

东方公司法与清算法文丛

东方

蒋大兴 主编

董事责任保险制度研究

李华 著

 法律出版社
LAW PRESS · CHINA

东方公司法与清算法文丛

蒋大兴 主编

董事责任保险制度研究

李华 著


法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

董事责任保险制度研究/李华著.—北京:法律出版社,2008.2

(东方公司法与清算法文丛)

ISBN 978-7-5036-8140-0

I.董… II.李… III.股份有限公司—责任保险—制度—研究—中国 IV.F842.69

中国版本图书馆CIP数据核字(2008)第003522号

© 法律出版社·中国

东方公司法与清算法
文丛

董事责任保险制度
研究

李华著

责任编辑 刘彦泮
装帧设计 乔智炜

开本 A5

版本 2008年3月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 10.125 字数 226千

印次 2008年3月第1次印刷

编辑统筹 法学学术出版分社

经销 新华书店

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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

苏州公司/0512-65193110

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5036-8140-0

定价:28.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

走在更前面

——代文丛总序

蒋大兴

我们关心真理。

我们的存在，一切为了思想。

我们的存在，一切为了走在更前面。

偶然造就了一切。这世间的事情，大多有机缘巧合。这套丛书的起源，也来自于一个十分偶然的巧合。

近十年来，我一直致力于公司法的实务研究。2001年，我主张在裁判中解读公司法文本。我认为，离开了司法裁判，公司法规则与一部可以随时翻看和抛弃的文学作品并无二致。^{〔1〕} 其

〔1〕 蒋大兴：《公司法的展开与评判：方法·判例·制度》，法律出版社2001年版，封面。

后,在中信出版社的大力支持下,我试图以民间编辑《公司法律报告》的形式,推动实证主义立场的研究。^{〔1〕}我致力于发现,包含在立法中的本性性立法期待是如何在实务中消解和展开的。这些不成熟但一直执著的尝试,获得了很多关心、安慰和鼓励。

诉诸历史作为目的和意图的指导是法律人论证框架中的一个核心步骤。^{〔2〕}我在这些“历史性”的关心、安慰和鼓励中思考,不断检讨自己的判断和行动。我坚持收集和阅读裁判文书,坚持立足于司法的立场形成学术判断,坚持事实和理性的调和,并且开始触摸、诊断企业运作实践。如同罗伯特·C. 所罗门所说的那样,我们发现,企业家建立企业,都希望完成预定的事业,他们不但具有创造力和事业心,而且愿意冒很大的风险,并依个人思想而工作,使其梦想和观念成为可销售的实体。但是,企业一旦形成,便不会依照这种具有冒险倾向的创新原则运作,虽然正是这些原则曾经激励着企业的创始者。^{〔3〕}这些变化,经常表现为公司法上的纠纷。我十分清醒地意识到:作为一个学者,尤其是法学者,在时下中国的法治背景下,要比一般人遭遇更多的无奈和痛苦。这些个性化实际上也是群体化的体验,这些精神上的煎熬,难免会影响我们继续思考的勇气。我庆幸自己坚持了下来。我也相信,中国公司法的研究仍将继续前行——继续走在商法学科的前面。

这些年来,公司法的研究整体上已经有了一些实务转型的迹象。

〔1〕 蒋大兴:“认真对待公司法:一个实用主义的视角”,载《公司法律报告》(第1卷),中信出版社2003年版,卷首语。

〔2〕 [美]丹尼斯·M. 帕特森:《法律与真理》,陈锐译,中国法制出版社2007年版,第235页。

〔3〕 [美]罗伯特·C. 所罗门:《伦理与卓越——商业中的合作与诚信》,罗汉等译,上海译文出版社2006年版,第82~83页。

我在实务调研中,也得到了实务界很多朋友各种形式的学术支持,他(她)们的名字、他们的帮助以及我的感谢都难以尽表。在领略实务热闹的过程中,我也时常感悟孤独,感验实证调查的困难,感怀公司法学科发展的封闭。尽管借助于法典的修改,公司法的学术研究看起来繁荣一片,但其实隐含了深刻的危机。这些危机的根源或许可从诸多方面进行归整,但就理论途径而言,有两点是不容忽略的:一则在于作为公司法研究基础的商法理论过于贫弱,公司法学者也还未能有意识地从事发现或积累的公司法素材中,尽速延伸商法的理论思考;二则在于公司法的学术思考过于孤立。这种孤立,不仅体现在公司法与法科外学科体系间的联络思考不多,还体现在公司法与法科内其他学科的关联思考欠缺,甚至体现在公司法学科内存在大量的研究盲区。例如公司破产、公司清算这些问题,基本没有引起学界足够的重视,前者被视为破产法学者的专利,后者虽有学者意识到确为公司法问题,但并无深入关注。现在的“社会倾向于朝规模更大的方向增长,朝在各种各样的组分之间形成更错综复杂的关系的方向发展,朝建立更大量和更灵活的相互作用模式的方向前进”^{〔1〕},因此,这种学科内的研究淡化现象值得我们注意。这也在一定程度上表明:中国的公司法研究还十分欠缺独立的品格。也许,我们还高兴得太早。

我一直设想从学科完整性的角度突破公司法的实务研究,一直试图对公司破产、公司清算等问题施展更多关注,但因精力所限,这些年我也是兴致所致——“想得比做得多”。因此,当徐东生先生融集资金,约请我创办和主持东方公司法与清算法研究中心时,我意

〔1〕〔美〕欧文·拉兹洛:《人类的内在限度——对当今价值、文化和政治异端的反思》,黄觉等译,社会科学文献出版社2004年版,第172页。

识到这是一个很重要的学术机会,欣然答应。东生兄早年毕业于南京大学法学院,充满学术情结和社会责任,对很多问题都有自己的见解。在他和他主持的江苏东方清算事务有限公司的大力支持下,于是,有了东方公司法与清算法研究中心;于是有了本套丛书。奥修说:“永远都不要压抑自己,压抑是发生在人类身上的最大不幸,事情之所以这样发生,是因为一些非常美丽的理由。”^{〔1〕}我们记住了奥修的话。《东方公司法与清算法丛书》选题立足学术前沿,鼓励言说他人未予言说或未能言说之事,鼓励不一样的学术思想,并且开放投稿。凡属公司法、清算法、破产法领域有独到思考的作品,特别是交叉研究的成果,都是我们可能支持出版的对象。当然,我们尤其欢迎实证研究与理论研究并重、文字和思想俱佳的作品的到来。我们会一直等你。

我们关心真理。我们的存在,一切为了思想。我们的存在,一切为了走在更前面。

2008年1月2日中午出版
于南京峨眉岭居所

〔1〕 [印度]奥修:《自由——成为自己的勇气》,林妙香译,生命潜能文化事业有限公司2005年版,第146页。

目 录

00、中国保险监督管理委员会

01、中国保险监督管理委员会

02、中国保险监督管理委员会

03、中国保险监督管理委员会

04、中国保险监督管理委员会

05、中国保险监督管理委员会

06、中国保险监督管理委员会

07、中国保险监督管理委员会

08、中国保险监督管理委员会

09、中国保险监督管理委员会

10、中国保险监督管理委员会

11、中国保险监督管理委员会

12、中国保险监督管理委员会

13、中国保险监督管理委员会

14、中国保险监督管理委员会

15、中国保险监督管理委员会

16、中国保险监督管理委员会

17、中国保险监督管理委员会

18、中国保险监督管理委员会

19、中国保险监督管理委员会

20、中国保险监督管理委员会

21、中国保险监督管理委员会

22、中国保险监督管理委员会

23、中国保险监督管理委员会

24、中国保险监督管理委员会

三、责任保险之保险标的 / 66

四、责任保险之保险利益 / 69

五、职业责任保险 / 70

第三节 董事责任保险之价值目标 / 75

一、实现利益主体之间的利益平衡 / 75

二、提高公司的经营效率 / 76

三、完善公司的治理结构 / 77

本章小结 / 77

第二章 董事责任保险基本制度研究 / 79

第一节 董事责任保险的一般理论 / 79

一、董事责任保险的概念与性质 / 79

二、董事责任保险之分类 / 82

第二节 董事责任保险之主体 / 83

一、董事责任保险之当事人 / 84

二、董事责任保险之关系人 / 87

第三节 董事责任保险合同之效力 / 95

一、对投保人之效力 / 95

二、对保险人之效力 / 102

三、董事责任保险合同的无效和解除 / 103

第四节 董事责任保险合同的内容 / 104

一、保险标的 / 104

二、损害之范围 / 108

三、保险责任范围 / 108

四、除外责任范围 / 112

五、责任限额 / 115

六、自负额 / 116

七、代位求偿权 / 117	二
本章小结 / 117	三
第三章 独立董事责任保险制度研究 / 119	四
第一节 独立董事之一般理论 / 119	五
一、独立董事含义及相关概念辨析 / 119	五
二、独立董事发展之历史考察 / 122	六
三、独立董事制度之价值 / 124	六
第二节 独立董事之义务与责任 / 128	七
一、独立董事之义务 / 128	七
二、独立董事义务之标准 / 129	八
三、独立董事之责任及其保护措施 / 134	九
第三节 独立董事责任保险 / 138	十
一、独立董事责任保险的概念及其价值 / 138	十
二、独立董事责任保险之模式选择 / 140	十一
三、独立董事责任保险的法律构造 / 141	十一
本章小结 / 146	十二
第四章 董事责任保险危机之研究——以美国董事责任保险发展为考察对象 / 148	十三
第一节 董事责任保险危机概述 / 148	十三
一、对董事诉讼的增加 / 149	十三
二、保险费的快速增长 / 150	十四
第二节 董事责任保险危机原因之一：股东派生诉讼 / 151	十五
一、股东派生诉讼(derivative suits)之由来 / 151	十五

二、股东派生诉讼之含义及其法理基础 / 154

三、股东派生诉讼之性质及其特点 / 159

四、股东派生诉讼的起诉条件 / 164

五、股东派生诉讼的影响 / 172

第三节 董事责任保险危机原因之二: Smith v.

Van Gorkom 之影响 / 173

一、Smith v. Van Gorkom / 173

二、Smith v. Van Gorkom 一案的影响 / 176

第四节 董事责任保险危机原因之三: 保险市

场的反应 / 178

一、对董事索赔增加的原因 / 178

二、美国保险市场的反应 / 179

本章小结 / 180

第五章 保险危机与公司董事之保护措施 / 182

第一节 董事责任保险危机之回应 / 182

一、公司之回应 / 182

二、立法之回应 / 183

第二节 董事责任保险的困境与董事保护模式

之变革 / 184

一、董事责任保险之困境 / 184

二、董事保护模式之变革 / 184

第三节 董事责任之免除 / 185

一、经营判断规则与董事责任免除 / 185

二、董事责任免除之含义及法理依据 / 195

三、董事责任限制与免除之立法实践 / 197

第四节 董事补偿制度 / 205

一、董事补偿制度的概念及其产生背景 / 205	
二、董事补偿制度之实践及其意义 / 207	
三、公司补偿董事之条件 / 208	
四、公司补偿董事之方式 / 209	
五、公司补偿董事之范围 / 211	
第五节 增加董事自由决定权之立法 / 211	
一、“其他利益团体”立法 / 212	
二、对“其他利益团体”立法之评价 / 213	
本章小结 / 215	
第六章 中国董事责任保险发展的制度障碍及 对策研究 / 217	
第一节 中国董事责任保险发展的历史与现 状 / 217	
一、中国董事责任保险发展之历史考察 / 217	
二、中国董事责任保险发展之现状 / 218	
第二节 中国董事责任保险制度发展的制度障 碍 / 220	
一、董事责任保险实施的民法制度障碍 / 221	
二、董事责任保险实施的公司法律制度障碍 / 226	
三、董事责任保险实施的证券法律制度障碍 / 233	
四、董事责任保险实施的程序法律制度障碍 / 235	
第三节 中国董事责任保险制度本土化之对 策 / 236	
一、董事责任保险制度与民事法律制度之协 调 / 236	
二、董事责任保险制度与公司证券法律制度之协	

202	第一节 董事责任保险制度与程序法律制度之协调 / 238
205	第二节 董事责任保险制度与程序法律制度之协调 / 239
208	第三节 独立董事制度保险发展之路径选择 / 240
212	第四节 中国独立董事制度发展之现状 / 240
215	一、独立董事制度发展之制度障碍 / 242
218	二、独立董事责任保险制度发展之路径选择 / 247
219	本章小结 / 249
251	第七章 中国董事责任保险制度之构建 / 251
251	第一节 董事责任保险对中国公司制度完善之价值 / 251
252	一、完善董事民事责任制度 / 252
254	二、完善公司补偿董事制度 / 254
255	三、完善股东诉讼制度 / 255
260	四、经营判断规则在限制董事责任中之适用 / 260
261	第二节 中国董事责任保险基本制度之构建 / 261
261	一、中国构建董事责任保险制度之指导原则 / 261
263	二、中国董事责任保险基本制度之具体构建 / 263
270	第三节 中国独立董事责任保险制度之构建 / 270
270	一、问题的提出 / 270
271	二、独立董事责任保险模式之选择 / 271
273	三、中国独立董事责任保险制度构建应注意的问题 / 273

本章小结 / 278

结语 / 280

附录 公司董事及高级职员责任保险条款 / 283

参考文献 / 295

后记 / 308

绪 论

一、问题的提出

商事交易之目标在于充分利用现有资源以追求最大经济效益,为实现这一目的,要求商事主体及客观的经济活动遵循商事交易简便、迅速的原则,^{〔1〕}以实现商法效益至上的基本价值追求。随着现代科学技术的发展和生产力水平的不断提高,作为商事主体的公司的经营日益呈现专业化的趋势,这在客观上要求公司的经营活动基于营利性的需要而体现出更高的效率。现代社会瞬息万变,机会稍纵即逝,公司经营活动中大小事务均须通过公司股东大会这一权力机构的做法已经不适应社会经济高速发展的要求。在这种情况下,试图通过股东的亲自行为来

〔1〕 范健、王建文:《商法论》,高等教育出版社2003年版,第148页。

实现共同管理公司的想法是不实际的,也是低效率的,这要求公司的经营决策权由股东会(或股东大会)向董事会转移。于是,公司治理结构基于公司效率至上的需要而进一步优化,即由股东权与经营权高度结合的“股东大会中心主义”开始向股东权和经营权适度分离的“董事会中心主义”转变,董事会从而处于公司治理结构的核心位置。

现代公司的发展如学者所言,“在近代法制史上,现代公司的演化过程持久而且混乱。之所以持久,并非因为在概念或法律的制定(statutory enactment)上有什么重大变化,而是由于经营权的逐渐授予是一个长期的过程。各类权力授予的集合,形成了今天控制者(通常是通过经营者)所主张的几乎是绝对的权力。之所以混乱,是由于各种权力的积成,部分出现于一个多世纪以来法律的修正;部分出现于意在宣布一般法令的判决;部分出现于意在承认或宣布一般法令的立法;部分出现于在公司章程中加入的条款;部分出现于仅为法学家和经营者所采用,并逐渐成为传统而融入制度的权力”。^{〔1〕} 但不论公司发展的路径如何选择,各国公司法律制度的发展都与公司治理结构的完善紧密关联。而完善公司的治理结构,本质上就是在董事会、股东大会和监事会之间寻求权(力)利义务关系的平衡。在公司治理结构制度化初期,股东大会作为公司最高的权力机构,是公司的最高意思机关,是公司治理结构的基础,董事只是作为股东大会决议的执行者。这样的公司治理结构,需要法律通过一系列制度的设定,来保证经营者和公司利益的一致,并使权力控

〔1〕 [美]阿道夫·A.伯利、加德纳·C.米恩斯:《现代公司与私有财产》,商务印书馆2005年版,第139页。

制在股东手中,^[1]但“董事会中心主义”的出现,使公司的权力被董事会及其成员控制。由于公司实践的这一发展,使原先在“股东大会中心主义”下所设计的平衡与制约机制失灵。在“董事会中心主义”的条件下,由于董事会本身是公司法的一个构造,所以董事会的制约成为公司法设计的主要问题,亦是平衡公司内部机构、完善公司治理结构的一个关键问题。

完善的公司治理结构,就是实现公司内部组织机构之间权(力)利的平衡。在“董事会中心主义”的公司治理结构中,由于董事会处于公司治理结构的核心,董事实际上掌握和控制公司。董事会以及董事在公司经营中权力日益增强,董事的行为对公司的影响日益加剧。董事在拥有更多职权的同时,如果缺乏相应的制度制约,不给董事设定义务,必然导致权力没有约束,结果会给公司及其股东的权益带来损害。“但是一切有权力的人都容易滥用权力,这是万古不易的一条经验。”^[2]随着董事在公司中权力的增强,其职务也相应带来了资源和常规权力,但正是这些资源和权力在某种程度上反而加大了工作难度,因为在行使权力的同时也接过了伦理和道德的重担,^[3]这种道义上的负担反映在立法上就是规定董事在享有日益扩大的权力的同时,也应承担相应的义务。

现代公司法的一个核心问题是如何激励公司管理层工作的积极性,以确保他们能够为了公司和股东的利益而勤勉地工作。^[4]各国公司法都注意强化董事的义务与责任,特别是注重加强董事对公司

[1] 李爱荣:“公司治理结构的法理学分析”,载《法学》1998年第8期。

[2] [法]孟德斯鸠:《论法的精神》(上册),商务印书馆1961年版,第154页。

[3] [美]约翰·科特:《权力与影响》,华夏出版社1997年版,第130页。

[4] Roberta Romano, *Corporate Governance In The Aftermath Of The Insurance Crisis*, 39 Emory L. J. 1155.