

美国职业责任保险

AMERICAN (下册)

PROFESSIONAL LIABILITY INSURANCE

主编◎陆荣华
副主编◎方玉书 陈彬

美国职业责任保险

(下册)

主编◎陆荣华

副主编◎方玉书 陈彬



中国金融出版社

目 录

上册

第一章 职业责任风险暴露/1

第一节 概述/1

第二节 职业责任的法律基础/2

- 一、职业责任的起源和发展/2
- 二、合同责任诉因/3
- 三、过失和专业注意标准/4
- 四、职业责任索赔的抗辩/10
- 五、职业行为标准的来源/12
- 六、职业责任领域的扩大/15
- 七、错误和遗漏责任/19

第二章 职业责任保险条款/21

第一节 职业责任保险条款的共同特点/21

- 一、承保协议/22
- 二、责任限额和免赔额/46
- 三、保险条件/53
- 四、其他条款/60
- 五、责任免除/67

第二节 职业责任、普通责任和伞式责任保险的契合/84

- 一、CGL 保险责任/84
- 二、伞式责任保险/90

第三章 职业责任保险的保险责任触发机制/97

第一节 为什么期内索赔条款在职业责任保险中使用：案例研究/97

第二节 期内索赔保险责任触发机制是如何应用的/98

- 一、两种类型的期内索赔制保险单/98
- 二、“首次索赔”一词的重要性/100
- 三、期内索赔制保险单的追溯日期要求/100
- 四、将追溯日期提前的影响/101
- 五、期内索赔保险责任触发机制的应用/101
- 六、保险责任触发的先决条件/102
- 七、医疗责任保险项下保障应用的案例/104
- 八、发现条款：对报告潜在索赔的选择/104
- 九、期内索赔制在应用上的复杂问题/107
- 十、期内索赔制潜在的保障的空缺以及如何避免/110
- 十一、填补期内索赔制保险单的保障空缺/113

第三节 期内索赔制的合理性/123

- 一、提高索赔金额的可预测性/124
- 二、相对容易地确定承担赔偿责任的保险人/127

第四节 期内索赔制的有利和不利之处/128

- 一、从保险人的观点来看：有利之处/128
- 二、从保险人的观点看：不利之处/130
- 三、从被保险人的观点来看：有利之处/130
- 四、从被保险人的观点看：不利之处/132

第五节 事故发生保障机制是如何应用的/133

- 一、事故发生触发机制的应用/134
- 二、事故发生制的有利和不利之处/135

第六节 期内索赔制法律判例/139

- 一、什么构成索赔/140

- 二、报告索赔的要求/142
- 三、扩展报告期/143
- 四、过去行为保障/144
- 五、“未通知造成损害”规则/146
- 六、规范性操作的可能性/148

第四章 职业责任保险实务原则/152

第一节 职业责任保险核保/152

- 一、定费基础/152
- 二、定价调整因子/152

第二节 职业责任保险的投保申请/156

- 一、投保书中的信息/156
- 二、投保书信息的重要性/157
- 三、保证和陈述/158
- 四、与投保书相关的其他问题/160

第三节 职业责任保险索赔管理/162

- 一、损失报告原则/163
- 二、特别调查指引/163
- 三、诉讼管理和外部律师的选择/164
- 四、保险责任的问题/164
- 五、与保单持有者的关系/165
- 六、理赔管理效果的量化措施/166

第四节 如何管理部分职业责任险种的索赔/167

- 董事和高管人员职业责任索赔/167

第五节 职业责任理赔的技术问题/178

- 一、引言/178
- 二、职业责任理赔管理/179
- 三、特定专业理赔上的考虑/182
- 四、期内索赔保障问题/185
- 五、职业责任赔案处理中的保障问题/187
- 六、责任限额收缩的问题/188

第六节 医疗职业责任理赔管理/189

- 一、综述/189
- 二、文件组织/190
- 三、赔案处理和进展/190

第五章 医院职业责任保险/196

第一节 对医疗责任保险的介绍/196

第二节 医院职业责任/196

- 一、医院环境/197
- 二、医院职业责任风险暴露/198
- 三、医院职业责任的焦点问题/206

第三节 医院职业责任保险核保/209

- 一、医院风险分析/210
- 二、医院职业责任保险核保要点/215
- 三、医院职业责任保险定费/221
- 四、美国宾夕法尼亚州医疗责任联合核保协会（自保公司）医院职业责任保险投保书/224
- 五、医院职业责任保险费计算案例/230

第四节 医院职业责任损失控制/241

- 一、针对医院索赔的类型/241
- 二、控制损失风险的理由/241
- 三、主要的损失控制领域/243

第五节 医院职业责任保险条款/247

- 一、医院职业责任保险的区别性特点/247
- 二、承保协议/249
- 三、责任限额和免赔额/261
- 四、保险条件/263
- 五、责任免除/266
- 六、保险责任的触发/269

第六章 医生职业责任保险/271

第一节 医疗职业/271

- 一、医学分类/271
- 二、医学教育/273
- 三、注册和执业要求/273
- 四、医院/员工权利/274
- 五、医疗协会成员/274
- 六、医疗专业协会/274

第二节 医生职业责任索赔数据/275

- 一、平均和中值赔偿金额趋势/275

- 二、大额索赔趋势/275
- 三、索赔原因趋势/276
- 四、判决赔款趋势/276
- 五、原告在医疗责任案件中的胜诉率/277
- 第三节 医疗职业责任保险的责任危机/277
 - 一、对医生的影响/278
 - 二、医生在专业上承受压力/278
 - 三、医疗职业责任保险危机的解决方法/279
 - 四、等待联邦立法：2005 年有效、可获得、低成本、及时的医疗保健法/283
 - 五、大力整顿对大额索赔承担责任的“不良的医生”/283
 - 六、医院向医生雇员提供免费保险/284
 - 七、病人补偿基金/285
 - 八、医生不买保险/285
 - 九、医疗道德问题/286
- 第四节 医生职业责任风险暴露/286
 - 一、过失责任/287
 - 二、替代责任/288
 - 三、成文法义务/289
 - 四、医生所具有的特别义务/290
 - 五、举证规则和法律程序/292
 - 六、常见的针对医生的医疗职业责任指控/293
 - 七、医生职业责任索赔的普通法抗辩/294
- 第五节 医生职业责任保险条款分析/296
 - 一、内容简介/296
 - 二、所承保的服务/行为/296
 - 三、所承保的个人/机构/300
 - 四、所承保的地域范围/302
 - 五、所承保的损害赔偿/303
 - 六、所承保的抗辩费用/304
 - 七、理赔程序/304
 - 八、责任限额和免赔额/306
 - 九、保险条件/308
 - 十、除外条款/310
 - 十一、保险责任触发机制/315
 - 十二、医生职业责任和普通责任保险单的协调/318
- 第六节 医生职业责任保险核保/319
 - 一、核保医生职业责任时要注意的问题/319
 - 二、核保医生时所要考虑的因素/320
- 第七节 医生职业责任保险定费/325
 - 一、定费方式/325
 - 二、医生职业责任保险投保书/329
 - 三、医生职业责任保险投保书内容分析/336
 - 四、医生职业责任保险费计算案例/340
- 第八节 医生职业责任损失控制/345
 - 一、病人沟通/346
 - 二、避免承认过错/347
 - 三、对病人同意、诊断/治疗情况做好记录/347
 - 四、不要试图隐瞒过错/无法预料的结果/348
 - 五、概述所有可能性的后果/348
 - 六、实施有效的收费程序/348
 - 七、咨询专家/348
 - 八、继续接受再教育/349
 - 九、不要通过电话进行诊断、做出指示或开药方/349
 - 十、不要接受过多的约诊/349
 - 十一、必要时使用翻译/349
 - 十二、马上核对医疗笔记和报告/349
- 第七章 管理式医疗职业责任保险/353
 - 第一节 管理式医疗组织的特点/353
 - 一、MCOs 的成本控制措施/353
 - 二、管理式医疗组织的类型/354
 - 第二节 管理式医疗行业/356
 - 一、行业结构和竞争/356
 - 二、不断兼并/356
 - 三、非盈利性向盈利性发展/356
 - 第三节 管理式医疗组织责任风险暴露/356
 - 一、资格审查/选择医疗服务人员上的过失/357



二、网络发展/357

三、替代责任/358

四、治疗必要性审核/359

五、质量保证/359

六、财务激励/360

七、诊所模式/360

八、其他错误和遗漏/361

九、直接职业责任/361

第四节 雇员退休收入保障法（ERISA）对 MCO 责任风险的影响/361

一、ERISA 优先规则的应用/361

二、医疗质量索赔无 ERISA 优先权/362

三、提供救济索赔享受 ERISA 优先权/362

四、“混合性索赔”：既有医疗质量也有
提供救济的问题/362

五、ERISA 保障的不足/363

第五节 新的管理式医疗组织的风险 暴露/364

一、情况 1：从人身伤害索赔向商业管理
诉讼转换/364

二、情况 2：集体诉讼案件数激增/365

三、情况 3：爆炸性地发生反垄断索赔/365

四、情况 4：抗辩费用大大高于补偿
金额/366

五、将来对 MCO 风险暴露的影响/366

第六节 管理式医疗保健组织的雇主责任 风险暴露/368

一、对选择的限制/368

二、雇主在索赔时被作为“深口袋”/368

三、雇主在安排管理式医疗计划上的
风险保障/368

四、雇主损失控制措施/368

第七节 管理式医疗的损失控制/369

一、沟通/369

二、监督医疗保健服务/370

第八节 管理式医疗组织的核保/371

一、定价/371

二、主要费率调整因子/372

三、核保信息来源/373

第九节 管理式医疗职业责任保障的协调/373

一、MCO 职业责任保障的类型/374

二、上述险种的协调问题/374

第十节 管理式医疗职业责任保险保障 分析/375

一、所承保的行为/服务/375

二、所承保的个人和实体/378

三、所承保的损害赔偿/379

四、所承保的地域范围/381

五、抗辩和理赔程序/382

六、所承保的抗辩费用/384

七、责任限额/385

八、免赔额/自留额/385

九、保险条件条款/385

十、除外条款/386

十一、保险责任触发机制/394

第八章 辅助医疗人员职业责任保险/400

第一节 辅助医疗人员的责任风险暴露/400

第二节 特定类型的辅助医疗人员责任 风险暴露/402

一、护士/402

二、牙医/407

三、急救医疗技师/408

四、药剂师/408

五、社会工作者/410

第三节 辅助医疗人员责任保险核保/411

一、定费基础/411

二、主要核保因子/411

三、特定医疗专业人员职业责任保险投保书
（期内索赔制）/413

四、投保书内容分析/418

第四节 其他辅助医疗人员责任损失控制/424

第五节 辅助医疗人员职业责任保险与 其他保险的关系/425

一、两个案例/425

二、将普通责任保险和职业责任保险合并在一
张保险单下的好处/425

三、组合性保险单的缺陷/426

第六节 其他辅助医疗专业人员责任
保险条款分析/426

一、基本保障方式/426

二、承保协议/426

三、责任限额和免赔额/429

四、保险条件/430

五、除外条款/430

六、保险责任触发机制/434

附件一 内外科医生和牙医职业责任
保险条款（中文）/440

附件二 内外科医生和牙医职业责任
保险条款（英文）/449

下册

第九章 董事和高管责任保险/461

第一节 概述/461

第二节 董事和高管责任风险
暴露/462

一、董事和高管的义务和责任/462

二、董事和高管对谁承担义务/466

三、影响董事或高管责任的
公司法规定/470

四、哪些人可以提出索赔/472

五、董事和高管索赔的类型/473

六、对董事和高管的公司补偿/497

七、D&O 责任的重要发展/499

第三节 董事和高管责任索赔
数据分析/506

公司董事和高管责任索赔的
类型/506

第四节 董事和高管责任保险核保/510

一、核保数据/511

二、财务状况/512

三、行业/竞争地位/517

四、公司内部因素/518

五、公司董事会的构成和运作/520

六、董事及高管投保书及内容分析/522

第五节 控制董事和高管责任
损失/532

一、鼓励积极地询问以及在必要的时候
表示反对/533

二、依靠法律顾问和外部专家/533

三、要求运营经理充分提供信息/534

四、避免出现公司行为无法解释的情况/534

五、要求阅读 D&O 保险单的内容/534

六、阅读公司董事指引手册/534

七、实施有效的公司治理/534

八、保证董事会决策的独立性/535

九、要求董事拥有最低水平的股权/535

十、从优先股开始对 CEO 补偿的方法
进行改革/535

十一、将董事会主席和 CEO 的作用分开/536

十二、指定独立的首席董事/537

十三、召开没有 CEO 的董事会/537

十四、在董事会中任职的时间要求/537

十五、定期对董事的表现进行评估/537

十六、避免利益冲突/537

十七、解除公司董事会的“连锁”/538

第六节 董事和高管行为指引/539

一、衡量公司的表现/539

二、不要忽略基本的受托人义务/539

三、对出现警告性的征兆进行调查/540

四、不要按照人为的指标去管理公司/540

五、不要骄傲自大/540

六、保持合理的经营杠杆/540

七、改进审计委员会的作用/541

八、与正直的人一起工作/541

九、尽快解决现在的问题/541

第七节 D&O 保险和其他保险单的契合/542

一、受托人责任/542

二、雇佣实践责任/542

第八节 D&O 保险的保费计算案例/544

- 一、行业分类和定费因子/544
- 二、金融机构管理人员责任保障费率计算案例/549

第十章 会计师职业责任保险/553

第一节 概述/553

第二节 会计师职业责任风险暴露/554

- 一、会计职业的性质/554
- 二、会计师服务的种类和与它们相关的索赔/555
- 三、会计师具有的法律义务/561

第三节 核保会计师职业责任保险/566

- 一、定费因子/567
- 二、会计师职业责任保险投保书分析/568

第四节 会计师职业责任风险控制/578

- 一、遵守 GAAP 和 GAAS 指引中的规定/578
- 二、向处于财务困难的机构提供服务时必须特别谨慎/579
- 三、披露不利信息并签发免责声明/579
- 四、仔细草拟委托函/579
- 五、采用有效的收费程序/579

第五节 会计师职业责任保险和普通责任保险的协调/580

潜在的保障空缺/581

第六节 会计师职业责任保障分析/582

- 一、承保协议/582
- 二、限额和免赔额/589
- 三、保险条件/590
- 四、责任免除/591
- 五、保险责任触发机制/596

第十一章 律师职业责任保险/602

第一节 律师职业责任保险的风险暴露/603

- 一、法律专业的性质/603
- 二、行为/注意义务的标准/610
- 三、律师服务和代表性的索赔的类型/614

第二节 如何控制律师职业责任损失/623

损失控制技术/623

第三节 核保律师职业责任保险/626

- 一、定费/627
- 二、定价因子/627
- 三、律师职业责任保险投保书和内容分析/627

第四节 律师职业责任保险保障分析/636

- 一、承保协议/636
- 二、责任限额和免赔额/643
- 三、责任免除/644
- 四、保险责任触发/650
- 五、结论/653

第五节 律师职业责任保险费率计算案例/653

- 一、保险费计算程序/653
- 二、保险费计算案例/657

第十二章 建筑师和工程技术人员职业责任保险/663

第一节 设计职业责任风险暴露/663

- 一、设计职业责任风险暴露/663
- 二、设计专业的类型/664
- 三、教育和经验上的要求/665
- 四、重要的法律考虑/666
- 五、设计职业责任索赔数据/672
- 六、针对设计专业人员的代表性索赔案件/673

第二节 设计专业人员责任保险核保/677

- 一、定价因子/677
- 二、设计专业人员职业责任保险投保书分析/679
- 三、控制设计职业责任损失/699
- 四、职业责任保险和普通责任保险的契合/702

第三节 建筑师和工程技术人员职业责任保险保障/703

- 一、所承保的机构/704
- 二、所承保的个人/705

- 三、所承保的行为/707
- 四、所承保的损害赔偿/损失/709
- 五、所承保的抗辩费用和理赔程序/710
- 六、所承保的地域范围/715
- 七、责任限额和免赔额/716
- 八、保险条件/723
- 九、除外条款/727
- 十、保险责任触发机制/739
- 第四节 项目职业责任保险/744
 - 一、项目所有人的观点/745
 - 二、项目保险单的种类/745
 - 三、项目保险单的定费和核保程序/745
 - 四、保障方式/746
 - 五、项目保险单的好处/746
 - 六、项目保险单的缺陷/747
- 第五节 所有人保护性错误和遗漏保险/747
- 第六节 设计/建造专业人员职业责任保险/750
 - 将建造风险除外的原因/751
- 第十三章 媒体职业责任保险/755
 - 第一节 媒体职业责任风险暴露和保险/755
 - 传媒专业人员以及其他信息提供者所面临的风险暴露/756
 - 第二节 媒体责任保险核保/763
 - 一、定价因子/763
 - 二、定价修改因子/763
 - 第三节 控制媒体责任损失/765
 - 一、无损害协议和补偿协议/766
 - 二、保险证明/766
 - 三、免责声明/767
 - 四、在版权法、隐私权法和诽谤法方面的教育/767
 - 五、向法律专家咨询/767
 - 六、从自由撰稿人那里获得保证/767
 - 七、从外部材料提供者那里获得不再向出版商索取报酬的声明/767
 - 八、从模特那里获得书面免责声明/767
 - 九、记录所出版/所广播的信息的准确性/768
 - 十、在采取攻击性的新闻收集活动之前要听取法律顾问的意见/768
 - 十一、CGL 保险单对传媒责任保障进行限制/768
 - 十二、职业责任保险和普通责任保险的协调/768
 - 第四节 传媒责任保险投保书分析/770
 - 一、投保书/770
 - 二、投保书分析/774
 - 第五节 传统的传媒责任保险条款分析/777
 - 一、传媒责任保障的基本方式/777
 - 二、责任限额和免赔额/791
 - 三、保险条件/792
 - 四、除外条款/795
- 第十四章 保险代理人职业责任保险/805
 - 第一节 保险代理人职业责任风险暴露/806
 - 一、保险代理人和经纪人/806
 - 二、保险代理人的性质/806
 - 三、保险代理人对被保险人的法律义务/810
 - 四、保险代理人对保险人的法律义务/818
 - 五、哪些行为可能导致针对保险代理人索赔的总结/820
 - 第二节 保险代理人职业责任保险的核保/820
 - 一、定价/820
 - 二、代理人职业责任保险投保书及投保书内容分析/822
 - 第三节 控制保险代理人职业责任损失/830
 - 一、损失控制技术/830
 - 二、保险代理人职业责任保险单和普通责任保险单的契合/833
 - 第四节 保险代理人职业责任保险保障分析/835
 - 一、专门的保险代理人职业责任保险单以及

通用的错误和遗漏保险单/835

二、所承保的服务/行为/835

三、所承保的机构和个人/838

四、所承保的地域范围/842

五、损害赔偿/损失/843

六、附加赔款保障/845

七、所承保的抗辩费用/846

八、理赔程序/849

九、责任限额和免赔额/849

十、保险条件/851

十一、除外条款/852

十二、保险保障触发机制/863

附件一 律师职业责任保险条款（中文）/868

附件二 律师职业责任保险条款（英文）/883

参考文献/902

第九章

董事和高管责任保险

第一节 概述

董事和高级管理人员（以下简称高管）责任风险在 21 世纪经过了有趣的转变。原来被认为仅拥有名誉职位的外部董事，被当作企业管理上的一种必要的检查和平衡手段，而且被人们所倚重。现在人们期望董事们必须了解企业的情况，参与企业治理的整个过程，关注股东的利益。董事在企业事务中的作用从被动地默许到积极参与。

根据普通法，董事对公司具有受托人的勤勉、忠诚和服从义务，这些义务对外部董事的角色是十分重要的。勤勉义务要求董事诚实、为了公司的最大利益履行职责、做到谨慎之人在类似环境下的注意。忠诚则要求董事诚实、坦率，在他的义务及个人利益上不存在冲突。最后，董事必须在公司章程和任何适用的州和联邦法律框架内行事。

董事和高管人员在以下三方面承担上述义务：公司、股东和第三方。如果违反了义务，就可能导致董事和高管人员责任（D&O liability）索赔。这种情况下，董事可能有几种抗辩措施。“商业判断规则”（Business judgment rule）是最常用的一种，即董事可以表明，他的行为依据的是权威部门提供的信息，如果股东在充分了解相关信息的情况下，对董事会的决议进行投票表决，如果决议通过了，就可以作为 D&O 索赔的一种抗辩。

美国许多州通过了企业法，该法规定了董事的行为准则，有时这些州还立法确定补偿措施，在某种程度上减轻了公司董事和高管人员的责任负担。但重要的是这些法规并未免除他们的责任，只不过在某种程度上减轻 D&O 责任对每个董事和高管人员的影响。许多联邦法律对 D&O 责任风险也产生影响。

近些年来，在 D&O 责任领域有了许多显著的发展。企业并购浪潮对董事提出了新的要求，对误用内部信息违规事件的处理也越来越严厉。与雇佣相关的索赔（Employment-related claims）是发展最快的潜在责任领域。雇佣诉讼案件的诉因通常包括歧视、诽谤、感情折磨和错误解雇。

企业也在研究其他解决税收和责任问题的方法。大量地使用合伙制、合资公司、有

限责任公司可以表明，今天的企业正面临着更大的责任风险。

第二节 董事和高管责任风险暴露

近年来，大量公布的公司丑闻以及不断增加的，对公司内部人员在立法和司法上的监管，预示了公司董事和高管人员将面临着前所未有的责任和严格审查。

董事和高管人员行为的基本原则并未有多大改变，但是对企业过错行为更加严格，民事、刑事和监管诉讼范围不断扩大，为过失行为所支付的成本剧增。不仅董事和高管人员通常在证券法集体诉讼中作为被告，他们还经常卷入各种各样的类似诉讼中，包括衍生诉讼、雇员退休收入保障法诉讼、刑事诉讼、管理诉讼和破产诉讼等，每一种诉讼都代表一种独特的、额外的风险暴露。情况更糟的是，机构投资索赔人和监管人员要求有些被告董事和高管人员从个人资产中支付巨额赔款，以解决在缺乏保险或其他补偿手段时的索赔问题。

现在的公司董事和高管人员必须比任何时候更加了解自己对公司、股东和其他相关人员的义务，并坚定不移、高度警惕地履行这些义务。

一、董事和高管的义务和责任

（一）董事和高管的构成和职责

公司董事由股东选举，并对公司的管理负责。董事会可以由一个或多个董事组成，但不应少于美国各州关于公司董事会成员的最低数量（一般1~3人）。公司章程（Article of incorporation）也可能在州监管部门规定的人数范围内确定自己的最少或最多的董事人数。

由董事会而不是个别股东负责公司的管理，每个董事具有一个投票权，董事会的决策通常由多数票决定。董事会共同决定公司的方针和策略，包括但不限于分红、签订重要合同、兼并和并购、公司财务政策、公司诉讼、高管人员报酬、董事的补偿、雇佣策略和薪酬等。

董事会通常由内部董事和外部董事构成。内部董事（Inside directors）就是在公司内部兼任管理人员的董事，也可以是公司的高管人员，从公司赚取的工资不是作为董事的报酬（如合同报酬或顾问费），而是与其管理公司相关。

外部董事（Outside directors）就是在公司内部兼任管理人员的董事（或独立董事），他们并不为公司工作，除了作为董事的报酬之外，不直接从公司赚取工资，签订有限的或不签订内部合同，而且不与任何可能影响公正性的事件发生关系。

董事通常雇用公司高管人员，除非公司章程将该权利特别授予股东。如果由股东选拔高管人员，他们不能被董事会解聘，只能由股东投票决定解聘事宜（不管是否有理由）。

高管人员（Officers）负责公司的日常管理，执行由董事会确定的经营目标和策略。

他们是公司的受托管理人，能够代表公司行事。高管人员对公司具有忠诚义务，该义务超越他们的个人利益。既然高管人员的报酬是由董事会决定，如果董事也是高管人员，在决定自己的报酬时，就会出现利益冲突。

通常公司高管人员是公司总裁或首席执行官、副总裁、秘书、财务总监，但是，公司规章制度可以规定其他高管人员，而且可以规定由一个人担任多个高管职务（如秘书和财务总监）。如前所述，高管人员也可以是董事或股东。

高管人员要为其重大过失负责，他们还可能因为未能在发现或控制下属的过失行为上实施合理注意而个人承担责任。相比之下，公司董事只能为雇员的行为负责，而且董事已经发现了这些行为但未能进行调查。

私人或非盈利机构的董事和高管人员可能要承担机构管理的责任。私人公司的董事和高管人员可能被股东、雇员、竞争者、债权人、监管人员和其他第三方起诉；非盈利企业的董事和高管人员可能面临雇员、公司成员、客户、捐赠者、政府实体和其他第三方的指控。

董事和高管人员责任保险（D&O liability insurance）是大多数拟在董事会任职的人员（盈利或非盈利机构）的前提条件。虽然董事和高管人员的损失由他们所服务的机构予以补偿，但在某些情况下，公共政策、法律规定或合同约定可能禁止机构向董事和高管人员进行补偿，如果没有 D&O 责任保险，他们的个人财产将遭受损失。

如果董事和高管人员由于管理公司不当、违反受托人义务或在财务报告上误告等原因遭受索赔，而公司并未对他们遭受的损失予以补偿，D&O 责任保险可以对他们进行补偿。如果公司对董事和高管人员所遭受的索赔损失进行补偿，D&O 责任保险则对公司进行补偿。

（二）董事和高管的义务和责任

公司董事有以下五种基本职能（Five primary functions）：

（1）选择并经常性地评估首席执行官，必要的时候将其更换；确定管理层的待遇；制定人员更迭计划；

（2）评估及批准财务目标、公司的主要策略和实施计划；

（3）对高层管理人员提供建议和忠告；

（4）选择并向股东推荐董事会的合适人选，对董事会的程序和运作进行评估；

（5）评估公司在遵守适用的法律法规上是否建立了合适的体系。

公司董事会中最有影响力的人物是首席执行官，人们期望他在公司管理和业务上具有丰富的知识和经验，而且最适合领导公司的各项事务。20 世纪 90 年代对首席执行官是这样期望的，但现在已经不这么认为了。

20 世纪 90 年代，可以感觉到一种发展趋势，那就是董事开始对公司的管理行使更大的权力：他们（1）积极参与制定公司长期策略以及财务和机构发展目标；（2）制订实现这些目标的计划；（3）根据计划对公司的长、短期运行情况进行监督和评估；（4）如果他们觉得需要的话，对计划和实施方案进行修改。

上述情况部分原因是因为独立或非管理性董事不断参与公司管理，它也表明了机构

投资者对公司管理上的不满，他们在促进代理人规则改革以及加大股东在公司管理的参与权上扮演了重要的角色。因此，董事会将承担更大的责任，董事的个人责任也相应加大。

今天的董事会不仅仅行使监督权，还要对股东、对可以确定的第三者承担责任，以保证有效地管理公司，法律法规以及公司章程都对董事的具体职责做出规定。

在履行对公司的业务及其他事务上的管理职责时，董事对公司和他们的股东同样具有受托人的谨慎、忠诚和服从义务，这些义务将在以下分别讨论。当公司遇到财务困难时，董事对债权人 also 承担相同的义务，因为这时的债权人是公司的真正所有人。

公司高管对其公司和股东具有与董事相同的受托人义务。《美国法律协会的公司管理原则：分析和建议》（American Law Institute's Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations）一章，对高管人员进行分类，与一般管理人员相比，高管人员承担更大的责任。

1. 勤勉义务（Duty of diligence）。董事必须真诚地履行其董事会成员的义务，有理由相信自己的所作所为是为了公司的最大利益，并做到拥有相同职务的一般谨慎之人在类似环境中的注意。

董事的勤勉义务是因为他们的行为代表的是公司、股东和其他选举他们的人。董事所从事的活动以及所做出的决定不能对自己有利却牺牲选民的利益。这种勤勉义务包括合理的询问以及在了解信息的情况下做出判断的义务。

在侵权法中，违反一般的注意义务被称为“简单过失”（Simple negligence），但是当用于董事责任的时候，该义务包括合理询问（Reasonable inquiry）的默示义务（根据某些州的成文法要求），以及在了解信息的情况下进行商业判断的义务。“重大过失”（Gross negligence）规则在特拉华和其他州适用，但它并无明确的定义，通常根据每一个案件的具体情况确定该规则是否适用。重大过失的含义的关键在于，它必须与一个合理谨慎的董事在特定环境下的行为相关。在三个重要义务中（勤勉、忠诚、服从），最经常受到州成文法影响的是谨慎义务，该法在支付损害赔偿金上限制或取消董事责任。

董事必须了解公司的发展情况，监控公司的政策和事务，当情况表明理性的董事必须对该事件进行调查时，董事就必须这样做 [1985 年的史密斯诉万·哥科姆案（Smith v. Van Gorkom, 1985）]。如果事实上董事已经通过诚实的努力了解情况并做了合适的判断，他应当被认为已经满足了充分注意的义务；另外，不了解公司的事务，不管是缺乏经验还是不注意，都会使董事暴露于潜在的责任风险，因为他实际上已经知道公司处于不利的环境但未采取措施去挽回 [1979 年的道尔诉联合保险公司案（Doyle v. Union Ins. Co., 1979）]。因此，董事必须采取合理的措施以保证自己掌握必要的信息以履行合适的监督义务。

违反勤勉义务的索赔比较普遍，但多数法庭认为，不能因为董事在判断上的错误或者稍微有些过失就向其提出索赔 [见 1984 年的阿伦森诉刘易斯案（Aronson v. Lewis, 1984）]。同样，在无法证实董事违反勤勉义务的情况下，法庭总不太愿意质询或

事后审查董事会在商业决策上的智慧及合适性 [1989 年的百乐门通信公司诉泰姆公司案 (Paramount Commc'ns, Inc. v. Time, Inc., 1989)]。一般情况下都认为,董事是在掌握信息、诚实的情况下做出商业决定的,而且相信自己所采取的措施是为了公司和股东的利益。

法庭规定了适用董事谨慎义务的不同责任规则,这是因为,在某种程度上,所要求的谨慎程度取决于董事所处的工作环境。比如,金融机构的董事,根据其在公众信托金融机构的职务,被认为比某些其他类型的董事承担更大的义务。同样,要求董事具有的谨慎程度,还要根据公司和股东的决定的重要性,以及董事的知识和经验程度而定。比如,决定是否同意或拒绝企业兼并,与选拔下级管理人员相比,要求董事更加谨慎,做更多的调查。同样,董事的个人表现以及可接受的行为标准是根据其所具有相同背景、经验、专业技术和知识的理性之人在类似环境下的通常作为予以衡量。

2. 忠诚义务 (Duty of loyalty)。负责管理公司的董事必须意识到他们代表其他人履行责任,他们的职责是不允许他们不诚实或假公济私的,他们的个人活动必须服从公司的利益,而不会对公司或其股东造成损害或不会从中不当得利。他们不能从自己的职务上牟取私利;他们必须将自己从公司职务优势上获得的好处贡献给公司。他们对公司的忠诚必须是专一和无私的,要求在他们所承担的义务与个人利益上不能存在冲突 [见 1985 年特拉华州的斯密斯诉万·哥科姆案 (Smith v. Van Gorkom, Del 1985)]。董事的忠诚义务要求“公司和股东的最大利益优先于董事、高管人员、控股股东所拥有的任何个人私利,公司的利益是不能由所有持股人分享的” [见 1993 年特拉华州的西德和公司诉特克尼卡勒公司案 (Cede & Co. v. Technicolor, Inc., Del 1993)]。

特拉华州的大法官法庭认为:“要求公司受托人所具有的诚实不仅包括注意和忠诚义务,从狭义的角度来看还包括其对公司和股东利益的忠诚和奉献所要求的所有行为” [2005 年的沃尔特迪士尼公司衍生诉讼案 (In re The Walt Disney Co. Derivative Litig., 2005)]。

与谨慎义务相比,忠诚义务要求董事的个人利益服从公司、股东和其他选民的利益。董事不可以利用或损害公司或股东;利用其职务获取秘密和私人利益;与公司竞争使其受损;或占用属于公司的任何机会 [1972 年的美国政府诉拜卢姆案 (United States v. Byrum, 1972)]。

董事的忠诚义务是绝对的,但并不是所有的利益冲突都可以避免。利益冲突并不一定是内在的,在各种公司交易中,比如母公司和子公司之间的交易,内部销售和购买公司股票,改变公司的控制权以及在可能被认为属于公司的商业机会中,利益冲突的情况会逐渐形成及发展。在这些交易中,董事和高管人员应当向其他决策者披露自己所存在的利益冲突情况,并避免参与这些问题的讨论和投票。诚实是公平交易的基本原则,法律要求董事和高管人员在代表公司利益行事的过程中,持续不断地将他们获取的信息披露给其他董事和高管人员。与他们的忠诚义务一样,董事和高管人员不能够实施文框 9-1 中列出的,公司董事和高管人员违反忠诚义务的行为。

文框 9-1 董事和高管人员违反忠诚义务的主要行为

- 向外部人员泄露内部信息或公司的商业秘密；
- 将公司的机遇据为己有或者与公司竞争；
- 董事和高管人员在不再为公司服务后招揽公司的业务或顾客；
- 授权以优惠的条件向董事或其附属机构贷款；
- 从与公司交易的人那里收取或授权收取不当付款或赠物；
- 利用公司资产来确立其在董事会中的地位，如用公司资金购买股票以保持多数投票权。

3. 服从义务 (Duty of obedience)。董事和高管人员必须对公司守法负责，他们有义务将公司的行为限制在公司章程所赋予以及法律所规定的权利上。法律不仅包括与公司性质相关的普通法，也包括与公司的义务和活动相关的联邦和州法律、法规和规章。超越公司章程或州公司法赋予的权利的行为是越权行为 (Ultra vires acts)。董事不仅要为他们自己的越权行为负责，也要为整个董事会的越权行为负责 [1974 年的小企业管理局诉西格尔案 (Small Bus. Admin. v. Segal, 1974)]。而且，董事和高管人员并不因为他们的行为是在其职责范围内而免责。如果他们的行为是非法的，就要个人承担责任。董事和高管人员要保证公司的活动都得到合适的授权，避免公司的越权行为 (Ultra vires acts)。

董事和高管人员受许多联邦和州法的制约，这些法律限制他们的某些行为。比如，多数州禁止对董事在衍生诉讼中的赔款进行补偿。如果董事会投票同意这种补偿，董事会成员可能要负责补足由于不当支付补偿金给公司基金造成的缺口。

董事会的一种重要义务是对外宣布分红计划以及支付红利。他们在宣布和支付红利上同样受州法的限制。比如，按照特拉华州的法律，如果董事会成员任意或过失支付不合法的红利，就要面对潜在的连带责任。通过分红，持股者从他们的投资中获得回报，并鼓励他们继续持股及增加股本。董事在诚实地宣布分红计划时必须慎重，对公司和股东都要有利。他们不能在股东中顾此失彼，如果公司的资本金不足，就不能分红。

几乎所有的州都要求公司保留完整和准确的账目和记录，包括财务记录、董事会和股东会议记录和股东清单。董事和高管人员要为未保留合适的记录、拒绝允许检查这些记录或者做了不真实的记录而承担责任。

董事和高管人员应当要求所有雇员都遵守适用的法律所规定的政策和程序。在诸如内部交易、反垄断、环境保护、性骚扰和利益冲突这些与遵守法律法规相关的特别敏感的领域中，董事和高管人员应当特别采取合适的措施。

二、董事和高管对谁承担义务

董事和高管对以下三类组织或个人承担不同程度的谨慎、忠诚和服从义务：(1) 公

司；(2) 作为一个整体的所有股东，特别是少数派股东；(3) 各种第三方。每一类都有针对董事和高管人员的潜在索赔人。以下分别介绍每一类义务：

(一) 对公司的义务

1. 公司的性质。公司是一个根据美国州或联邦法律成立的独立实体。公司成立的主要原因是限制公司所有人（股东）的责任。

成立公司需要向州政府提交公司章程（Articles of incorporation）或公司注册证（Certificate of incorporation）。该章程载明公司的名称、成立的目的，如果属于盈利公司，还要提交公司销售的股份数。非盈利公司的主要目的不是为股东赚钱，而是为了从事慈善、教育、宗教、科研或文学活动，尽管在从事这些活动的时候也可能赚钱。

公司必须有自己的规章制度（Bylaws），但不需要将它们提供给州监管部门。在某些州，规章制度由公司发起人制定，有些州则由董事会制定。公司规章制度规定了以下公司运营规则：公司所在地；每年召开股东会议的地点、通知方式以及开会日期；召开特别股东会议的通知程序；股东会议的法定人数、投票和股东代理上的要求；董事数量、资格、义务以及权利；如何召开董事会；确定董事执行委员会；公司高管人员的选拔、报酬、任期、责任和权利；如何发放、替换、转让股权；分红；修改规章制度。

在成立公司的州从事业务活动的盈利公司称为本地公司（Domestic corporation）；在非成立公司的其他州从事业务，并受这些州管辖的盈利公司称为外地公司（Foreign corporation）。公司也受联邦和州关于发放和销售债券以及其他有关债券说明的规定的管理。

公司是一个假想的个人，它有许多自然人的权利，包括从业、拥有财产、签订合同、纳税、起诉和被起诉。公司有权拒绝不合法的搜查和没收，但不具有针对自认犯罪的第五次宪法修改法项下的权利（假如某人回答问题或发表言论有助于其他人确定其是否犯罪或是否与犯罪活动有联系的话，美国第五次宪法修改赋予其拒绝回答任何问题或发表言论的权利）。（The Fifth Amendment to the U. S. Constitution gives individuals the right to refuse to answer any questions or make any statements, when to do so would help establish that the person committed a crime or is connected to any criminal activity.）

盈利公司由股东或持股人拥有。私人拥有的企业的股份不在股票市场销售。如果公司的股票在市场上销售，这种公司是公众公司，受联邦证券法管辖。

小型盈利公司（即拥有 75 人以下的美国公民股东）的表示形式为 S 类公司（“S” corporation）。S 类公司与 C 类股份公司（“C” corporation）具有相同的结构和有限责任。但是，国内税收法第五章规定，S 类公司的股东可以按照投资比例扣减损失，而对 C 类公司来说，只有公司才能扣减损失。另外，S 类公司的股东直接由美国国内税务局和州税务局按照他们的投资额比例收税，这样做可以避免针对公司收入双重纳税（即在常规公司的情况下，公司先就其收入纳税，然后股东再根据其分红收入和资产销售纳税）。但是，S 类公司股东所能扣减的损失比 C 类公司扣减的损失更有限，而且 S 公司不能发放具有特别流通性、分红或转换权的优先股。

非盈利公司（Non-profit corporation）的结构与盈利公司类似，不同的是他们的成立以慈善、教育、宗教、科研或文学为目的——虽然非盈利公司也可以在从事活动中赚