

董事高管责任保险的本土化发展路径探析

刘 轶

(宁波财经学院 金融与信息学院, 浙江 宁波 315000)

摘要: 董事高管责任保险制度在国外运行中演化出损害补偿、利益保障和公司治理功能,是促使公司选任合格管理者的重要机制。但由于法律制度差异、法律关系失衡以及保险责任模糊等方面的因素,董事高管责任保险的功能在我国尚未充分发挥。尝试运用民法、公司法和责任保险理论,研判董事高管责任保险制度适应我国法律环境所面临的制度障碍、制约因素,并在否定公司补偿、厘清法律关系、明确保险责任并适当性强制投保的基础上,为我国《公司法》引入董事高管责任保险提供对策建议。

关键词: 董事高管责任保险; 公司治理; 公司补偿制度; 保险责任

中图分类号: F840.6 **文献标志码:** A **文章编号:** 2095-0098(2023)05-0062-10

一、引言

近年来,董事高管在履职中的责任风险问题备受关注,10年来上市公司董事高管责任风险呈现较为明显的上升趋势。2020年瑞幸咖啡财务造假事件使学术界深度思考董事高管责任问题,2021年上市公司董事高管责任风险同比增长46.8%,达到18年以来的新高。伴随着我国资本市场表现出前端放权、准入门槛降低的趋势,2020年《证券法》全面推行注册制,最高人民法院发布《关于证券纠纷代表人诉讼若干问题的规定》标志着我国正式启用证券集体诉讼制度,相关法律法规在引导市场发挥资本要素配置基础性作用的同时,对公司治理提出了更高的要求,使得上市公司董事职业愈发呈现高风险性。在2021年广州市中级人民法院审理的康美药业证券集体诉讼案中,判决独立董事及高管承担巨额连带责任,这促使上市公司纷纷选择购买保险以化解董事、监事和高级管理人员(以下简称董监高)责任风险。董事高管责任保险(Directors and Officers Liability Insurance)(以下简称董责险)随之成为资本市场监管者、投资者以及各类公司目光的焦点^[1]。

董事正常履职也可能引致风险。董事或高级管理人员在履行日常职责时,可能被指控行为不当而产生赔偿责任,董责险可以将此类赔偿责任,以及诉讼费、和解费等相关支出按照合同约定和法律规定转移给保险公司。证监会2001年出台的《关于在上市公司建立独立董事制度的指导意见》,建议上市公司根据需求建立董责险制度,2002年《上市公司治理准则》(2018年修订)和《关于受理证券市场因虚假陈述引发的民事侵权纠纷案件有关问题的通知》相继发布,正式把董责险制度引入我国。第十三届全国人大常委会第38次会议2022年二读审议的《中华人民共和国公司法(修订草案二次审议稿)》(以下简称《二审稿》),总结我国公司治理经验,把董监高对公司、债权人和第三人的责任进一步细化,规定公司可以为董事执行职务导致的赔偿责任投保。2023年4月,国务院办公厅印发《关于上市公司独立董事制度改革的意见》,倡导鼓励公司

收稿日期: 2023-05-06

作者简介: 刘 轶(1981—),男,河北保定人,博士,副教授,研究方向为保险法、公司法。

为独董购买董责险。很多上市公司试图利用董责险将保险公司绑定为重要的利益相关者,发挥外部监督和约束功能,但董责险在我国当前法律体系中如何提升治理绩效,优化治理机制,值得研究和探讨^[2]。

二、董责险的理论内涵审视

(一) 董责险基本功能解析

第一,董责险源于公司补偿制度,具有损害补偿功能。董事和高管在履行职务行为中有涉诉而成为被告的风险,产生的律师费、诉讼费、损害赔偿金和相关罚款费用等,公司在一定条件下会代为支付,由此形成的公司补偿制度普遍存在英美公司法中。美国绝大部分州都规定了公司补偿制度,最为经典的是《特拉华州普通公司法》(1995)第145条规定,如果公司董事、高级职员、雇员、代理人胜诉或成功避免索赔,在只需要证明索赔无根据,无需证明自身行为是否符合“信义义务”或是否无过错的前提下,公司就有义务补偿合理费用,赋予被保险的董事和高级职员具有司法执行力的赔偿权^[3]。公司为董事和高级职员购买责任保险是公司补偿制度的重要组成部分,并约定如果董事或高级职员因履职时的不当行为需要对公司或第三人进行损害赔偿,则由保险人按照合同约定的条件和限额将保险金支付给作为被保险人的董事或高级职员。

第二,董责险保障多方利益。公司有投保转移自身责任的需求,但是将此种需求引入董责险,可能会增加保险产品的理解障碍,还可能导致有限的保险金不得不在法人责任和自然人责任之间进行分配,严重削弱董责险对董事和高级管理人员等个人的保障效果^[4]。从国外经验看,德国董责险主要承保董事和高级管理人员对投保公司的损害赔偿(内部责任),而美国董责险保单普遍包含公司无偿付能力条款,即规定保险人只有在公司无法补偿董事和高级管理人员时才会介入,保险补偿一般是在公司破产、无力偿债,或者为股东派生诉讼支付和解金时才起作用,有学者认为美国的董责险已经异化为公司保险^[5]。同时也有观点认为,在针对公司董事的诉讼中,最有可能的原告是任命他们的股东,虽然董事们经常要求保护个人财富,使其在诚信的情况下不会被征用,而股东支持购买董责险显然是保护自己而不是为了在诉讼中保护董事。

第三,董责险发挥公司治理功能。公司依靠监事或内设专门机构的监督并不充分,外部性监督的主动介入,内外相结合的监督方式更能保障公司的健康运行。首先,董责险引入了保险人这一独立的、专业的风险管理机构,能够监督管理层的风险投资行为,抑制企业可能引发的市场风险;有利于吸引更多与公司管理层相对独立的外部董事入职,代表中小股东利益监督制约公司管理,完善企业治理结构。其次,保险人在承保过程中会调查投保公司管理层的专业能力、管理绩效和决策行为的涉诉风险,对于工作业绩不良、被诉风险较高的董事或高级职员,保险人提高风险保费或降低保险金额并将信息传递给公司,有助于股东会及早采取应对措施。最后,董责险的承保范围、保费与公司治理结构相关,保险人评估被保险人的股息政策、收购计划和股权结构做出保费定价^[6],反映公司诉讼风险和治理质量,通过“深度治理”向市场传递出管理层个人掌握的公司风险信息^[7]。

(二) 董责险法律关系分析

第一,投保人与被保险人之间的法律关系因基于公司内部关系而体现出特殊性。投保公司本身是拟制法律主体,通过董事、高管、雇员等自然人实现意思表示,但董事履职同样展现其个人意志,公司决策的质量和效果往往体现在董事个人的专业能力和道德水平上,接受股东选任的董事对履行职务应当负有一定程度的独立责任^[8]。各国立法一般都会确认董事的个人责任,只是过程会有所差异。英美法系沿着董事个人责任走向董事与公司连带责任的发展路径,大陆法系则遵循从完全公司责任发展为董事与公司连带责任的路径。中国台湾地区民法和日本商法就规定法人就董事或其他代表执行职务对第三方造成的损害,与该侵害人负连带责任。

第二,投保人与保险人基于合同关系。当董事和高级管理人员的责任可以适用公司补偿制度时,保险人

替代公司对董事和高级管理人员提供补偿对公司有利,公司具有保险利益并且支付保费符合成本收益原则^[9]。但是,对于公司不能向董事和高级管理人员提供补偿的那一部分责任,动用公司资金购买董责险不能给公司带来收益,还会导致公司资产非法流出。此时,支持公司支付保费的观点一方面认为相对少额的保险费可以提升董事的人力资源供给,有利于公司长期利益;另一方面,由于个人赔偿能力有限,一旦董事或高级管理人员对公司负有巨额赔偿责任,在没有保险的情况下会使公司遭受双重损失。保险人要根据历史理赔历来调整收取的纯风险保费,从而倒逼投保人积极监督董事和高级管理人员行为以降低预期保费,保险人也可以拒绝续保高风险董事,或通过风险调查或信息询问深度介入投保人的公司治理。

第三,保险人对被保险人的赔付关系特殊。在董责险的理赔过程中,参加董责险和未参加董责险的董事和高级管理人员可能作为同案当事人,公司倾向于把赔偿责任和抗辩等费用支出分摊给作为被保险人的董事和高级管理人员,而保险人的策略经常是将赔偿责任和相关费用分摊给公司,以减少自身的保险金支出。只有合理解决保险人和投保公司之间的赔偿责任和费用分摊问题,董事和高级管理人员才能避免陷入责任危机^[10]。合理相关性规则指出,在董事和高级职员等被保险人执行职务过程中,只要产生的赔偿责任和费用与实施不当行为导致的索赔具有合理相关性,就应当由保险人承担。而依据相对风险规则,如果未参加董责险的被告承担赔偿责任有其独立的基础,则保险人不应当分摊,因为相关的责任和费用不是由作为被保险人的董事和高级管理人员行为导致^[11]。

(三) 董责险保险责任评判

一方面,违反董事义务触发保险责任。董责险的保险标的是董事和高级管理人员对公司、股东或债权人等承担的民事赔偿责任,而违反董事义务是董事责任产生的前提,会触发董责险的保险责任。如何理解董事义务?首先,基于现代企业资本理论,企业管理者的决策差异源自所有者与管理者的信息不对称、契约不完全以及利益冲突,从而诱发过度投资、资产替代和投资不足等代理成本问题。因此,控制代理成本是董事义务的经济解释。其次,董事义务在英美法系被称为信义义务,源于英国衡平法中的信托理论。信托理论认为受益人信任并依赖受信人,使受信人怀有真诚、正直、公正和忠诚的态度,为受益人的最大利益行事,而为了受益人的利益,受信人不得不公平地利用对受益人的优势损害其利益^[12]。再次,董事义务在大陆法系被称为委任义务。大陆法系将委任规则准用于公司与董事之间关系,认为全体股东是委任人,董事是受委任人,董事履行职务应当站在全体股东立场,妥善保护全体股东的共同利益,并且要承担高于普通民事法律关系中受委任人的义务^[13]。最后,基于以上传统公司法理论,董事应当最大化股东利益并对公司负责,董事义务的受益对象是公司和股东。但这一观点以公司处于财务健康状态为前提,当公司陷入财务困境,这种论断会受到质疑。如果公司进入破产程序,董事就无法再作为公司的受托人,只能成为破产财团的受托人。

另一方面,除外责任条款理论溯源。对于某些索赔,保险人可以依照责任除外条款的规定拒绝承担保险责任,此类免责条款关系保险合同当事人之间的利益平衡。理论上,保险人一般会设置以下三类除外责任。首先,当董责险被保险人向同一保险合同中其他被保险人提起损害赔偿之诉时,保险人经常根据“被保险人诉被保险人”除外条款拒赔,该保险除外责任条款源于联邦火灾保险公司诉 Seafirst 公司等美国法院判例。依照该除外责任条款,当投保公司、投保公司附属机构、代表投保公司利益的机构或者投保公司的其他董事和高级职员作为原告,针对董责险被保险人提起诉讼时,为防止恶意共谋的保险欺诈行为,保险人不承担赔偿责任^[14]。其次,20 世纪 80 年代,美国房地产价格大幅度下跌,主要从事房地产业的储蓄贷款协会普遍陷入财务困境或被接管,联邦存款保险公司等监管机构向董责险保险人提起索赔诉讼的数额和频率迅速增加。为了控制风险,保险人在董责险保险合同中添加“监管机构诉讼”除外条款,把联邦以及州监管机构对被保险人提起的诉讼排除在董责险保险责任之外,使得监管机构在涉及此类除外责任条款案件中很难胜诉^[15]。最后,各国董责险一般都规定,对于董事和高级职员实施的违法、欺诈以及不诚实等违反忠实义务的行为,保

险人有权拒绝承担合同责任。但违法行为、欺诈行为以及不诚实行为的边界难以认定,且经常被受害方态度左右,应当由司法机关判断,否则应当按照有利于被保险人的方式解释董责险合约。

三、董责险的适法挑战及其成因

(一) 董责险功能实现的困境及成因

第一,董监高面临较高职业风险,如何利用补偿机制维持甚至激励其履职是理论和实务界持续关注的话题。首先,诸如《民法典》第62条和1191条分别规定了公司对法定代表人身份和一般员工身份董事的追偿权,《证券法》第85条规定董监高信息披露的过错推定责任,《公司法司法解释三》第28条规定董事和高级管理人员的过错责任等制度安排,都体现出董监高责任严格化的规制趋势。其次,董监高在履行职务中导致公司利益受损而承担赔偿责任的,我国法律法规并无设置补偿机制。虽然《公司法》第112条第3款规定了董事对董事会违法违规决议的异议免责条款,但此时董事个人并无出现违法违规行为,与前述公司补偿或豁免并非同一范畴。我国现行法中并不存在英美法体系中普遍通过公司章程或决议限免董监高责任的规则。对于诸如数字化转型等确定会给公司带来长期收益,但同时也面临不确定性的项目或交易,理论上董事高管可以利用商业判断规则工具限免责任风险,但董事要举证自身与决策不存在利害关系、决策基于充分和准确的信息作出、决策符合公司最大利益并且自身不存在重大过失等复杂因果关系,实际操作中相当苛刻^[16]。

第二,我国董责险保障功能的发挥并不全面。一方面,若公司章程规定公司有义务为董监高提供董责险,或者公司与董监高订立的雇佣合同或劳动合同中约定公司有义务为董监高提供董责险,那么当公司未投保董责险、迟延支付保费致保险合同解除,或者因违反不真正义务而致保险合同解除,是否应当认定公司对本应被保障的董监高负有损害赔偿赔偿责任,目前在《民法典》和《公司法》中还缺少明确的规范基础和制度支持。另一方面,国内公司投保董责险目的是吸引管理人才任职、提升公司业绩、保护公司财产、完善公司风险管理体系以及履行公司社会责任,而防范董监高免遭诉讼威胁仅是保障自身利益的外在表征以及实现此目标的结果。因此,我国公司投保董责险并非公司基于与董监高的雇佣关系或劳动关系,为后者之利益所为,公司也无需承担相应的义务。

第三,我国董责险发挥公司治理功能存在制度障碍。首先,外部制度环境不完善是制约我国董责险发挥作用的主要因素,董事高管责任的落实和赔偿制度的完善,才能为董责险发挥公司治理功能构建良好的市场环境^[17]。其次,发挥董责险的公司治理功能,应以董事责任条款的落实为基础。《上市公司治理准则》重视内部监督和外部监督的制衡与协同,强调由此构建的治理机制能促使董事积极保护公司、投资者和利益相关者的合法权益。为实现这一目标,公司章程与相关法规应设置合理的董事监督机制,在实现公司利益的同时,尽量管控损害风险,董事责任条款就是这一机制的核心。最后,国内董事责任以职务行为的违法违规性为前提,监管者以此为立足点,在《上市公司治理准则》第24条中将董事违法违规行为排除在董责险的保险责任之外。因此,只有通过制度创新,确保董责险并不违反董事责任条款的规范意图,才能化解由此产生的冲突。

(二) 董责险法律关系的失衡及成因

第一,传统理论视域下,我国董责险合同当事人并不匹配。早期国际上的董责险承保董事个人责任和公司对董事个人的补偿责任,保险责任并未涵盖公司自身应当承担的赔偿责任。即便在证券赔偿诉讼中,公司经常与董事、高级职员承担连带责任,属于董事和高管职员的个人责任可以由董责险承保,但董责险保险人依然不赔付最终由公司承担的那部分责任。所不同的是,一方面,我国《公司法》第149条明确规定,董事的职务行为给公司造成损失的,个人“应当”承担赔偿责任。从规范意义理解,对董事履职而给公司造成的损失,公司不得予以免责或返还赔偿,也就不存在类似英美法系中公司与董事合谋,将本应由公司对董事的补

偿或赔付转为保险赔付的制度空间。另一方面,虽然根据《保险法》第 65 条规定,公司作为投保人,有理由为自身保险利益同保险人进行约定,扩大董责险的保障范畴。但董责险是公司用于规范董事经营行为,进行公司治理的重要工具,证监会《上市公司治理准则》将其纳入董事义务规范体系。所以,董责险应同董事忠实、勤勉履行职责相关,董责险支付保险金进行补偿的目的在于防止董事因担心承担责任而放弃对公司有利的经营活动或风险决策。由此可见,国内董责险将投保公司实体作为被保险人缺少制度空间,国际保险业中董责险的公司补偿责任条款(Side B)和公司证券责任条款(Side C)在我国制度环境和规范语境下很难被纳入董责险制度。

第二,投保人支付保费缺乏理据。首先,依据公司法,美国公司有权为董事购买董责险,公司负担保费具有合法依据,但我国《公司法》未明确规定公司要购买董责险。其次,证监会发布的《关于在上市公司建立独立董事制度的指导意见》和《上市公司治理准则》在一定程度上为公司给董事购买董责险提供依据,但对于公司是否应当全额支付保费,并无明确规定。最后,如果董事、高级管理人员与公司发生利益冲突(出现《公司法》第 148 条规定的违反忠实义务的行为),保费负担主体是否变更,也无明确依据。相比之下,日本在引入美国董责险制度时,尽管对如何调整公司法与董责险之间的关系进行过长时间摸索,但最终选择了不以公司补偿制度为前提的保险模式^[18],保费支付矛盾也随之化解。如果董责险的保费由公司支付,保费形成的资金池实质上对冲董监高给公司造成的损失,这样的制度架构后果是公司对违反义务的董监高承担替代性责任,而此种安排对董监高义务约束力是否具有负效应,影响如何,国内理论界也并无统一观点。

第三,赔付关系中保险人和被保险人的权利义务失衡。首先,这一问题源于美国公司法将公司可否向董事赔付予以二元对立,将道德风险引入了董责险的赔付范围问题和赔付额度计算问题^[19]。公司如果不能因董责险的赔付受益,有将自身赔偿范畴的费用记作不可赔偿、肆意扩大证券赔偿中董事赔偿比例的激励,并以此索赔超额保险金。其次,我国将公司作为董责险合同受益人只能在一定程度上化解这一矛盾,适当管控公司与董事高管合谋侵害保险人利益或共谋欺诈的道德风险。再次,我国董责险合同在这一问题上存在分歧。从保险合同文本来看,华泰、美亚直接将董责险投保公司列为被保险人,变相将公司补偿责任纳入董责险的保险责任范围,而中国人寿等公司董责险合同中的被保险人并未纳入投保公司。最后,虽然董责险条款中对于公司作为被保险人的赔偿还包括其他责任,但投保公司作为董责险被保险人身份的主要理由来自公司补偿制度。不同法域的公司法律制度存在较大差异,我国缺少公司补偿制度,导致董责险被保险人纳入投保公司存在认定上的困难,更加重了费用分摊问题的复杂性。因此,投保公司作为董责险被保险人的适格性,或者说公司实体责任保险问题的解决,还有待我国保险理论界的研究与保险实务界的探索。合理相关性原则、相对风险原则以及超额和解规则对抗辩费用、和解费用以及赔偿责任分摊的解释,在确定董责险保险标的上有一些局限性,但对我国董责险的理赔有一定借鉴意义。

(三) 董责险保险责任的模糊及成因

一方面,保险责任的触发标准较难衡量。首先,《公司法》第 180 条规定,勤勉义务指“执行职务应当为公司的最大利益尽到管理者通常应有的合理注意”。勤勉义务是董事的主要义务之一,是理论和实践中判断董事过失的重要标准,也是证券发行公司董事、监事、高管应负的义务,但勤勉尽责与否的标准具有较强的主观性、弹性及模糊性^[20]。其次,《公司法》第 148 条列举了忠实义务的具体内容,但缺少勤勉义务的具体规定,而注意义务也被称为勤勉义务,是指董事履行职责时,应当为公司的最佳利益,具有一个善良管理人的细心,尽一个普通谨慎之人的合理注意。最后,勤勉义务、注意义务在公司法理论上并无严格区分,常被混同使用^[21]。但在董事过失认定上,以勤勉尽责为标准还是以注意义务为标准,会发生具体内容上的重要变化,影响董责险保险责任触发。与勤勉义务有所不同,法律上的注意义务通常指向某个特定的具体行为或事项,是就董事履职中某次行为的实施、某个决议事项发表的意见、某个法律文件的签署是否尽到应尽义务的评价。董

事个别行为的错误和一次行为的失职不一定否定该董事在整个公司生命周期中总体的勤勉义务^[22],反之,董事在公司生命周期总体上未能勤勉尽责也不表明其某个具体行为未能尽到应有的注意^[23]。尤其在特殊情况下,脱离财务困境可能成为公司商业决策的主要评估因素,那些财务正常阶段基于商业判断规则被限免责任的董监高行为,放在公司偿付能力不足状态下很可能要承担损害赔偿责任^[24]。

另一方面,董责险除外责任存在争议。理论上,董责险不承保董事高管违反忠实义务的行为。我国《公司法》对董事违反忠实义务的行为采用侵权责任与损害赔偿的规制模式,此种模式以违法所得归入公司制度和违法行为人对公司的损害赔偿义务为主要支撑。但董事与公司之间存在特殊代理关系,对于违反董事忠实义务的除外责任考量,利益相关者以及董事对公司发展权的价值应成为重要考虑因素。《二审稿》第180条对董事忠实义务进行了进一步阐述,提出利用职权谋取不正当利益是违反忠实义务的条件,这一衡量标准比董责险除外责任中“违反忠实义务”的内涵更为宽泛。因为从董责险应有的功能出发,利用职权谋取不正当利益而主观上并非出于故意损害的目的,其赔偿责任从董责险保险责任中除外并不合理。虽然判断“主观上”的标准较为复杂,但若因此放宽董责险合同中对“违反忠实义务”的界定,反而会限缩董责险的补偿和保障功能,弱化董责险的外部治理效果。在我国销售的董责险合同对董事高管“违反忠实义务”的界定,华泰保险的合同规定为“不诚实、欺诈行为、欺诈不作为或任何故意违法行为”,美亚保险规定为“事实上的不诚实、欺诈行为”,而中国人寿将之定义为“故意行为”。各大保险公司对忠实义务的理解和表述具有较大差异,埋下了纠纷和诉讼的隐患。

四、董责险的本土化发展路径

(一) 实现董责险功能的途径

第一,厘清董责险与民事赔偿的制度关系。董责险的功能在于“补偿”而非“赔偿”,保险法补偿(Indemnity)与民法赔偿(Damages)的制度价值迥异。首先,损害补偿制度是风险到来前的防范化解措施,损害赔偿制度是损失发生后的救济手段。其次,民法上的损害赔偿,含有非难及惩戒之意,主要是对侵权或违约行为造成权益损害时施加的赔偿责任,以达到公平正义;反观保险补偿,并非保险人损害被保险人权益,而是保险人履行契约而为之“给付行为”,既无制裁意义,也非纠正保险人的过错^[25]。再次,英美国家董责险制度的出现和普及,目的是填补不适用公司补偿制度的损失,保险公司代为补偿的部分是依照补偿规定公司不允许补偿的损失。最后,从补偿与救济特征来看,董责险制度具有其社会价值,而民事法律关系中设置损害赔偿责任的主要功能是抑制违法行为。

董责险制度与民事赔偿制度的本质差别是价值取向不同,只有合理整合、协调两种制度,才可以在有效发挥董责险功能的同时,又不破坏民事责任的原始功能。达到这种协调的关键是要区别责任行为的性质和主观要素。首先,对于故意违法行为,必须通过严格的民事赔偿责任加以约束,保险人补偿此种行为和社会公共利益背道而驰。其次,对基于一般过失产生的责任,由保险补偿是董责险的功能所在^[26]。最后,基于重大过失的违法从行为性质上与故意违法更加接近,保险人补偿此类行为责任相当于免于追究董监高责任。

第二,化解名义保障和实质保障的冲突。明确董责险本质目的是维护公司利益还是保护董监高个人利益,是有效发挥其保障功能的前提。责任保险有百年发展历史,共经历三个发展阶段,其功能和目的逐步递嬗。第一阶段,责任保险为第一方损失填补保险,目的在于保护被保险人;第二阶段,责任保险发展为第三方责任保险,目的在于保护受害第三人;第三阶段,责任保险的目的回归到保护被保险人,保险模式发展为兼具第一方保险与第三方保险的特征^[27],保险功能在责任确定后消极补偿的基础上,增加了积极抗辩功能。第三阶段的责任保险,保险人要为遭受诉讼或受到诉讼威胁的不确定性提供保障。“责任保险阶段论”为我国责任保险的功能发挥提供理论支撑,董责险不再是第三方责任保险,功能不再是保护保险合同第三方受损公

司的利益,而是保障被保险人的利益。董责险的本质旨在保障董事、监事、高级管理人员在实施职务行为时因不当行为招致法律诉讼、赔偿责任等造成的费用损失,避免职位固守或管理防御^[28]。

第三,适当性强制,实现公司治理功能。保险治理理论从专注于事后赔付走向风险预防与事前控制,是现代保险法的重要理论支撑^[29]。保险治理理论认为,保险人与政府追求相似的安全目标,能够行使准政府的职能,董责险通过风险定价、核保、保险合同设计、索赔管理、损失预防以及接触监管机构发挥治理功能^[30]。《上市公司治理准则》与《上市公司独立董事规则》对投保董责险的倡导性与建议性态度,以及未对独立董事责任保险与其他董监高责任保险差异化处理的规则被《二审稿》沿袭。鉴于公司的保费负担能力参差不齐,独立董事更具脆弱性(与其他董事相比信息更不对称、津贴偏低、法律风险更高),建议新修订《公司法》对公众公司与法定特许经营行业(如证券公司、基金管理公司与商业银行)的非公众公司独立董事责任保险采取强制保险,而是否给其他董监高投保取决于公司自治^[31]。

(二) 明晰董责险的法律关系

第一,上市公司出于自身保险利益的考量投保董责险,类似投保雇主责任险、员工团体意外险的动机,但这并不能成为改变保险产品性质的理由。我国法律体系具备更多大陆法系特征,移植英美法系董责险的实践经验,将投保公司视为被保险人缺乏制度正当性及法律实践的必要性^[32]。英美法系董责险的机制设计以公司补偿制度为核心,最初销售的董责险保单仅包括 Side A 和 Side B 保障,至于 Side C 条款所提供的风险保障,纯粹出于为投保公司自身便利之目的而附加于保单之中,与董事高管责任相去甚远^[33]。我国公司法并未引入公司补偿制度,公司购买董责险补偿董监高缺乏相应的制度支撑,除非基于公司章程或雇佣合同、劳动合同约定的投保义务,否则董监高因公司行为导致保险保障丧失时无权要求公司赔偿,特别是在公司自愿购买董责险的情况下。是故,依据《民法典》577 条的违约责任规定,以及《公司法》第 11 条公司章程约束力的规定^①,只有当公司未依据公司章程或合同约定投保董责险、迟延履行给付义务导致保险合同解除、违反不真正义务导致保险责任免除时,才应当认定公司赔偿董监高由此丧失的保险金。

第二,作为受益方的公司应当支付董责险保费。尽管公司并不适合作为董责险被保险人,但投保董责险发挥公司治理功能,保障了公司利益。首先,保险人根据投保公司的理赔记录、风险水平、预期赔付率进行保费的动态调整,投资者根据董责险保费水平去判断投资风险,与董监高的薪酬相比,董责险保费的信号功能更强大。其次,保险人的赔付最终经由风险保费转嫁到投保公司,才能促使其为了控制保费成本聘任更忠实、更优秀的董事和高管。最后,支付保费与免除董监高责任不同,董责险仍然以董监高民事责任为基础,公司支付保费依然可以在保护董监高的同时,保留法律责任的威慑性^[34]。

第三,安联董责险包括 Side A、Side B、Side C 三个风险保障层次,分别承保董事高管履职的责任风险、公司补偿责任风险和公司实体责任风险。对于抗辩费用、和解费用以及赔偿责任的分摊,问题的焦点同样在于投保公司能否作为董责险被保险人。Side C 条款从某种程度上缓解了上述难题。在这一条款下,保险人不仅要向董事和高级职员的个人责任进行赔付,对于投保公司的赔偿也要承担保险责任,这样可以将投保公司的赔偿责任纳入保险人的承保范围,在一定程度上减少费用分摊的争议。在立法中明确承认公司补偿制度,是董责险合同中 Side B 公司补偿责任的制度前提。Side B 条款在原本公司补偿机制的额度之上,再对董事高管个人责任部分向第三人赔付,形成了对董事高管履职风险的内外协同补偿体系。

公司补偿制度是公司基于第三方对自己董事高管的索赔(包含董事高管的证券虚假陈述责任)承担替代性赔偿责任,而根据我国《证券法》第 85 条的规定,董监高违反信息披露义务应与公司承担连带责任。在公司与董监高进入责任共同体状态下,对董监高承担替代性责任就丧失了基础,公司补偿制度在我国不仅缺

^① 《民法典》第 577 条“当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的,应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。”《公司法》第 11 条“设立公司必须依法制定公司章程。公司章程对公司、股东、董事、监事、高级管理人员具有约束力。”

乏法律环境,更与现行的法律规范冲突。放弃公司补偿制度,董责险引入 Side C 公司实体责任条款,改造 Side B 公司补偿责任条款才是合理的选择。

(三) 厘定董责险的责任范围

一方面,差异化对待保险责任的触发条件。董事勤勉义务因上市公司在生命周期内所处的发展阶段而不同,违反义务的保险责任也应有所差异。正常经营阶段公司财务状况良好,董事履职不会直接影响债权人利益,董事因违反常规义务而担责,董责险应侧重于公司内部责任,将保险责任触发限定在董事违反在公司常态中的法定岗位职责。在公开融资阶段,董事义务立足于信息披露,保险责任的触发应围绕虚假陈述引发的赔偿责任展开,保险责任范围建议规定为董事对于公司未按照规定披露信息的行为,公司公告的证券发行文件等信息披露资料存在虚假记载、误导性陈述或重大遗漏的行为,而对投资人应当承担的过错赔偿责任。

公司因不能清偿到期债务且明显缺乏清偿能力而进入破产清算或重整阶段后,公司利益或股东利益实质性转化为债权人利益^[35]。根据董事义务规则理论,此时的董事变为公司剩余财产的托管人,董事承担义务的对象由公司(股东)转变为债权人。为促进董事在公司濒临破产时仍积极筹措与公司共渡难关,应将董事以挽救濒临破产公司为目的对债权人的损害赔偿赔偿责任纳入董责险保险责任范畴。《公司法》和《企业破产法》未规定破产阶段如何防止董事侵害债权人利益,可以考虑将此阶段的董责险触发条件规定为董事影响公司破产清算程序而对债权人承担的损害赔偿赔偿责任^[36]。

另一方面,明确董责险购买主体和除外责任。董责险在《上市公司治理准则》以及《独立董事指导意见》颁布后经过了 10 多年的发展,作为董监高法律责任限制制度引入《公司法》的条件已经成熟。首先,公司治理中股东与管理者之间的利益冲撞普遍存在。董责险作为一种保障董事正常履职、促进公司治理的机制,在制度设计上不应当区别对待不同类型公司的董事、监事及高级管理人员,应当尽可能对所有董监高提供。其次,建议在新修订《公司法》中,规定公司章程要明确董责险购买义务,或授权股东大会购买董责险^[37]。最后,盲目扩大除外责任范围将损害被保险人与受益人利益、抑制董责险的投保需求,过度保费支出会挤压上市公司资产负债表中的股东权益。因此,董责险保险公司应合理界定免赔条款适用范围,不滥用格式条款和信息优势地位,而公司应向全体股东披露被保险人与受益人姓名、保险金额、保险责任范围、保险费率、免赔条款与理赔情况重要信息。

参考文献:

- [1] 李英,梁日新. 董事高管责任保险与审计效率: 基于审计延迟的视角[J]. 审计研究,2023(1): 149 - 160.
- [2] 关鑫,柴晨洁,高闯. 董责险对企业非效率投资的抑制机理: 基于监督与信号传递效应的共同中介作用[J]. 经济与管理研究,2021(12): 93 - 112.
- [3] Monteleone J P., Nicholas J. Conca. Directors and Officers Indemnification and Liability Insurance: An Overview of Legal and Practical Issues[J]. The Business Lawyer, 1996(3): 573 - 634.
- [4] Weterings W. Possible Conflicts of Interest with D&O Insurance in Event of Shareholders' Class Actions[J]. European Insurance Law Review, 2013(3): 23 - 33.
- [5] Baker T, Griffith S. J. The Missing Monitor in Corporate Governance: The Directors' & Officers' Liability Insurer[J]. The Georgetown Law Journal 2007(5): 1795 - 1842.
- [6] Kyrtsis A A. Insurance of Techno - Organizational Ventures and Procedural Ethics: Lessons from the Deepwater Horizon Explosion[J]. Journal of Business Ethics, 2011(1): 45 - 61.
- [7] Gupta M., Prakash P. Information Embedded in Directors and Officers Insurance Purchases[J]. Geneva Papers on Risk & Insurance Issues & Practice, 2012(37): 429 - 451.

- [8] 崔振南, 马明生. 虚假陈述中董事对股东责任研究 [J]. 中国法学, 2003(2): 103 - 107.
- [9] 蔡元庆. 董事责任保险制度和民商法的冲突与协调 [J]. 法学, 2003(4): 79 - 83.
- [10] 孙宏涛. 董事责任保险的附加承保范围: 公司实体责任保险研究 [J]. 金融理论与实践, 2013(1): 87 - 89.
- [11] 孙宏涛. 论董事责任保险中赔偿责任与抗辩、和解费用之分摊 [J]. 比较法研究, 2010(4): 51 - 60.
- [12] Rotman L I. Fiduciary Doctrine: A Concept in Need of Understanding [J]. Alberta Law Review, 1996(4): 837 - 839.
- [13] 叶林. 董事忠实义务及其扩张 [J]. 政治与法律, 2021(2): 16 - 30.
- [14] 孙宏涛. 董事责任保险合同除外条款范围的合理界定 [J]. 法学, 2010(6): 105 - 112.
- [15] Anbari M M. Banking on a Bailout: Directors' and Officers' Liability Insurance Policy Exclusions in the Context of the Savings and Loan Crisis [J]. University of Pennsylvania Law Review, 1992(2): 547 - 589.
- [16] 丁勇. 董事执行股东会决议可免责性研究 [J]. 法学, 2020(5): 151 - 166.
- [17] 贾宁, 梁楚楚. 董事高管责任保险、制度环境与公司治理: 基于中国上市公司盈余管理的视角 [J]. 保险研究, 2013(7): 57 - 67.
- [18] 王学士. 比较法视域下公司董事赔偿责任保险立法问题研究: 基于日本第二次《公司法》修改的比较考察 [J]. 证券市场导报, 2021(3): 69 - 79.
- [19] 郑观. 董事责任险的本土适法困境及解决路径 [J]. 浙江学刊, 2023(1): 149 - 159.
- [20] 邢会强. 证券市场虚假陈述中的勤勉尽责标准与抗辩 [J]. 清华法学, 2021(5): 69 - 85.
- [21] 曹兴权, 洪喜琪. 证券虚假陈述中监事民事责任研究: 兼论《证券法》第 85 条的适用 [J]. 北方法学, 2021(5): 38 - 50.
- [22] 傅穹, 陈洪磊. 商业判断规则司法实证观察 [J]. 国家检察官学院学报, 2021(2): 25 - 41.
- [23] 赵旭东. 论虚假陈述董事责任的过错认定: 兼《虚假陈述侵权赔偿若干规定》评析 [J]. 国家检察官学院学报, 2022(2): 3 - 19.
- [24] 陈鸣. 董事信义义务转化的法律构造: 以美国判例法为研究中心 [J]. 比较法研究, 2017(5): 59 - 73.
- [25] 樊启荣. 保险损害赔偿原则研究: 兼论我国保险合同立法分类之重构 [J]. 中国法学, 2005(1): 61 - 74.
- [26] 蔡元庆. 美国的董事责任保险制度 [J]. 西南政法大学学报, 2003(4): 43 - 48.
- [27] 樊启荣, 刘玉林. 责任保险目的及功能之百年变迁: 兼论我国责任保险法制之未来发展 [J]. 湖南社会科学, 2014(6): 79 - 83.
- [28] 胡国柳, 胡珺. 董事高管责任保险与企业风险承担: 理论路径与经验证据 [J]. 会计研究, 2017(5): 40 - 46 + 96.
- [29] Rappaport J. How Private Insurers Regulate Public Police [J]. Harvard Law Review, 2017(1): 1539 - 1614.
- [30] Baker T., Swedloff R. Regulation by Liability Insurance: From Auto to Lawyers Professional Liability [J]. UCLA Law Review, 2013(7): 1412 - 1450.
- [31] 刘俊海. 董事责任制度重构: 精准问责、合理容错、宽容失败: 以弘扬企业家精神为视角 [J]. 交大法学, 2023(3): 94 - 119.
- [32] 赵亚宁. 董监高责任保险法律关系论: 以投保公司的复合法律身份为基点 [J]. 甘肃政法大学学报, 2022(1): 78 - 96.
- [33] Finch V. Personal Accountability and Corporate Control: The Role of Directors' and Officers' Liability Insurance [J]. Modern Law Review, 1994(6): 880 - 915.

- [34] Baker T, Griffith S J. Predicting Corporate Governance Risk: Evidence from the Directors' and Officers' Liability Insurance Market [J]. The University of Chicago Law Review, 2007(2): 487-544.
- [35] 叶林, 叶冬影. 公司董事连带/赔偿责任的学理考察: 评述《公司法修订草案》第190条 [J]. 法律适用, 2022(5): 13-23.
- [36] 姜婷婷. 上市公司董事责任保险之责任范围界定 [J]. 保险研究, 2022(12): 103-113.
- [37] 张怀岭, 邵和平. 董事责任保险制度的他国镜鉴与本土重构 [J]. 学习与实践, 2019(8): 60-72.

Analysis on the Localization Development Path of Directors and Officers Liability Insurance

LIU Yi

(School of Finance and Information, Ningbo University of Finance and Economics, Ningbo, Zhejiang 315000, China)

Abstract: The directors and officers liability insurance system has evolved the functions of damage compensation, interest protection and corporate governance in foreign operation, which is an important mechanism to promote the selection of qualified managers. However, due to the difference of legal system, the imbalance of legal relations and the ambiguity of insurance liability, the function of directors and officers liability insurance has not been fully developed in China. This paper tries to use the civil law, company law and liability insurance theories to study the institutional obstacles and constraints facing the adaptation of directors and officers liability insurance system to China's legal environment. On the basis of denying the company compensation, clarifying the legal relationship, clarifying the insurance liability and forcing the insurance to be appropriate, this paper provides countermeasures and suggestions for introducing the directors and officers liability insurance in the Company Law of our country.

Key words: Directors and officers liability insurance; Corporate governance; Company compensation system; Insurance liability

(责任编辑: 罗序斌)