

商事法专题研究文库 王保树 主编

保险代位的 制度构造研究

Research on the System Structure of Insurance Subrogation

武亦文 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

本书受到武汉大学70后学术团队“我国现代化进程中的法治问题研究”
支持项目的资助，谨致谢意。

保险代位的 制度构造研究

Research on the System Structure of Insurance Subrogation

武亦文 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

保险代位的制度构造研究 / 武亦文著. —北京: 法律出版社, 2013. 9

(商事法专题研究文库)

ISBN 978 - 7 - 5118 - 5456 - 8

I. ①保… II. ①武… III. ①保险法—研究—中国
IV. ①D922.284.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 231480 号

商事法专题研究文库	保险代位的制度构造研究	武亦文 著	责任编辑 刘文科 装帧设计 乔智炜
-----------	-------------	-------	----------------------

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 7 字数 172 千

版本 2013 年 10 月第 1 版

印次 2013 年 10 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 固安华明印刷厂

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-5456-8

定价:32.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

总 序

《商事法专题研究文库》是一套商法专题研究的系列书,由清华大学商法研究中心编辑,由法律出版社出版。入选书目由主编和法律出版社共同确定,其每一本书的著作权属于该著作的作者。清华大学商法研究中心是经清华大学校务委员会批准设立的校级研究机构,实行开放式研究的方针。因此,入选文库的作者不限于清华大学商法中心的学者,而是包括本中心内外的商法学者,特别是中青年商法学者。

20 世纪 90 年代以来,中国的商事立法发展迅速。与此相适应,商法学的学术研究也有了很大发展。因此,今天讨论商法学科的建设,其起点已非同本文库第一本书出版时的 1997 年春天。人们谈起商法和商法学,往往都注意它的技术性,如从商法与市场经济实践的关系上看,这种“注意”是应该肯定的。但是,仅注意这一点则是很不够的。必须肯定的是,它的每一个具体问题后边都有深刻的理论需要探讨,因而它也是博大精深的。当年,刚开

始编辑出版本文库时,我曾经以荀况在《劝学》中所讲的话表达我接触商法研究时的心情,即“故不登高山,不知天之高也,不临深溪,不知地之厚也……”经过多年的商法研究工作,越发感觉如此。从人们研究商法的实践看,到达浩瀚大海的彼岸是可能的,但这种机会只能给那些不辞辛苦、积极耕耘的人。为了搭建繁荣商法研究的平台,我们将继续编辑《商事法专题研究文库》,使更多的商法学者有机会发表他们的创新之作。

商法学的任务是认识商法,研究商法产生和发展的规律。《商事法专题研究文库》非常关注这一任务的实现。实践已告诉人们,社会主义市场经济的发展和法治的发展需要商法学,因而必须下功夫推动商法学学科建设的发展。而研究商法应立足于中国的商法,包括解决中国商法发展遇到的问题,以及中国商法如何适应全球竞争的要求。我们重视借鉴境外的商法经验和学说,但这也是为了解决中国商法的问题。否则,对于中国商法发展和学科建设就意义不大了。当我们评价中国商法研究状况的时候,必须充分肯定商法学界已经取得的成绩。同时,也不能忽视尚存在的缺陷和问题。如果将中国商法理论结构的三部分比喻为行进中的团队,相比较而言,它们的行进速度是很不相同的。可以说,商事主体(主要是商业组织)这个团队步伐较快,商行为团队次之,总论团队步伐最慢。如果再在第二个层次上考量,在商事主体团队中,公司这个分队步伐较快,其他分队次之;在商行为团队中,证券分队较快,票据分队次之,其他分队则进展较小。我希望,《商事法专题研究文库》收入的著作能在改变上述结构不平衡的商法研究状态中有所贡献。

《商事法专题研究文库》也非常关注商法学研究方法的改革。适应商事立法发展第二个高潮的需要,商法学界较多地运用了立法论的研究方法,显然,这种研究方法为商法和商法学的发展作出了贡献。但是,商法学的发展需要多种研究方法的运用,诸如法解释学的研究方法、法社会学的研究方法、实证研究方法、法经济学的研究方法等,都应该在商法学的研究中得到运用。当前,在商法学的研究中,特别是对于已完成新一轮重大修订的商事法领域的研究中,应特别重视法解释学研究方法

的运用。因为,商事法律现象是纷繁复杂的,抽象的条文不经过解释,无法适应解决问题的需要。商法的解释如同其他法的解释一样,包括有解释权的机关(如立法机关、司法机关)的解释和有权机关解释之外的解释。这里,主要指的是后者。有的人认为,解释就是为立法歌功颂德,这显然是一种误解。我们稍加注意即可发现,法官、律师、学者每天都在不断地解释商法。可以说,法解释是一个大学校,它既可以使人们认识商法,也可以使人们正确地运用商法。商法的适用需要解释,商法的发展需要解释,商法理论的发展也需要解释,法解释的生命力就在于商法的实践之中。无疑,解释的角度会有不同,但都是在探求立法的真意。并且,不同的商法解释的争鸣,促进人们重新认识商法,其共识就成为商法理论的一部分。法解释运用于商法各领域,积累经验,发现问题,也可以为商法的进一步完善创造条件。当然,多种研究方法的运用与推广并非易事,它需要人们正确地认识和把握每种方法。否则,会画鹿不成画成了马。我们之所以如此关注研究方法,是寄希望入选《商事法专题研究文库》的著作作为研究方法的改革,特别是为当今法解释学方法的运用做出自己的努力。

《商事法专题研究文库》的入选标准坚持学术性。具体地说,仍坚持:(一)入选的著作必须是学术著作;(二)须是对商法专题研究的著作;(三)须是符合学术规范的著作。由于博士学位论文大多是研究专题的著作,因而以往入选的比较多。但是,应特别强调,《商事法专题研究文库》不是专针对博士学位获得者设立的“博士论文文库”。相反,凡符合上述标准的商法专题研究著作(包括博士学位论文)均可申请入选本文库。

《商事法专题研究文库》编辑出版将近10年,它得到了作者、读者、法律出版社的积极支持,谨在此表示深深的谢意。我热忱地欢迎有更多的商法学专题著作入选《商事法专题研究文库》,也希望《商事法专题研究文库》的持续出版能为读者提供更多的精品与佳作。

是为此序。

王保树

2006年11月3日于清华大学明理楼

序 一

保险代位权制度是保险法上一项基础性的制度,不仅本身的制度构架复杂,而且与保险法上的其他制度,甚至于与保险法外的其他制度(如侵权法、物权法)之间都存在着千丝万缕的关系,是一座学术研究的“富矿”。除此之外,保险代位制度在实务中应用广泛,如获有效运用,不但可以壮大保险基金,增强保险人的偿付能力,而且有利于提高第三人的责任意识,降低保险事故概率。然有效运用的前提是有关制度的立法和运作机制成熟完善,这都需要法学工作者提供充分的理论支持。

本书在全面介绍和评析欧美关于保险代位权的诸种理论的基础之上,深入分析在我国究竟应该如何阐释制度的理论基础和构筑逻辑自洽且具可操作性的法律制度,以利学术的增进、相关立法的完善和司法处置的公正完满。在本书中,作者提出了如下基本观点:第一,保险代位权制度是平衡被保险人、保险人、第三人之间权利义务关系的最佳选择,保险代位权制度有其存在的功能价值。关于

保险代位权的性质,我国保险法应采法定债权移转理论,而非程序代位理论。第二,《保险法》修法的最终目标应是超越财产保险的范畴,实现保险代位权在补偿性的意外伤害险和健康险中的适用。但在我国的救济体系不健全的情况下,实现完全补偿十分困难,超额赔付更仿佛彼岸的神话。在如此的严峻现实面前,保险代位权扩张适用理应缓行,以免使受害人本就孱弱的求偿权利雪上加霜。第三,在损失填补原则的架构之下,被保险人优先受偿模式仍应为最合适的解决方案,但此原则应有以法规或严格意定予以排除、修正的空间。以上观点,体现了作者对相关问题的审慎思考和深刻认识,具有学术价值和应用价值。

在研究方法上,本书除采用“理论联系实践”、“文献调查、社会调查与案例调查相结合”等传统研究方法外,重点采用“比较分析、规范分析和实证分析”的研究方法,颇值肯定。第一,保险代位权在英美、德国、日本等国家已成为保险实务之中经常运用,并且所引起的法律关系较为复杂和难于恰当处理的保险业现象,通过对这些国家保险代位权制度的比较分析,我们可以从中探寻其所遵循的普遍性共同规律,以为我国保险代位权制度的建构提供有益的启示。第二,在我国,针对近年来在全国范围内大量出现的有关保险代位权的判决和相关书籍对此类判决的整理,本课题的研究必须建立在对这些判决的规范分析和实证分析的基础之上。同时,结合实证分析的目的还在于,通过对典型判例的观察来发现现行制度和理论设计中存在的不足和问题,并结合相关立法和学说来分析和解决所发现的问题,从而达到深化和丰富保险代位权理论及完善相关制度的目的。

本书作者武亦文是武汉大学法学院青年教师,本书系在其博士学位论文的基础上修改充实而成。作为其硕士和博士研究生导师,我见证了作者近年来在保险法领域所作出的学术努力,也为本书的付梓而高兴。希望作者不懈怠,在未来的学术道路上取得更大的成就,为我国民商法尤其是保险法的理论发展和制度完善作出应有的贡献。

温世扬

武汉大学法学院暨中南财经政法大学法学院

序 二

值武亦文博士之学位论文付梓之际,嘱我为其作序。出于“学者之忧在于作序”的顾虑,曾踌躇再三;不过,出于对武亦文博士个人才华之欣赏,以及本人对保险法研究之偏好,最后还是欣然应允。

遍观近年来我国保险法领域研究成果,武亦文博士当属保险法研究领域一位才华出众的后起之秀。其在攻读博士学位期间,既已在我国大陆和台湾地区法学核心期刊上发表多篇保险法专题学术论文,已显露其出众之才华。细品每篇论文,其推敲之精当、论证之细密、文字之精练,无不令人击节,真乃“文如其名”。每每读后之感,可借国外诗人洛厄尔所言:一个人的最大欢愉之一莫过于读到一首能让他真诚喜爱的诗,这犹如发现一朵吐蕊的鲜花。

保险代位问题,若仅从保险法角度观之,是为了服膺于保险损失补偿原则所为之制度安排;但若从整个民法角度观之,系因保险契约之效力与侵权损害赔偿制度之效力竞合所致,曾经是整个民法系

统最主要的法律政策的决策之一。不过,晚近以降,保险代位权的正当性究竟何在?究竟是应当废除还是保留?保险代位制度如何设计方能使得运作更有效率?如此诸端,是自20世纪中叶所引发,持续争论半个世纪之久,并已带入到21世纪的国际前沿性课题。武亦文的博士学位论文《保险代位的制度构造研究》,紧扣保险代位权的正当性基础与合理、有效的制度构建之核心问题,小题大作、条分缕析、阐幽发微,作了深入研究与全面回应,洞见迭出,读后引人深思、发人深省。作者之观点与建议,对完善我国保险代位之规定、导正保险业者经营行为以及引导保险司法裁判,无不参考意义。

从“风险社会”理论而论,世界的最佳状态乃是所有风险皆被承保的世界。因此,可以预言:从世界范围而言,一个“保险社会”正在或者已经来临;也有理由相信,在全球范围内,保险法理论研究必将受到重视、走向繁荣乃至成为“显学”。但是,我国保险法研究仍处起步阶段,借用美国著名学者麦吉尔教授所言:关于风险和责任的问题无处不在,虽然这些问题是如此的重要和复杂,其最终的答案对于经济和社会发展是如此的关键,但学术界对保险法却依然缺乏系统的研究,这是让人十分惊讶的。因此,本书之出版,对于我国保险法理论研究的繁荣,不能不说是一大贡献。

以上数言,聊以为序。

樊启荣
中南财经政法大学法学院

序 三

保险为人类本于互助精神所创设的良善制度，透过团体的力量来分散个人所面临的危险与所遭受的损失。保险代位以维护损失填补原则（或称不当得利禁止原则）为规范目的，为保险制度中最核心的议题之一，纵使保险代位在不同法系中所呈现的面貌有明显的差异，运作方式也有不同，但都具有不可忽视的重要性。

武亦文老师为极优秀的保险法青年研究者，在学风鼎盛的武汉大学就读期间，师从治学严谨的保险法名家温世扬教授，于 2011 年获得法学博士学位。其后在留校任教期间，更发表诸多保险法及民商法论文，获奖无数，足见其用功之深。其所撰《保险代位的制度构造研究》一书，深入分析英国、美国、德国及海峡两岸保险代位制度在理论上的基础以及实践上的各种具体问题，尤其是再保险适用保险代位的疑义以及保险人代位与被保险人剩余请求权之间的受偿顺序问题，更见其独到且精辟的分析。本书体系架构完备、视野宽阔、逻辑推理清晰

而且文笔流畅;本书引用的研究文献,除两岸焦点中文著作之外,也直接参考了第一手的英文以及德文保险法数据,实属保险法领域的难得的佳作。可预见的是,在保险代位议题研究中本书将被广泛引用。值本书出版之际,本人自乐于向读者撰序推荐!

叶启洲

台湾政治大学风险管理与保险学系暨法学院

目 录

序一 / 1

序二 / 1

序三 / 1

导论 / 1

一、问题的提出：为何要研究保险代位 / 1

二、论述展开的基础：保险代位的既有研究 / 4

三、论述展开的脉络：研究的基本思路 / 6

第一章 保险代位的理论框架 / 8

第一节 保险代位的法理基础 / 8

一、保险代位之法理基础的基本逻辑 / 8

二、保险代位之法理基础的正向论证：功能定位之
证成 / 10

三、保险代位之法理基础的反向论证:存立质疑之批判 / 15

第二节 保险代位的性质辨析 / 19

一、程序代位理论与法定债权移转理论 / 20

二、中国语境下保险代位权性质的再辨明 / 23

第三节 保险代位释义:描述与区分 / 29

一、保险代位的本体论:非定义化解读 / 30

二、保险代位的关联论:与易淆制度的比较 / 34

第二章 保险代位的适用范围 / 39

第一节 保险代位在原保险中的适用范围 / 39

一、扩展与退缩:保险代位权适用范围之争 / 39

二、“潘多拉之盒”的暂闭:保险代位权适用范围的厘定 / 43

第二节 保险代位在再保险中的适用问题 / 48

一、比较法视域下的保险代位权和再保险 / 49

二、关系定位:再保险人是否有保险代位权 / 53

三、程式构造:再保险人如何行使保险代位权 / 62

第三章 保险代位的构成要件 / 69

第一节 被保险人对第三人损害赔偿请求权 / 69

第二节 保险人基于保险合同应负保险责任 / 72

第三节 保险人对被保险人已给付保险金 / 74

一、保险金给付:保险代位的取得要件还是行使要件 / 75

二、“被保险人完全受偿”并非保险代位的构成要件 / 77

三、“已付保险金”要件的变形能否成立 / 80

第四节 损害赔偿标的的一致性 / 82

第四章 保险代位的行使规则 / 86

第一节 保险代位的行使方式 / 86

一、保险代位的求偿名义 / 86
二、保险代位的求偿程序 / 94
第二节 保险代位的行使对象 / 102
一、保险代位的特殊行使对象之一:投保人 / 102
二、保险代位的特殊行使对象之二:被保险人 / 104
三、保险代位的特殊行使对象之三:国家或公法人 / 113
四、保险代位行使对象的排除:被保险人的利益一致人 / 120
第五章 保险代位权与被保险人损害赔偿请求权的协调 / 125
第一节 保险代位权与被保险人剩余请求权的受偿顺序 / 125
一、受偿顺序处理模式释评 / 128
二、受偿顺序问题产生的阶段和情形 / 141
三、受偿顺序的一般规则:被保险人优先受偿原则 / 144
四、受偿顺序一般规则的例外排除:特别法规定和当事人约定 / 153
五、受偿顺序一般规则下特殊的利益处理:追偿成本的承担和超额 利益的归属 / 157
第二节 保险代位权与被保险人的妨碍代位行为 / 164
一、妨碍代位行为的样态与发生时点 / 164
二、妨碍代位行为的效力 / 168
结语 / 177
参考文献 / 179
后记 / 202

导 论

一、问题的提出:为何要研究保险代位

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、商业保险、社会保险等制度构成了复杂的受害人救济体系,保险代位权就是并行给付的多种救济方式之间一系列调节手段中的关键一环。不仅如此,保险代位制度还是保险法中的一项基础性的制度,是对损失填补原则的具体落实。保险代位涉及保险人、被保险人和第三人三方之间错综复杂的法律关系。在此情形下,如欲不给第三方造成不当妨碍,原本正常的权利行使或义务履行的行为就必须满足一定前提或附加一些条件。保险代位一系列的制度安排也关系着三方当事人之间的利益衡平,以及保险保障功能的实现,而且与保险法上的其他制度,甚至与保险法外的其他制度都存在着千丝万缕而尚须厘清的关系,例如保险代位权和被

保险人损害赔偿请求权之受偿顺序的问题。^{〔1〕}除此之外,保险代位制度在实务当中应用广泛,如获有效运用,不但可以壮大保险基金,增强保险人的偿付能力,而且有利于提高第三人的责任意识,降低保险事故概率。然有效运用的前提就是有关制度的立法和运作机制成熟完善。我国的保险立法、司法,乃至保险业实践,显然与此相去甚远。

《中华人民共和国保险法》(以下简称《保险法》)在2009年经历了一次较大幅度的修订,但是规范保险代位权的条文几乎只字未改。这一事实可能反映了立法者的三个意向,一则该部分立法大体上是成功的,无须改动;二则保险代位权在我国实务中应用较少,不像理赔难等问题矛盾突出,社会关注多,亟待解决,因而暂时可以抓大放小;三则国内对此问题的学术积淀少,观点千篇一律,对国外的研究状况缺乏深入细致的了解,理论准备的不足使得立法者不敢妄动。不管意向为何,《保险法》中关于保险代位权的规定是存在不少问题的,其描绘的是一幅理想图景,忽略了制度运行过程中可能会介入其中的一些干扰因素,没有把诸多因素综合在一起整体考虑。

2012年3月22日,最高人民法院发布通知,就《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)(以下简称《保险法司法解释(二)》)向社会公开征求意见,一时引起热议。^{〔2〕}其第17条规定了保险代位权的诉讼时效,并表明该时效期间自被保险人知道或者应当知道其权利被第三者侵害之日起算。这一规定恰恰说明我们在对保险代位权制度机体的整体把握方面出现了偏差。保险人赔偿保险金后取得的代位求偿的权利实质上就是原本被保险人对第三人的部分或全部的损害赔偿请求权,“新诉讼时效及其从何时起算”完全是个伪问

〔1〕 这一问题是我国保险立法和侵权责任立法所共同关注和需要协同解决的问题。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。

〔2〕 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)》(法释[2013]14号)已于2013年6月8日起施行。