



商法文库

*Research on Directors' and
Officers' Liability Insurance
Contract*

孙宏涛 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

董事责任保险合同研究





商法文库

*Research on Directors' and
Officers' Liability Insurance Contract*

孙宏涛 著

董事责任保险合同研究

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

董事责任保险合同研究/孙宏涛著. —北京: 中国法制出版社, 2011. 8

ISBN 978 - 7 - 5093 - 2982 - 5

I. ①董… II. ①孙… III. ①股份有限公司 - 责任保险 - 保险合同 - 研究 - 中国 IV. ①F842. 69②D923. 64

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 138931 号

策划编辑 舒丹

封面设计 蒋怡

董事责任保险合同研究

DONGSHI ZEREN BAOXIAN HETONG YANJIU

著者/孙宏涛

经销/新华书店

印刷/河北省三河市汇鑫印务有限公司

开本/787 × 960 毫米 16

版次/2011 年 8 月第 1 版

印张/16.5 字数/280 千

2011 年 8 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 2982 - 5

定价: 45.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfzs.com>

市场营销部电话: 66017726

传真: 66031119

编辑部电话: 66070042

邮购部电话: 66033288

总序

多年以前，我们华东政法大学经济法律研究院就有出版《商法文库》的想法，但囿于人力与财力的不足以及迫于经济法学科建设规划的安排，主要力量放在了出版《经济法文库》上，一直未能如愿。到目前为止，在北京大学出版社的支持下，《经济法文库》已经出版著作38种，其中有少数几种涉及商法内容（列为“商法系列”）。仅花费了5年左右的时间，如此密集的产出，这在法学界产生了相当的影响，也表明我们创办经济法律研究院，致力于经济法、商法、自然资源与环境法、劳动与社会保障法以及其他与经济活动相关法律的学术研究已经取得预期的成效。当然，将“商法系列”置于《经济法文库》之内，不免有些缺憾。从学术观点看，商法是有别于经济法的学科部门与法律部门。如今进入十二五规划实施年度，研究院的人力财力有了改善，经济法学科建设有了新的目标，我们在继续做好《经济法文库》出版工作的同时，将与新的合作伙伴中国法制出版社合作，着力推出《商法文库》。

商法在中国的产生很晚，从清末民初算起，也仅有100余年的历史。它真正的发展与受重视始于1979年的改革开放。30多年来，经过各方面的努力，商法在社会主义法律体系中已经占有一席之地，商法体系架构已经初步形成；商法在现实经济生活中已经发挥了重要作用；商法在理论研究方面，也已经取得不小的成绩。但是，商法缺乏像《民法通则》那样的基本规则，部门法之间缺乏必要的协调；商法部门法立法还有缺漏，如至今还没有《期货交易法》、《产权交易法》、《融资租赁法》、《控股公司法》、《电子交易法》或《电子商务法》等这些市场经济必不可少的法律。在商法研究方面，基础理论还相当薄弱，部门法理论还有待深化，现存的学术成果还不足以为市场经济繁荣发展提供强有力的理论支撑。我们的经济法律研究院立足于上海改革开放的前沿，有志对所有与经济发展相关的重大法律问题，其中包括商法理论与实践问题展开研究，并在此基础上编

辑出版著作和文集，为繁荣商法理论研究、促进经济发展做出应有的贡献。

按照我的理解，商法是调整商事交易关系之法，促进商事交易繁荣之法，也是确立市场运行机制之法，规范市场无形之手之法，其内涵非常丰富。《商法文库》的选题，着眼于基础性、现实性、新颖性和针对性；研究范围不限于商法立法的问题，还包括商法执法、商法司法中的问题。除了我们经济法律研究院的研究人员，我们也欢迎热爱商法研究的院外专家学者加入我们的团队，研究我们共同感兴趣的商法问题。《商法文库》反映我们经济法律研究院自身建设学科和研究基地的成果，也反映经济法律研究院特聘的学术指导专家、外聘的兼职研究员以及我们培养的博士后、博士的优秀研究成果。

西方国家的商法发展，至今已有400余年的经验积累，市场经济体制机制已经相当成熟。《商法文库》还设置了“翻译系列”，目的在于推介一些西方国家著名专家学者的著述，以利于我们进一步研究借鉴。

华东政法大学经济法律研究院此次出版《商法文库》，是继成功创办《公司法律评论》（已出版10卷本）、《中国商法评论》（已出版6卷本）、《金融法律评论》（已出版2卷本）和出版《经济法文库》（已出版38种）、《经济法文集》（已出版9卷本）等学术载体后的又一个理论平台。我们相信：研究院同仁凭着良好的氛围、共同的理想、真诚的合作以及坚韧的毅力和辛勤的工作，一定会做好做强《商法文库》，使她成为学术精品。《商法文库》也一定会受到越来越多的读者的青睐！

顾功耘^①

2011年7月20日

^① 系华东政法大学副校长，教授，兼经济法律研究院院长。

绪 论

一、选题的缘起与本文的研究意义

近年来,国内公司海外上市的步伐不断加快。一大批国内公司通过在国外上市,不但满足了自身的融资需求,同时也实现了通过海外上市改善公司治理结构的目的。但与此同时应当看到的是,相对于国内而言,国外资本市场的法律法规更加健全、完善,对证券市场的监管也更加严格,所以在海外上市的国内企业屡遭诉讼。根据从“2005 纳斯达克中国论坛”上传出的消息,在纳斯达克上市的中国公司已有 23 家,但有 7 家已经或正在面临诉讼,其中包括 UT 斯达康、空中网、网易、亚信、中华网等,占到中国概念股近三成,占整个纳斯达克上市公司诉讼率的 18%。^①在上述案件发生后,股东不仅会起诉公司,同时也会将负有责任的董事和高级职员告上法庭,要求其与公司一同承担赔偿责任。虽然在某些案件中,董事是基于故意实施了虚假陈述等不当行为,但不可否认的是,有许多董事确实是基于过失实施了虚假陈述行为,但此时,他们却要与其他恶意实施证券市场违规行为的董事和高级职员一同承担赔偿责任。对于这部分董事而言,应当为其提供适当的风险分散机制,以降低其在正常履行职务过程中可能遭受的责任风险。在这里,董事责任保险合同就是一种很好的风险分散工具,通过购买保险,在发生保险事故的时候,由保险人按照合同的约定向被保险人赔偿保险金,以减轻其承担赔偿责任的压力。

此外,特别值得注意的是,董事责任保险合同的意义并不仅仅局限于分散董事和高级职员的经营责任风险,它同时还是实现公司社会责任的辅助工具。按照学者的观点,公司社会责任的核心在于,公司董事作为公司各类利益相关主体^②的信托受托人,应当积极采取各项措施保护股东、债权人、公司雇员、消费者以及广大

^① 参见阳虹霞:《海外集体诉讼警示录》,载“网易新财经”<http://media.163.com/05/0312/16/1ELH98QF00141A16.html>。最后访问日期:2011年5月1日。

^② “利益相关主体”一词的英文为 stakeholders,最早出现在 1963 年斯坦福大学一个研究小组(SRI)的内部文稿中,是指那些没有其支持,组织就无法生存的群体,包括股东、债权人、公司雇员、顾客、供货商等。有人将它译为“相关利益者”、“利害关系人”或“利害相关者”。

社会公众等利益相关主体的合法权益，以履行公司在社会中的应有角色。^① 因此，无论英美法系国家还是大陆法系国家，都在不断完善董事对利益相关主体的义务和责任并以此来实现公司的社会责任。随着董事职责和义务范围的不断扩张，当他们利益相关主体造成损害的时候，应当向其承担赔偿责任。但是在案件发生后，违规公司及其董事赔偿责任的数额往往十分巨大，由于案发时，违规公司的资产可能所剩无几，而董事的个人赔偿能力又十分有限，因此受害人的诉讼请求往往很难实现。此时，借助董事责任保险合同，只要损害事故属于保险人的承保范围，保险人就应当按照保险合同的约定赔偿保险金，以保证受害人能够得到及时、有效的补偿。从这种意义上讲，董事责任保险合同增强了董事和高级职员赔偿能力并成为实现公司社会责任的辅助工具。

目前，最新的统计数据显示，96%的美国公司和90%的欧洲公司都购买了董事责任保险合同，即使在我国香港地区，董事责任保险合同的购买率也达到了60%至70%。^② 我国于2002年1月引入董事责任保险，由平安保险公司与美国丘博保险集团联合推出国内第一份董事责任保险合同，但是从近年来的销售情况看却是雷声大雨点小，市场反响热烈，真正投保者寥寥。迄今为止，我国的A股上市公司中，有1.33万名董事，其中购买了董事责任保险合同的董事不超过2%。^③ 为什么在美国国家盛行的董事责任保险合同在我国却遭受了这样的冷遇？这是否意味着我国的董事和高级职员并不需要董事责任保险合同的保护？如何改进我国的董事民事赔偿体系才能为董事责任保险合同的销售创造更好的法律环境？目前我国保险市场中销售的董事责任保险合同有哪些条款需要改进？从实现公司社会责任的角度考虑是否应当推行董事责任强制保险？出于对这些问题的兴趣，我决定将董事责任保险合同作为我的博士论文的题目并针对与其相关的问题展开深入、细致的分析和研究。

董事责任保险合同（全称为董事及高级职员责任保险合同），有广义和狭义之分，狭义的董事责任保险合同又称为董事个人责任保险合同，是指以公司董事和高级职员在执行职务过程中因单独或共同实施的不当行为给第三人（包括公司以及股东、债权人、公司雇员、消费者等利益相关主体）造成损害而应当承担的赔偿责任^④为保险标的订立的合同。在该保险合同中，被保险人是公司的董事和高级职员。

① 刘俊海：《公司的社会责任》，法律出版社1999年版，第2页。

② 林子：《董事要有“董事责任险”》，载“解放网”<http://www.jfdaily.com.cn/gb/node2/node142/node153/userobject1ai1431958.html>。最后访问日期：2011年5月3日。

③ 参见易山：《董事责任险任重道远》，载“网易商业评论”<http://biz.163.com/06/0814/21/20H1D16Q00020QDS.html>。最后访问日期：2011年5月5日。

④ 此处所说的赔偿责任，仅指民事赔偿责任，不包括刑事责任和行政责任。

广义的董事责任保险合同不仅包括董事个人责任保险合同,还包括公司补偿保险合同,即以公司根据章程以及与董事和高级职员订立的补偿合同向其承担的补偿责任为保险标的订立的合同。在公司补偿保险合同中,被保险人是董事和高级职员所在的公司。在本文中,如果没有特别说明,笔者所说的董事责任保险合同仅指狭义上的董事责任保险合同,即董事个人责任保险合同,并不包括广义上的公司补偿保险合同。^①

笔者认为,以董事责任保险合同为题进行研究的意义在于:

(一) 为建立和健全董事责任保险合同法律制度奠定理论基础

随着世界各国公司立法对董事义务和董事责任的不断强化,促使董事和高级管理人员更加积极、审慎地经营管理公司,防止其滥用权力损害公司以及股东、债权人、公司雇员、广大社会公众等利益相关主体的合法权益。但与此同时,过重的责任也产生了一定的消极作用,即造成经营者权利、义务的失衡,挫伤其积极性,最终导致其以保守的方式经营公司,或者干脆拒绝接受董事、经理职务。事实上,董事职务的特性决定了即使在信息不完备的情况下,为了满足公司经营需要,董事也必须做出经营决策。在不掺杂个人利益的情况下,要求董事与高级职员承担决策失利的后果对其而言是极为不公平的。从这个角度考虑,许多国家引进了董事责任保险,并借助董事责任保险合同来分散董事和高级职员的经营责任风险。早在20世纪90年代,我国的一些学者就主张在完善董事责任追究机制的同时,可以考虑同时引进董事责任保险,这样既可以确保公司、股东和债权人的损失得到充分的补偿,同时也可以降低董事的经营责任风险。但是直到目前为止,董事责任保险合同在我国还属于一个相对比较陌生的概念,对于这样一种在国外实施、推广过程中曾经饱受非议的保险产品,我国在相关理论方面的探讨还远远不足。因此,本文针对董事责任保险合同存在之基础,董事责任保险合同之主体,董事责任保险合同中投保人之告知义务,保险人之承保范围与除外责任,董事责任保险合同中赔偿责任与抗辩、和解费用之分摊以及董事责任强制保险合同法律制度之推行等相关法律问题进行深入、细致的分析,并以此为董事责任保险合同法律制度的建立和完善奠定理论基础。

(二) 为我国董事责任保险合同的实践运行提出解决方案

2002年1月7日,我国证监会和原国家经贸委联合发布的《上市公司治理准则》第39条规定,中国境内的上市公司经股东大会批准,可以为董事购买责任保

^① 为了满足保险市场的需要,保险公司将董事责任保险合同的承保范围不断扩大,目前,国外保险市场中销售的董事责任保险合同的承保范围已经不局限于董事个人责任保险与公司补偿保险,还包括了公司实体责任保险与雇佣责任保险等附加承保范围。在本文第六章中,笔者将针对董事责任保险合同的基本承保范围与附加承保范围进行深入的分析和论述。

险。同年1月23日,中国平安保险公司与美国丘博保险集团合作推出《董事及高级职员责任保险合同》,开创了我国董事责任保险的先河。在这之后,虽然董事责任保险的发展速度较为缓慢,但是随着董事和高级职员经营责任风险的不不断增大以及内地公司海外上市需求的不断升温,投保公司对董事责任保险合同的需求也在不断增大。尤其是随着2005年《公司法》、《证券法》的修改以及2006年《企业破产法》的修订,我国的董事民事赔偿责任体系已经基本建立起来。由此,董事和高级职员面临的经营责任风险也逐渐增大,而董事责任保险也面临着一个新的发展机遇。反观目前我国国内销售的董事责任保险合同,保险条款极不完善,许多条款照抄、照搬国外董事责任保险合同的相关条文,根本无法适应我国董事责任保险市场的发展需求。因此,本文对我国销售的董事责任保险合同的相关条款进行深入分析,在此基础上对部分条款进行重构,以构建符合我国国情的董事责任保险合同。

(三) 揭示董事责任保险合同的深层次理念

从董事责任保险合同产生的历史背景考察,董事责任保险合同诞生的直接动因就是为了分散董事和高级职员的经营责任风险,从这种意义上讲,公司购买董事责任保险合同的主要目的在于借助保险合同这一工具将董事和高级职员的赔偿责任转嫁给保险公司,进而降低董事和高级职员在正常履行职务过程中可能遭遇的责任风险,以此挽留那些优秀的管理人才担任公司的董事和高级职员职务,并鼓励其在公司的经营管理过程中发挥开拓创新精神。基于此种考虑,人们往往认为董事责任保险合同的受益人仅仅是董事和高级职员。但是随着公司社会责任理论的兴起,学者们认为,公司董事作为公司各类利益相关主体的信托受托人,应当积极地采取各项措施保护股东、债权人、公司雇员、消费者以及广大社会公众等利益相关主体的合法权益,以履行公司社会中的应有角色。^①由此,各国都在不断强化董事对利益相关主体的义务和责任。但是当董事和高级职员在执行职务的过程中因实施不当行为侵害利益相关主体合法权益的时候,其赔偿责任的数额往往十分巨大,由于董事和高级职员的个人赔偿能力极为有限,受害人很难得到充分的补偿。在这种情况下,借助董事责任保险合同,只要损害事故符合保险合同的承保条件,保险人就应当向利益相关主体赔偿保险金以弥补他们遭受的损害。从这种意义上讲,董事责任保险合同增强了董事和高级职员的赔偿能力并确保董事和高级职员对利益相关主体的补偿责任得到真正落实。此时,董事责任保险合同承载的价值理念已经不仅仅局限于分散董事和高级职员的经营责任风险,而是成为实现公司社会责任的辅助工具。

^① 刘俊海:《公司的社会责任》,法律出版社1999年版,第2页。

二、相关研究成果综述

目前,国内对董事责任保险的研究尚处于起步阶段,虽然出现了一定数量的研究成果,但上述文章或专著的论述多集中于董事责任保险制度的发展历史和现状考察,董事责任保险的基本特征分析,董事责任保险的法律性质分析,董事责任保险的承保基础分析,公司补偿制度研究,董事责任保险的危机以及替代性措施的探讨等。在国外,除了上述问题之外,学者们还针对世界各国董事责任保险市场的发展概况,董事责任保险与其他责任保险产品的联系,非盈利组织购买董事责任保险,英国税收立法对董事责任保险的影响等问题进行分析和论述,并有相关研究成果问世。

从某种意义上说,前人的研究成果对后人来说,既是可以站立的巨人的肩膀,也是不得不面对的历史包袱。正如昂格尔在其《现代社会中的法律》中所提到的社会理论的历史包袱问题:“伟大的人物让后继者背上包袱是常有的事。每当政治、艺术或思想领域取得显著的成就时,随之而来的并从中受益的一代人,可能会有一种没有什么真正重要的事情值得再去做的无所作为的感觉。他们可能觉得最宝贵的机会已经为前人所把握并转化为成功的契机。因此,后来者总像是处于困境之中,或者仅仅是为人所遗留下的遗产的看管人;或者虽希望独立,但由于对成功缺乏信心,只能将抱负大大压缩,并开始以技术上的熟练性在狭小的领域内进行耕耘。”^①笔者认为,学术研究具有一定的时代性,作为后学者,必须勇于面对前人的研究成果并结合自己所处时代的现状才能推陈出新,将该领域的研究继续深入拓展。为了便于读者阅读分析,现针对董事责任保险的相关重要研究文献进行简要介绍:

(一) 中文资料

1. 专著类

王伟博士的《董事责任保险制度研究》(知识产权出版社2006年出版),是我国第一本系统研究董事责任保险制度的专著,对于任何一个研究同样主题的研究者来说,这本书都是一部必须一读的著作。在研究方法上,作者较多地采用了历史分析方法和比较法的研究方法,研究的内容较为广泛,不仅对董事责任保险制度进行了深入的分析,还详细论述了公司补偿制度。在我国公司补偿制度的建立上,作者建议采取渐进式的改革方案,即首先在有限责任公司试行公司补偿制度,然后再将其推广到股份有限公司。在公司补偿制度的立法模式上,作者考虑到我国的现实情况,主张采纳排他型模式,即只有在法定的框架内与立法相一致的补偿才是合法有效的。此外,作者还详细介绍了董事责任保险的危机及替代性措施,在该部分内容

^① [美] 昂格尔:《现代社会中的法律》,吴玉章、周汉华译,译林出版社2001年版,第1页。

中，作者主要以美国的相关资料为背景展开论述。作者认为，从根源上分析，董事责任保险危机是由无过错法律责任制度的固有弊端，保险企业过分追求盈利目标以及保险监管环境过分宽松等原因造成的。其后，作者针对美国各州的限制责任立法进行深入分析，并认为，在我国，发生像美国那样大规模的责任保险危机的可能性并不大，因此，限制责任立法对我国的借鉴意义并不大。最后，作者介绍了自我保险制度在董事和高级职员责任风险转移中的安排，并详细介绍了三种风险转移模式，包括（1）自我融资的保险安排；（2）设立专属自保公司为母公司提供普通商业保险公司不愿提供的董事责任保险；（3）几个公司或集团组成共同体或联盟提供必要的保险。

在董事责任保险基础理论的分析中，作者针对董事责任保险制度的发展历史及其现状进行深入的考察和分析，分析了董事责任保险制度的创立阶段以及成熟阶段，并对大陆法系国家的立法进行考察。此外，作者还论述了董事责任保险的基本特征，并从市场经济的发展与职业经理人的产生，法律体系的完善与经营风险的日渐增加以及利益关系的失衡与再平衡这三个角度就我国对董事责任保险制度的需求进行分析和考察。

在董事责任保险合同部分的论述中，作者论述了董事责任保险合同的承保基础，经过分析之后，作者认为，从制度优越性的角度权衡，以期内索赔式保险为董事责任保险制度的基础，是当代董事责任保险的一种发展趋势。其后，作者分析了董事责任保险合同的保险利益问题。作者认为，当投保人是董事和高级职员自身时，毫无疑问，他们对保险合同享有保险利益。当投保人是公司时，应当从以下几个方面认识公司享有的保险利益：（1）在存在公司补偿制度的情况下，公司有义务根据有关法规或公司章程的规定对董事进行补偿，这必然会造成公司财产的损失，此时，公司无疑具有保险利益；（2）董事和高级职员同意公司为其投保；（3）损失导致经营人员惧怕责任，妨碍经营人员素质的提高，这将给公司的长远发展带来影响。在对董事责任保险被保险人的论述中，作者认为，应当从以下几个方面对被保险人进行界定：（1）被保险人包括被保险公司和被保险个人；（2）被保险公司包括公司签订合约时直接或间接控股 50% 或享有 50% 以上表决权的，并在保单上予以载明的子公司；（3）被保险人个人包括保单上载明的过去、现任或未来的董事、董事会秘书、高级执行职员、清算财产管理人，但不包括法院指派的接受人或清算人；（4）被保险人个人的身份：指被保险个人在被保险公司担任“被保险个人”定义中所指之职位及职务，不包括在非被保险公司所担任的任何职位或职务。在对董事责任保险除外责任的论述中，作者认为，典型的董事责任保险除外责任包括：（1）道德风险除外责任；（2）被保险人互诉除外责任；（3）应由其他类型保险单赔偿的事项；（4）因期内索赔式保险性质决定的除外责任；（5）保险人不愿

承保的其他事项。

作者认为,对董事责任保险制度的认识不能只停留于制度表面,而应当真正认识到董事责任保险的制度基础,一方面,董事责任保险并不仅仅对董事和高级职员提供保障,事实上,通过保险人向被保险人支付的赔偿金,间接地保护了公司和股东的利益;另一方面,董事责任保险也并非万能的,在董事和高级职员的赔偿责任属于保险人的除外责任时,保险人可以拒绝赔偿保险金。

2. 硕士学位论文类

在硕士学位论文类文献的回顾中,笔者根据作者写作时间的先后,挑选了几篇具有代表性的硕士论文进行介绍:

(1) 张照燕:《董事责任保险制度比较研究》,对外经济贸易大学 2003 届硕士学位论文。

本文为较早期研究董事责任保险的硕士学位论文,该文论述了董事责任保险制度的概念、历史发展及现状。从利益平衡的角度分析了董事利益保护机制,作者认为,董事利益保护机制包括经营判断规则、公司补偿制度以及董事责任保险,其中,董事责任保险是董事利益保护机制中极其重要的组成部分。其后,作者论述了英美国家董事责任保险的法律实践,其中包括董事责任保险的被保险人和潜在的诉讼提起人,董事责任保险中潜在的责任风险和可获赔偿的行为,董事责任保险中被保险人可获赔偿的损失以及保险人的除外责任等。最后,分析了在我国建立公司补偿制度的重要性并提出了建立公司补偿制度的框架。

总体看来,该文较多地引用了英美法系国家学者的研究文献,试图通过对英美法系国家董事责任保险制度运行经验的借鉴,来完成我国董事责任保险制度的构建。

(2) 余传剑:《董事责任保险法律问题研究》,西南政法大学 2005 届硕士学位论文。

在该文中,作者首先论述了董事责任保险的基础理论,其中包括董事责任保险的内涵、特点以及董事责任保险的内部构造。作者认为,董事责任保险的保险标的是投保公司的董事及高级管理人员在执行职务时承担的对第三人的损害赔偿责任。从广义上讲,包括两个部分:一是公司补偿责任;二是董事赔偿责任。通过对英、美等国以及日本的董事责任保险合同的除外条款的分析,作者认为,除外条款主要包括以下内容:(a) 保险法规定不保的事项,例如在签订保险合同时已经发生或确定发生的事故,因投保人或被保险人的故意行为导致的事故等;(b) 属于其他保险承保的事项,如董事本人遭受的人身或财产损害;(c) 损失虽然是由董事的过失行为造成的,但投保人在投保以前就已经知晓或觉察的事项;(d) 董事从事与其任职公司董事职务无关的行为所产生的民事赔偿责任;(e) 董事与董事之间的互诉责

任,董事违反忠实义务的责任等;(f)罚款、罚金或者惩罚性赔偿责任。其后,作者分析了建立董事责任保险制度的必要性与可行性以及我国现行董事责任保险制度的不足,并从完善法律制度层面的支持,扩大董事责任保险的承保对象以及拓宽董事责任保险的承保范围等角度提出了完善董事责任保险的立法建议。

在该文中,作者对董事责任保险的发展持一种审慎的态度,认为董事责任保险的发展路线是从不被人所知到被人所熟悉直至被大家普遍接受的过程,在这其中,需要法学研究人员倾注更大的精力去发掘和研究。

(3)唐姝:《董事责任保险制度研究》,西南财经大学2007届硕士学位论文。

在该文中,作者主要运用了比较分析和历史分析的方法,通过考察美国和日本董事责任保险制度的发展历程和制度现状,得出相关结论。首先,作者以董事责任为基点对其可保性进行分析,并将该制度定位于分配正义的社会化实现、完善公司治理结构、平衡董事的权责以及效益最大化等层面予以论述。其后,作者以美国和日本董事责任保险制度为主要对象并对其发展历程和具体制度设计进行比较研究。经过比较分析之后,作者认为,在董事责任保险产生初期,由于大部分董事和高级职员并未充分认识到通过责任保险转移风险的积极意义,而且保费较高,因此多是大公司的董事和高级职员购买,大部分中小型公司购买的积极性不高,所以总体人数有限。我国目前也处于相似的阶段,加上我国特殊的现实约束条件,所以董事责任保险在现阶段效果不佳的情况是可以理解的,并不能由此抹煞该险种的价值。事实上,随着《公司法》对股东代表诉讼机制的确立和董事义务的不断强化,董事责任保险将会有更好的发展机遇。

总体看来,该文对董事责任保险在我国的发展持比较乐观的态度,作者认为,随着相关法律制度体系的不断健全和完善,董事责任保险制度能够更加有效地发挥其积极作用。

3. 期刊论文类

在一般学术论文文献的回顾中,笔者也挑选了几篇具有代表性的论文进行阐述:

(1)刘志强:《日本董事保险的构造及问题点》,载王保树主编:《商事法论集》(第4卷),法律出版社2001年版。

该文为较早期研究董事责任保险的论文。在文中,作者论述了日本董事责任保险的意义及产生背景。作者认为,董事责任保险在日本产生的背景应当从日本经济生活的变化以及商法的修改这两方面去分析。一方面,日本经济生活状况的变化表现为20世纪90年代初日本泡沫经济的崩溃,外国人股东的大量出现以及律师数量的增加和作用的不断扩大。另一方面,日本商法的修改表现为少数股东权的强化,监事的监视机能的强化以及股东代表诉讼的活用。此外,作者还论述了日本董事保

险合同的构造以及保险费的计算和分担。在日本,董事保险合同分为两大类:普通保险合同和特约保险合同。普通保险合同中规定了董事责任保险合同最基本的内容,特约保险合同将股东代表诉讼、北美原子力危险、美国特定危险等内容作为特别风险加于保险。在确定保险费时,保险人经常要考虑投保公司的业绩,投保公司的经营活动以及母子公司的关联等因素。

作者认为,日本从1990年开始直接从美国引进董事责任保险制度后,于1992年根据日本相关法律的规定,日本公司现状并吸收美国多年的经验教训,创立了日本自己的董事责任保险。事实上,随着董事责任保险的作用被大多数企业所认可,该保险在日本会有更好的发展空间。

(2) 黄华均:《董事责任保险——制度变迁的法律分析》,载《河北法学》2004年第4期。

在该文中,作者论述了我国移植董事责任保险制度的法律环境及理论依据。作者认为,我国移植董事责任保险制度的法律环境是:首先,上市公司数量急剧增加,董事的责任风险随之相应增加;其次,董事承担责任形式的单一化;最后,随着证券市场的迅速发展,亟需利用配套的董事责任保险制度去调整董事责任法律关系。移植董事责任保险制度的理论依据在于:董事和公司对保险标的享有保险利益,董事承担责任的有限性以及实现国家保护中小投资者利益的公共政策。其后,作者对我国董事责任保险制度的功能绩效做出了相应评价。作者认为,我国董事责任保险制度的缺陷在于:(a) 董事责任保险主体的有限性;(b) 董事责任性质的混淆;(c) 董事不支付保险费的立法漏洞。我国董事责任保险制度的功能缺陷在于:(a) 极易引起道德风险;(b) 打破了利益的平衡;(c) 引发董事的鲁莽决策。最后,作者提出了补救董事责任保险制度缺陷的立法建议,具体包括:充分利用董事责任保险合同的除外条款;让董事适度支付保险费;适度扩大董事责任保险中被保险人的范围等。

总体看来,本文从制度变迁的视角来分析我国移植董事责任保险制度的过程,针对董事责任保险制度可能产生的消极影响,提出了相关的应对措施。

(3) 李静:《我国推行董事责任保险遇阻原因与拓展业务方略》,载《现代财经》2005年第3期。

在该文中,作者分析了董事责任保险在我国遭受冷遇的原因,其认为原因有三:一是董事责任制度本身存在缺陷,这种缺陷包括现行法律缺乏针对董事和高级职员对公司以外主体的民事责任的规定以及董事责任追究机制的欠缺;二是投资公众维权意识淡薄,这也是董事责任保险被诸多公司漠视的一个重要原因;三是董事责任保险范围过于狭窄,例如平安保险公司的董事责任保险单的承保范围仅包括董事和高级职员对第三者应当承担的责任,而将董事和高级职员对公司的责任排除在

外。随后,作者提出了拓展董事责任保险业务的应对方略:(a)完善公司职务行为民事责任制度;(b)适当扩大董事责任保险的承保范围;(c)合理设计保险赔付办法并防范道德风险的发生。

在该文中,作者以保险学和法学这两种不同学科为视角分析了董事责任保险制度在我国运行过程中出现的问题,并提出了相应的解决方案。

(二) 英文资料

由于笔者收集的外文资料有限,所以仅就已经收集到的相关外文资料进行简要介绍:

1. 著作类

Ian Youngman, *Directors' and Officers' liability insurance* (second edition), Woodhead Publishing Ltd, 1999.

在该书中,Youngman先生首先对董事的概念和董事义务进行了详细的阐述。然后分析了董事责任保险的基本承保范围,作者认为,董事责任保险主要承保董事在履行职务过程中的不当行为,包括事实上实施的或被指控实施的违反合同的行为,违反注意义务的行为,违反忠实义务的行为,错误、疏忽、遗漏、虚假陈述、误导性陈述、违反保证义务以及其他不当行为。其后,作者分析了董事责任保险的除外条款。作者认为,其除外条款主要包括:(1)董事实施的故意行为、不诚实行为以及欺诈行为;(2)被保险人遭受的人身伤害和财产损失;(3)被保险人的保证或担保行为;(4)对被保险人提起的养老金信托责任诉讼;(5)被保险人应当承担的罚款和惩罚性赔偿金;(6)被保险人应当承担的环境污染赔偿责任等。

作者认为,雇佣责任保险、产品责任保险、环境责任保险以及忠诚保证保险都是与董事责任保险具有一定联系的保险产品,在上述保单中都有一部分是与董事责任保险单重合的灰色地带,因此不能孤立地看待董事责任保险,必须将其与其他保险产品结合起来分析。此外,作者还介绍了非盈利组织购买董事责任保险的情况,上述非盈利组织具体包括健康医疗机构、教育机构、慈善机构、俱乐部等。作者认为,随着非盈利组织活动范围的不断扩大,其高级管理人员的责任风险也在不断增加,因此,在该领域中,董事责任保险也会有更好的发展机遇。最后,作者对世界各国董事责任保险市场的发展概况进行简要介绍,并针对美国和英国董事责任保险市场的发展状况进行详细阐述。

总体看来,该书对董事责任保险制度的相关问题做了简要的分析和阐述,虽然涉及的内容很广泛,但是对相关理论问题的研究却浅尝辄止,未能进行深入论述。

2. 研究报告类

Insurance Institute of London, *Directors and Officers Liability Insurance*, Sprinters London Limited, 1999.

该书是伦敦保险协会组织撰写的关于董事责任保险的研究报告。在该书中,作者详细介绍了世界各国的董事民事赔偿责任体系,其中,重点介绍了英国、美国、加拿大、澳大利亚、德国、法国以及日本等国的董事责任体系,包括董事的概念界定,董事应当承担的义务,董事承担义务的对象以及违反义务的法律后果等。其后,作者论述了董事责任保险中保险人的责任范围,作者认为,当董事和高级职员在履行职务的过程中因实施不当行为而承担赔偿责任时,保险人应对其遭受的损失承担保险责任,保险责任范围包括:(1)董事和高级职员应当承担的赔偿金与和解金;(2)被保险人在民事诉讼和刑事诉讼中支出的抗辩费用。

作者认为,如果想要理解董事责任保险的承保过程以及其是否能够分散董事和高级职员的责任风险,必须要考虑董事责任保险承保的风险以及保单的具体构造。在接下来的内容中,作者分析了董事责任保险单的具体构造以及保单的除外条款。作者认为,董事责任保险单的承保范围不仅包括董事个人责任保险和公司补偿保险,还包括公司实体责任保险,即将公司本身的赔偿责任也纳入保险人的责任范围。通常情况下,董事责任保险单可能并没有明确规定承保范围,但是保单一定会明确规定保险人的除外责任条款。上述除外责任条款一般包括:(1)公共政策条款,即将被保险人实施的违反公共政策的行为作为保单的除外责任,例如,被保险人的故意行为、犯罪行为等;(2)应当由其他保险单承保的事项,通常情况下,当董事以律师或者会计师的身份实施某项行为并被法院判决承担责任时候,保险人会拒绝承担保险责任,因为,上述赔偿责任是律师责任保险单和会计师责任保险单保障的范围。

总体看来,该报告研究的范围较为广泛,不仅包括董事责任保险的内容还包括各国董事民事赔偿责任体系的相关内容。不过,由于本书涉及的领域过于广泛,因此,作者在对董事责任保险相关问题的论述上太过简略,未能深入展开。

3. 学术论文类

对于有关董事责任保险的英文学术论文,笔者主要是从 Westlaw 数据库搜索得来的,在这里,笔者挑选了几篇具有代表性的论文进行阐述:

(1) Bennett L. Ross, Protecting Corporate Directors and Officers: Insurance and Other Alternatives, *Vanderbilt Law Review*, 1987, v. 40.

在该文中,作者首先论述了董事责任保险的功能,而后分析了分散董事和高级职员经营责任风险的几种方式:一是购买董事责任保险;二是为了减少获得董事责任保险的费用和成本,并避免因为保险人解除保险合同所带来的风险,许多公司选择“自我保险”作为保护董事和高级职员的方式;三是采取立法措施,限制董事和高级职员因遭受股东诉讼可能承担的赔偿责任;四是设立咨询委员会,其成员包括公司的前任董事,由他们向董事提供咨询意见,以减少董事的决策失误。

总体看来,该文作者的着眼点并不仅仅限于董事责任保险,而是从更开阔的视角分析董事和高级职员面临的责任风险,并提出各种不同的辅助解决方案,从而丰富了我们对董事经营责任风险转移机制的认识。

(2) Jay L. Kanzler, Jr., A Look at the Director and officer Liability Insurance Crisis: Insuring a Balance of Interests, Northern Kentucky Law Review, 1992, v. 19.

本文分析了公司董事和高级职员的民事责任,作者认为,董事的民事责任可以分为两大类:一是从事自益行为的民事责任,二是在执行职务时因故意、过失而承担的民事责任。其后,作者论述了董事责任保险的危机,认为董事责任保险的危机可以追溯至本世纪初股东诉讼的兴起。随着董事责任风险的不断增大,董事责任保险人的赔付风险也越来越大,进而引发了董事责任保险的危机。为了应对董事责任保险产生的危机,特拉华州通过立法的形式授权公司可以免除董事和高级职员的因实施某种行为所承担的责任。此外,密苏里州、纽约州、科罗拉多州、路易斯安那等州通过立法的形式扩大了对董事和高级职员的补偿范围。其他州还规定,公司可以为董事和高级职员预先支付诉讼和抗辩费用,这就将抗辩义务从董事转移到公司身上。此外,一些州的法律还允许公司采取选择性补偿方式,例如,公司可以设立附属性的保险公司为自己的董事和高级职员提供保险;设立信托基金对董事和高级职员的损失进行补偿或者采取其他形式的自保方案。

在该文中,作者深入、细致地分析了美国董事责任保险危机产生的根源,并详细介绍了美国各州针对危机采取的应对方法,深入揭示了董事责任保险制度发展过程中可能出现的问题以及相应的解决方法。

(3) Seth Van Aalten, D&O Insurance in the Age of Enron: Protecting Officers and Directors in Corporate Bankruptcies, Annual Review of Banking and Financial Law, 2003, v. 22.

该文首先论述了董事责任保险的本质与发展历史,然后,从保险法与破产法的双重视角分析了董事责任保险合同在公司破产时的具体处理。作者认为,董事和高级职员是董事责任保险合同的主要受益人,因此,在公司破产时,保险赔偿金不应作为破产财产处理。

在该文中,作者从保护董事和高级职员利益的角度出发主张将保险赔偿金从破产财产中分离出来。笔者认为,保险金的受益主体不仅仅局限于董事和高级职员,事实上,由于董事和高级职员实施不当行为而遭受损害的利益相关主体是该保险金的直接受益主体。因此,从保护利益相关主体的角度考虑应当将保险赔偿金从破产财产中剥离出来。