保险代位权的情况下，保险人所负担之风险实际上是“以一只手上的鸽子，换得一只在空中飞翔的鸽子”。“一只手上的鸽子”指因保险给付所生的损失，“一只在空中飞翔的鸽子”指保险人之代位权。<sup>14</sup>该比喻形象地指出了保险代位权实现上的不确定性，保险人所负担之风险实际上是以现有利益换取期待利益，所以保险代位权实现上的

不确定性便是保险人的风险所在。综上所述，保险人行使保险代位权并非如保险代位权危机论者所称那般获得不当得利，也不违反合同法上的对价理论。

#### 四、民事惩罚原则质疑之反思

保险代位权的第二个理论基石民事惩罚原则，与侵权法的目的和功能紧密相联系。该理论认为：建立代位权制度，使被保险人对于第三人之损害赔偿请求权，于受领保险给付之范围内移转于保险人以避免加害之第三人脱免责任。<sup>15</sup>保险代位权的行使一方面可以贯彻侵权法上造成损害的人最终对损失负责的民事惩罚原则，以阻止侵权行为人从保险金中获利，另一方面也施加了负担，以阻止侵权的违法行为。保险代位权危机论者认为该理论片面强调了侵权法的制裁功能而忽略了侵权法的经济预防原则等其他价值及其发展趋势。他们进一步认为，许多不具有主观恶意的行为也被课以侵权责任，其目的并不在于惩罚侵权行为人，而是为了救济受害人，补偿日益成为侵权法的首要目的，保险法的损失补偿功能较之侵权法而言更加便捷、确实，既然首要目的已通过保险契约实现，就不必由保险人浪费地行使代位权。<sup>16</sup>最后得出的结论是在侵权行为人主观为过失的情形下，废除保险人的保险代位权。

在此，我们必须重新审视侵权法的目的功能与保险代位制度之间的关系。侵权法目的在于保护其国家成员的生命、肢体完整、财产交易、家庭关系甚至生计与健康，通过创设有利于发展人的智力和精神力量的有利条件而促进人格的发展与成熟。<sup>17</sup>具体而言，侵权法的功能主要有三：（1）对侵权行为人的惩罚作用。（2）对受害人的补偿作用。（3）对侵权行为的预防以及维护社会秩序的作用。前两项功能的着眼点仅关注微观个体的利益，而第三项功能的着眼点却在于社会宏观利益。尽管侵权法的补偿功能可以通过保险合同更便捷、确实地实现，然而其惩罚功能和最为重要的预防功能却仍必须依赖于侵权法本身。侵权法正是通过使侵权者付出一定的道德成本和经济成本，从而使侵权行为人收敛其有害行为，而且还能够使他们更加小心谨慎并因此防止致害他人。即使是不具有主观恶意的行为，侵权法的介入也有助于提高侵权行为人注意程度，不至于造成行为人因可过失免责而主观上麻痹大意，预防不必要的损失的发生，从而最终全面地保障社会成员的利益。正如彼得·斯坦所指出：法律规则的首要目标，是使社会中各个成员的人身和财产得到保障，使他们的精力不必因操心自我保护而消耗殆尽。<sup>18</sup>实际上侵权法预防作用实现的关键在于让侵权行为的个体付出一定的代价，而且此代价至少应不小于侵权行为人从侵权行为中所获得的利益，否则，侵权行为的预防作用就不能充分实现。因此在受害人投有保险的情况下，侵权法的预防作用的实现便有赖于保险代位权的行使。倘若一旦在侵权行为人主观为过失的情况下废除保险人的保险代位权，那么届时不但在保险法领域会发生重大制度变革，连侵权法也将受到严重的冲击。目前侵权法中已确立的过错归责原则将会因受害人投有保险而无法适用。由于侵权法关系到社会秩序等重大问题，在法律体系中具有重要地位，届时法制的重大变动所产生的社会影响将是无法估量的。所以保险代位权危机论者所主张的在侵权人主观过失的情形下废除保险代位权的建议实在欠妥。

#### 五、保护投保人利益原则质疑之反思

保险代位权最后一个理论基石即保护投保人利益原则乃是前两项原则所派生出来的。保险人在向被保险人给付之后，通过代位权的行使，对具有应负责任之加害人可要求其承担赔偿责任，从而获得一定的赔偿给付，抵消以后，可以降低保险人保险给付的实际数额；从社会整体来看，可以降低保险人保险给付总额，从而降低保险费率，保险费率之降低，实即减轻社会上广大投保人之负担。而保险代位权危机论者则认为在保险实务中，保险代位权对保险人而言常常成为意外收益的源泉，通过保险代位权而获得的补偿，通常并不反映在保险费率的计算中，而是用于提供股东的红利。因而实际上保险代位权难以产生降低保险费率的<sup>19</sup>效果。诚然，目前保险界难以举证通过保险代位权所追偿的款项在降低保险费率方面所发挥的作用，正如约翰·F·道宾在其《保险法》一书中所指出的：保险代位权的第三个理由即保险人借助保险代位而

获得的补偿来最终降低保险费率是难以自圆其说的, 保险人一直以来都难以证明其获得的补偿是计入保险费率的计算中而不是将这些补偿用于增加股东的红利。<sup>20</sup>而也有人认为: 如果保险人能证明保险代位所获得的补偿是以一种公平的方式而进入保险费率的计算中的话, 那么保险代位权将会获得更多的朋友。<sup>21</sup>然而, 其实可以换一个视角来看待保险代位权在保护投保人利益方面的作用。如果每一保险事故发生都导致保险人负给付义务, 显然将减少保险人的资本, 影响保险人的偿付能力, 若导致保险人尚不能自保, 那么又何以保人呢? 这样最终损害的是投保人的利益。保险代位权所获得的补偿在维护保险人资本不变方面是能起到了一定作用的。更重要的是, 由于投保人和被保险人在利益上具有一致性, 实务中常常合为一体, 如果保障了被保险人的利益便也保障了投保人的利益。从保险的职能来看, 保险代位的目的在于保障被保险人获得充分补偿, 该补偿虽不是双重补偿, 但保险代位权制度的设立却可为该补偿提供双重保障。当保险事故发生后, 被保险人基于保险合同以及法律事实分别产生对保险人的保险金请求权和对第三人的赔偿请求权。此时被保险人既可以请求保险人补偿也可以请求第三人赔偿, 至于如何行使权利则由被保险人依情形决定。法律赋予被保险人自由选择权, 以保障被保人的损失得以充分弥补, 从而最大程度上保障了被保险人以及投保人的利益, 所以说保险代位权制度在保护投保人利益方面还是起到了重要作用的。

## 六、结 论

如今, 保险代位制度已经深深融入到保险法中, 其各项理论基础虽经质疑但仍不失合理性依据。保险代位权危机论者所提出的废除保险代位权的口号在理论上颇有新颖性和建设性, 然而在论证上却欠缺周延。更重要的是保险代位权危机论所要引起的不仅是保险法内部的重大变革, 而且会对侵权法造成巨大的冲击, 其影响非同小可。苏力曾指出: 我们长期以来倾向于将法律视为社会变革的工具, 而忽视法律一个最重要特点是保持稳定, 是一种保守的社会力量。因此, 在我们频繁地修改完善法律法规之际, 不仅不可能建立法律的预期和权威, 而且有可能破坏未来法律所要保证的已经建立的社会预期, 这实际上非常不利于法治的建立。<sup>22</sup>今天, 我国正在加快法治建设的进程, 对一项已成功引进并且有效实施的制度, 在对其不合理性论证尚未周延以及对替代制度尚未规划清晰之前, 切不可不负责任地轻言废除。

注:

<sup>1</sup>梁宇贤:《保险法新论》, 中国人民大学出版社 2003 年版, 第 130 页。

<sup>2-8-16-19</sup>徐卫东主编:《商法基本问题研究》, 法律出版社 2002 年版, 第 468 页、第 479 页、第 470 页、第 478 页。

<sup>3</sup>John Birds. *Modern Insurance Law*. London: Sweet & Maxwell, 1982. P 254.

<sup>4</sup>林勋发:《保险法论著译作选集》(台湾地区“国立”政治大学保险丛书[1]), 1991 年版, 第 121 页。

<sup>5</sup>罗结珍译:《法国民法典》(下册), 法律出版社 2005 年版, 第 1073 页。

<sup>6</sup>史尚宽:《债法总论》, 中国政法大学出版社 2000 年版, 第 738 页。

<sup>7</sup>[英]约翰·T·斯蒂尔:《保险的原则和实务》, 孟兴国译, 中国金融出版社 1992 年版, 第 57 页。

<sup>9</sup>房绍坤、郭明瑞、唐广良:《民法原理》, 中国人民大学出版社 1999 年版, 第 329 页。

<sup>10</sup>张民安、王红一主编:《合同法》, 中山大学出版社 2003 年版, 第 103 页。

<sup>11</sup>江朝国:《保险法基础理论》, 中国政法大学出版社 2002 年版, 第 388 页。

<sup>12</sup>有条件性在于必须发生保险事故, 不确定性在于保险事故发生的确定性。

<sup>13</sup>若仅将保险费之给付与保险金之赔付视作保险合同的对价, 那么就无法解释当保险事故在保险责任期间并未发生时, 保险合同中的对价关系。

<sup>14-15</sup>刘宗荣:《保险法》, 三民书局 1995 年版, 第 239 页、第 243 页。

<sup>17</sup>[美]博登海默:《法理学——法哲学及其方法》, 邓正来、姬敬武译, 华夏出版社 1987 年版, 第 378 页。

<sup>18</sup>[美]彼得·斯坦:《西方社会的法律价值》, 王献平译, 中国人民公安大学出版社 1990 年版, 第 39 页。

<sup>20</sup>John F. Dobbysn, *Insurance Law*. St. Paul: West Group, 2001. P284.

<sup>21</sup>Ray Hondgin. *Insurance Law*. London: Cavendish Publishing Limited, 2002. P649.

<sup>22</sup>苏力:《法治及其本土资源》, 中国政法大学出版社 1996 年版, 第 21 页。

(责任编辑:陈历幸)