

## 德国董事责任保险制度的悖论<sup>\*</sup>

[德]迈克尔·霍夫曼-贝金<sup>\*\*</sup>著 张怀岭<sup>\*\*\*</sup>译

**摘要:**大型德国公司近年的治理危机凸显了德国董事责任保险制度的缺陷。在实践中,董事责任保险成为一种充满悖论的制度安排,未能有效发挥对公司利益和董事利益的保障功能,具有欺骗性,也导致多重利益冲突。要纠正德国董事责任保险的畸形发展,必须修正《德国股份法》中严苛的董事责任规则,并应当允许以协议或章程的形式限制董事内部责任。在立法者难以在短时间内回应实践需求的情况下,司法部门应当通过审慎的法律续造来实现这一目的。

**关键词:**董事责任保险 德国股份法 利益冲突 防御赔偿 法律续造

---

\* 论文标题为“Sinn und Unsinn der D & O - Versicherung”,发表于 *Zeitschrift für das gesamte Handels - und Wirtschaftsrecht* (ZHR) 181 (2017) 737 - 745,为编者前言(Editorial),原文为德文。中文摘要和关键词以及正文一级标题系译者根据本文内容添加。本文是西南财经大学引进人才科研启动资助项目“董事义务司法适用标准比较研究”(批准号:16XRC032801)的阶段成果。

\*\* 德国 Hengeler Mueller 律师事务所执业律师,波恩大学荣誉教授,德国法学家大会前董事会成员,著名股份公司法专家,德国权威法学期刊 ZHR 和 NZG 主编。

\*\*\* 西南财经大学法学院副教授,柏林洪堡大学法学博士,硕士生导师。

## 一、董事责任保险的制度功能与实践困境

董事责任保险旨在为因企业的董事和高管违反义务行为所导致的财产损失提供保障。由于此财产损失而利益受损的企业或者第三人有权向造成损害的董事和高管主张损害赔偿。董事责任保险合同由企业作为投保人缔结并支付保费;而被保险人(同时也是对于保险所提供的保护和免除责任之请求权主体)则是公司董事和高管。

在德国,董事责任保险在为董事会成员或者监事会成员在极为例外情况下才承担的外部责任提供保障方面没有发挥很重要的作用。相反,董事责任保险在实践中最重要的功能是为董事和高管因违反义务行为而导致对企业承担的内部责任提供保护。诸如,由于董事和高管的行为违反了其应履行的义务并给公司造成了直接的损失;或者由于董事和高管未能履行其法律义务从而导致第三人对公司享有损害赔偿请求权。保险公司的赔偿分为两种情形:一种情形是,如果(也仅在此种情况下)保险公司认为对方权利人(公司)的主张没有合理依据,则由保险公司承担对相关诉讼请求进行辩护所产生的费用(防御赔偿);另一种情形是,如果保险公司认为对方权利人的损害赔偿请求权成立,则承担相关的损害赔偿(损害赔偿)。

这是一种非常令人费解的制度安排:公司以自己承担费用的方式为其组织机构成员签署保险合同,从而为这些成员在因违反法律义务给公司造成损失的情况下提供保护。这种安排对于外行人来说也是充满悖论的一种制度安排。<sup>[1]</sup>

---

[1] Vgl. Armbrüster, NJW 2016, 897 („ungewöhnliche Konstellation“); Bachmann, Gutachten zum 70. DJT, 2014, S. E 38 (Kritiker empfinden die Gestaltung als „grotesk“); Bayer/Scholz, NZG 2014, 926, 927 („Systembruch“); Looschelders/Derkum, ZIP 2017, 1249 („Gesellschaft unterhält die D & O - Versicherung zu Gunsten ihrer potentiellen Schädiger“).

但是,由企业承担费用的董事责任保险如今在德国不仅非常普遍,而且在德国的上市公司中已经成为一种通行的标准。此外,在极为例外情况下,监事会才对于缔结董事责任保险合同享有保留权;而通常情况下则由董事会根据自己的需要为公司缔结该保险合同。无论是依据股份法还是税法的规定,都不将公司的保费支出作为董事的收益来对待。尽管《德国股份法》(AktG)第87条第1款明确将保险收益作为一种典型的董事收益来对待,从而应当根据《德国商法典》第85条第1句第9a项的规定明列在整个收益明细(Gesamtbezügen)中,但是这一规定并不适用于公司所承担的董事责任保险的保费。对于董事会成员的责任保险投保事项,并不必须由监事会作出决议;而对于监事会成员的责任保险投保事项,也并不必须由股东大会作出决议。<sup>[2]</sup>这一现象同样值得关注,而且显得目的上相互冲突。尽管在该制度施行之初曾普遍存在怀疑态度,但支持观点已经得到贯彻。当然,这也是为董事提供这种保障措施的做法得到广泛推广的结果。自从由公司承担费用的董事责任保险获得全面推广以来,该保险成为担任董事或监事职务的标准物质条件<sup>[3]</sup>——这可以作为“事实的规范力量”的典型例子。

在董事责任保险制度的初始阶段,学界对于董事责任保险在股份法领域的合法性问题广泛持有质疑态度。原因在于,如果给公司造成损失的董事藉由公司购买的保险从而不承担任何责任,与董事责任所

---

[2] 主流观点如此, siehe die Nachw. bei Höffer/Koch, AktG, 12. Aufl. 2016, § 93 Rdn. 58, § 113 Rdn. 2a; GroßkommAktG/Hopt/Roth, 5. Aufl. 2015, § 93 Rdn. 454; Spindler/Stilz/Fleischer, AktG, 3. Aufl. 2015, § 93 Rdn. 232ff.; Karsten Schmidt/Lutter/Krieger/Sailer – Cocceani, AktG, 3. Aufl. 2015, § 93 Rdn. 56; 针对团体保险的通常情形也参见 MünchKommAktG/Spindler, 4. Aufl. 2014, § 87 Rdn. 28 und MünchKommAktG/Habersack, 4. Aufl. 2014, § 113 Rdn. 13。不同观点见 Seyfarth, Vorstandsrecht, 2016, § 25 Rdn. 50 und Armbrüster, NJW 2016, 897, 900。税法上的处理参见 koordinierter Ländererlass des FinMin Niedersachsen v. 25. 1. 2002, DB 2002, 399。

[3] 这种观点的转变突出体现在 Henssler in: Henze/Hoffmann – Becking, RWS – Forum 20: Gesellschaftsrecht 2001, 2001, S. 146 vs. S. 162: 只有在董事责任保险变得普遍之后,才不再作为“报酬”,而是作为“预防费用”支出。

追求的损害预防目的相冲突。<sup>[4]</sup>但是,这种质疑后来销声匿迹了。因为德国的立法者于2009年通过在《德国股份法》第93条第2款第3句中引入(保险费)“强制性自我承担比例”的规定间接地实现了董事责任保险的合法化。

即便是在由公司负担的董事责任保险在股份法中的合法地位得到了保障,依然未决的问题是,董事责任保险是否作为一种有价值的保护理念和制度(Schutzkonzept)。以下论据经常被作为支持的理由:<sup>[5]</sup>

1. 源自美国的董事责任保险(directors and officers liability insurance)已经在美国获得了充分的实践验证,立法者不应当剥夺德国的董事会成员或者监事会成员获得同样保障的权利。<sup>[6]</sup>

2. 通过缔结董事责任保险合同,公司获得一个具有充分清偿能力的“债务人”;这是指公司由于董事的行为遭受到重大损失时,董事个人财产不足以弥补公司所遭受全部损失的情况。

3. 在不提供董事责任保险的情况下,公司很难招募到(优秀的)管理层人员。

4. 借由董事责任保险的帮助,董事的企业家冒险精神得以强化,这对公司的成功经营至关重要。

首先,援用董事责任保险在美国的成功实践作为论据是不恰当的。与德国公司实践不同的是,美国董事责任保险中董事的外部责任风险居于首要地位;董事因过失行为所导致的内部责任则可以豁免。而这在德国是被法律明确禁止的。<sup>[7]</sup>如果旨在保障公司对董事所享有的损害赔偿请求权能够得到切实执行,公司可以给自己投保财产损失险

[4] Ulmer, FS Canaris, Bd. II, 2007, S. 451, 462ff.; ders., ZHR 171 (2007) 119, 120f.; Pammler, Die gesellschaftsfinanzierte D & O - Versicherung im Spannungsfeld des Aktienrechts, 2006, S. 47ff. 关于对预防功能的损害也参见 Wagner, ZHR 178 (2014) 227, 272。

[5] 论点的总结参见 Ulmer, FS Canaris, Bd. II, 2007, S. 451, 460; v. Schenck, NZG 2015, 494, 495; MnjchKommAktG/Spindler (Fn. 2), § 87 Rdn. 25; Hemeling, FS Hoffmann - Becking, 2013, S. 491, 492; Fassbach/Wettich, KSzW 2016, 269, 274f.; Schppen/Sanna, ZIP 2002, 550, 551; Looschelders/Derkum, ZIP 2017, 1249, 1250。

[6] 明显持此观点的有 Ihlas, Vhdlg. des 70. DJT, 2014, Bd. II/2, S. N120f。

[7] Vgl. Henssler in: Henze/Hoffmann - Becking (Fn. 3), S. 131, 135; Peltzer, NZG 2009, 970, 971; Ihlas, Vhdlg. des 70. DJT, 2014, Bd. II/2, S. N181f。

来弥补董事履行责任能力欠缺的风险。〔8〕那种认为提供董事责任保险对于吸引新的管理层成员加入越来越重要的观点虽然正确,但却不能成为由公司负担董事责任保险费用的正当理由,而仅是这种保险已经事实上得以广泛流行的结果。前述所列举的理由中,唯一令人信服的是董事责任保险是一种具有强化董事的企业家冒险精神的机制。如果这一论据正确的话,那么也就意味着对现行法律所规定的董事责任规则(过于严苛)的质疑和批评。严格的董事责任并没有因为商业判断规则(BJR)的法典化得到多大改善,没有给董事从事具有商业风险的行为提供充分的自由空间。〔9〕在德国公司实践中通行的、由公司负担董事责任保险的唯一真实理由以及正当依据在于,《德国股份法》第93条和第116条过于严苛的责任规范存在缺陷。因为根据这些规范,董事和监事必须对其极为轻微的过失行为承担无限个人责任;而且这一责任通过《德国股份法》第93条第2款第2句的规定又更加强化。这种严格的责任也不得通过合同约定或者章程规定的方式予以限制。下文将对此进行专门讨论。

## 二、董事责任保险的欺骗性

董事责任保险多数情况下仅是提供了一种具有欺骗性的保障——可能对于作为被保险人的董事会成员,也可能对于公司而言具有欺骗性;在很多情况下,甚至对二者都具有欺骗性。

尽管可以约定事后申报期限(Nachmeldefristen),〔10〕董事责任保险的一个实质性瓶颈是所谓的“请求权主张原则”(claims - made -

〔8〕 Pammler (Fn. 4), S. 58f.; Ulmer, FS Canaris Bd. II, 2007, S. 451, 461; ders. ZHR 171 (2007) 119, 121.

〔9〕 Vgl. KölnKommAktG/Mertens/Cahn, 3. Aufl. 2010, § 93 Rdn. 244.; „Die D & O Versicherung bildet ein sinnvolles Gegengewicht zu der strengen gesetzlichen Organhaftung“.

〔10〕 Siehe dazu v. Schenck NZG 2015, 494, 496, 498; Hemeling, FS Hoffmann - Becking, 2013, S. 491, 495, 501; Krieger/Schneider/Sieg, Hdb. Managerhaftung, 2. Aufl. 2010, § 15 Rdn. 41; Melot de Beauregard/Gleich, NJW 2013, 824, 825.

Prinzip)。<sup>[11]</sup>董事责任保险是每年度签署或者延长。是否可以获得董事责任保险的保障并不取决于董事违反其法律义务的行为是否发生在保险合同签署的当年,而是取决于公司就其损害主张赔偿时是否存在董事责任保险合同。如果公司的董事和高管为了确保避免可能因履职行为所带来的风险,不能仅单纯地通过在董事聘任协议中约定或者公司章程中(针对监事会成员)规定,公司应当承担为其缔结具有适当保险金额的董事责任保险的义务并且承保期限涵盖其整个履职期间;<sup>[12]</sup>为了保险起见,必须要求董事责任保险的承保期限从其自公司离职后扩展至相关责任的请求诉讼时效经过(损害产生后的5年抑或10年;《德国股份法》第93条第6款,《德国有限责任公司法》第43条第4款)。<sup>[13]</sup>

实践表明,多数情况下董事责任保险中所约定的保险金额是不够的。这可能是由于企业所遭受的损失远远大于保险理赔金额(尤其是在近几年发生的多起戏剧性事件中更是如此,例如西门子公司<sup>[14]</sup>巴伐利亚州银行以及MAN公司的董事责任诉讼纠纷<sup>[15]</sup>)。但是,即便在损失低于保险金额的情况下,受损害的企业也无法确信其所遭受的所有损害都能够得到赔偿;作为受益人的董事或监事也无法确信,籍由

---

[11] 根据《德国民法典》第305c条、第307条的规定,请求权主张原则在一般保险条款中的可行性参见 OLG München NZG 2009, 714。

[12] Sog. Verschaffungspflicht, siehe Seyfarth (Fn. 2), § 25 Rdn. 52; Hohenstatt/Naber, DB 2010, 2321, 2324; v. Schenck NZG 2015, 494/495; Hemeling, FS Hoffmann – Becking, 2013, S. 491, 507f.; ausf. Wansleben in: Behme/Fries/Stark, Versicherungsmechanismen im Recht, 2016, S. 185, 214ff.

[13] v. Schenck, NZG 2015, 494, 499; Seyfarth (Fn. 2), § 25 Rdn. 53.

[14] 以西门子公司长时间、大规模海外行贿丑闻为例,西门子公司监事会以包括纳伯格(Neubürger)在内的所有前董事会成员违反对公司的注意义务为由主张损害赔偿。其他董事会成员承认存在违反义务的行为,并与西门子公司达成和解。在纳伯格(曾负责西门子的财务管理部门、财务报告部门和合规部门)否认存在违反董事义务行为并拒绝支付和解金的情况下,西门子公司将其诉至法院,请求高达1500万欧元的损害赔偿。法院全额支持了西门子的诉讼请求。宣判后不久,尽管纳伯格与西门子公司达成和解,但是巨额的赔偿迫使其迅速被宣告破产,不久后这位曾经的明星董事便自杀身亡。详细评议参见张怀岭:《德国法董事合规义务的司法适用逻辑——基于对“西门子诉纳伯格案”的分析》,载《中德私法研究》2016年总第13卷。——译者注

[15] 这一系列戏剧性的董事责任案件直接导致德国第70届法学家大会(DJT)将“董事责任改革”作为讨论议题。——译者注

保险能够免除其全部个人责任。这有多方面的原因:通常情况下,董事责任保险采取集体缔结的形式,从而涵盖了所有的董事会成员、监事会成员。多数情况下还将级别较低的管理人员以及子公司的董事和高管纳入其中。<sup>[16]</sup>因此,很有可能在特定的承保期限内,保险金已经由于其他人的损害赔偿诉讼被损耗殆尽。<sup>[17]</sup>此外,经常出现的情况是,保险赔偿金的“资金池”已经被抗辩费用(Abwehrkosten)用尽,导致保险赔偿额仅有一小部分可用于免除董事责任和弥补企业遭受的损失。<sup>[18]</sup>在典型的(保险赔付)流程中,保险公司基于维护被保险人(公司组织机构成员)的利益,将抗辩费用的支付置于优先地位,只有在抗辩不成功的情况下,才将剩余的保险金用于满足企业的损害赔偿请求。<sup>[19]</sup>除此之外,如果考虑到任何一个董事会成员在因违反法律义务被要求承担损害赔偿责任时,其显而易见并且极为普遍的反应是,主张其他所有监事会成员已经同意了其受到质疑的行为,或者至少没有采取措施制止其行为;<sup>[20]</sup>这种情况下,抗辩保护所涵盖的董事和高管人数以及保险必须支付的抗辩费用会极大地攀升。最后,在保险费用不足的情况下,如何在多个被保险人(公司组织机构成员)之间进行分别理赔,依然没有明确的法律规定和判例规则。<sup>[21]</sup>

最后但并非不重要的是,无论是作为被保险人的公司董事还是作为投保人的公司都不得将下列事项纳入考量,即保险公司会在其保险合同约定的条件范围内穷尽所有可能手段[援引承保除外条款和形成权(Gestaltungsrechte)、违反合同义务等]力图来全部或部分质疑其承保义务。实践经验表明,至少在重大损害赔偿的理赔中,并不是所有

[16] Seyfarth (Fn. 2), § 25 Rdn. 12ff.; Armbrüster, NJW 2016, 897, 898; v. Schenck NZG 2015, 494, 497; Hemeling, FS Hoffmann – Becking, 2013, S. 491, 493.

[17] Sailer/Coceani, Referat zum 70. DJT, 2014, S. N11, 12; v. Schenck, NZG 2015, 494, 497.

[18] Hemeling, Vhdlg. des 70 DJT 2014, Bd. II/2, S. N198; v. Schenck, NZG 2015, 494, 497; Armbrüster, NJW 2013, 897, 898; Fassbach/Wettich, KSzW 2016, 269, 275.

[19] Krieger/Schneider/Sieg (Fn. 10), § 15 Rdn. 48; Büttcher, NZG 2008, 645, 647.

[20] v. Schenck NZG 2015, 494, 497; Wettich, AG 2015, 681, 684; Fassbach/Wettich, KSzW 2016, 269, 276f.; Armbrüster, NJW 2016, 897, 898f.

[21] Dazu Armbrüster, NJW 2016, 897f.; Seyfarth (Fn. 2), § 25 Rdn. 68f.

的保险金额都能完全支付。而且,保险公司在争议过程中可能将在抗辩程序中获知的情形用于自己拒绝理赔的理由。甚至可能出现以下情况,即保险公司首先对董事是否违反其义务提出质疑和抗辩;在对违反义务行为抗辩无效的情况下,则转而主张董事对其违反义务行为存在主观故意,从而排除理赔请求权。<sup>[22]</sup>

### 三、董事责任保险的利益冲突

就目前而言,德国董事责任保险在实践中可能产生的众多利益冲突和目的冲突极为明显(几乎众所周知)。<sup>[23]</sup>

在董事、公司与保险公司的三角法律关系中,可能由于在并行的董事责任诉讼程序和保险公司理赔程序(诉讼)中各自角色的变换导致利益冲突和恣意(Ungereimtheiten)行为。<sup>[24]</sup>在董事责任诉讼中,董事获得了保险公司的支持,与后者一起对抗公司的损害赔偿请求权;而公司则通过支付保费为这一针对自己的斗争提供了资金支持。在理赔程序(诉讼)中,董事则作为权利人以公司的支持为基础(也是出于维护公司的利益)对抗保险公司。尤其是在以下情况下,这种不断的角色变换得到了充分体现:保险公司首先终结了其所推动(董事违反其法律义务)的抗辩,但是,随后又对其理赔义务提出异议。在理论和实践中较为常见对情况是,在保险公司的理赔义务被最终确定前,上述两个各自的诉讼程序一直会进行到穷尽法律的所有救济可能。

被追责的董事如果将其(针对保险公司的)责任免除请求权转让给公司,则可以简化上述诉讼程序。这一简化可能由于德国联邦最高法院(BGH)最近的判决而变得更加简单。在一项针对《保险合同法》

---

[22] Peltzer, NZG 2009, 971, 973.

[23] Vgl. Armbrüster, NJW 2016, 897ff.; Peltzer, NZG 2009, 970, 973ff.; ders., FS Hoffmann – Becking, 2013, S. 861, 862; Seyfarth (Fn. 2), § 25 Rdn. 4; Hemeling, FS Hoffmann – Becking, 2013, S. 491, 503f., 508; Sailer – Cocceani, Vhdlg. des 70. DJT, 2014, Bd. II/2, S. N12f.; v. Schenck, NZG 2015, 494, 497f.

[24] Hemeling, FS Hoffmann – Becking, 2013, S. 491, 508.



(VVG)第108条第2款的判决中,德国联邦最高法院认为保险公司不得通过其一般交易条款(AGB)排除理赔请求权的转让行为。<sup>[25]</sup>当然,这一(概括性)条款禁止(Klauselverbot),正如《保险合同法》第210条所规定的,并不适用于所谓的“巨大风险”(Großrisiken);<sup>[26]</sup>在受损的企业满足以下两个条件的情况下便构成“巨大风险”:总资产超过620万欧元、营业额超过1280万欧元并且雇员超过250人。此外,尽管请求权的移转能够一定程度上为企业提供帮助,但仅在特定条件下对作为被保险人的董事有利。虽然从主体角色而言,董事(藉由请求权移转)使公司对保险公司采取法律措施,从而(暂时)不考虑针对董事进行诉讼。但是,董事会成员在理赔诉讼程序中依然基于信息义务和其他法定义务牵涉到其中,董事并不单纯因请求的移转而被免除责任;况且,董事只能附条件地移转理赔请求权。原因在于,如果不存在董事违反其法律义务而导致的责任,也就不存在理赔的可能性。如果董事必须等待理赔诉讼的结果来确定其是否依然会被公司追究责任(因为保险公司不必支付全部或者部分损害赔偿),而理赔诉讼又由于理赔请求权的移转而不再受到董事个人的支配,那么,董事又有什么动力去移转理赔请求权呢?<sup>[27]</sup>就理性角度而言,董事仅可能在与公司达成和解从而能够确保其个人不被追究损害赔偿责任的情况下,才会有意愿将其理赔请求权移转给公司。

对于股份公司(AG)而言,董事与公司之间关于董事责任的和解,即便是在有签订“行使放弃赔偿请求权约定”<sup>[28]</sup>的情况下,也必须征得股东大会的许可并且只能在请求权产生三年之后才能缔结(《德国股份法》第93条第4款第3句)。根据常见的一般保险条款(AVB),如果和解导致承保人权利受到了限制,则该和解也必须征得保险公司

[25] BGHv. 13. 4. 2016 - IV ZR 304/13, BGHZ 209, 373 = NZG 2016, 745.

[26] Harzenetter, NZG 2016, 728, 729; Böttcher, NZG 2008, 645, 646.

[27] Armbrüster, NJW 2016, 2155, 2157 r. Sp.; Brinkmann, ZIP 2017, 301, 305; vgl. auch Seyfarth (Fn. 2), § 25 Rdn. 63.

[28] GroßkommAktG/Hopt/Roth (Fn. 2), § 93 Rdn. 528; Spindler/Stilz/Fleischer (Fn. 2), § 93 Rdn. 287; KölnKommAktG/Mertens/Cahn (Fn. 9), § 93 Rdn. 171.

的同意。<sup>[29]</sup>在没有保险公司许可的情况下,董事也可以与公司就超过保险金额的损害部分进行和解。但是,在保险承保额度内,也应当允许董事与公司之间通过如下方式达成和解,即对承保金额与理赔诉讼终结后承保人实际应当承担的理赔金额之间的差额进行和解。保险公司作为承保人的权利和抗辩可能性并未因上述和解受到限制,自德国联邦最高法院2016年4月13日的判决以来,保险公司至少不得以公司未认真主张权利为由来对抗达成和解的当事人(公司与董事、高管)。<sup>[30]</sup>

对于作为承保人的保险公司而言,以下情况也导致明显的利益冲突,即被控违反其法律义务(现已从公司离职)的董事对监事会成员提出挑战,从而为之后的一揽子和解创造条件(只要监事尚在任职,便会导致监事会成员感到自危和不安,从而在针对前任董事会成员的行动上保持谨慎态度)。这种情况下,保险公司作为承保人必须同时为具有相互冲突利益的被保险人安排抗辩并支付相关费用。<sup>[31]</sup>这一利益冲突问题可以通过如下方式解决,即自始便分别针对董事会成员和监事会成员与不同的承保人签署不同的团体承保协议(Gruppenpolicen),<sup>[32]</sup>但是,此种解决模式势必会增加企业的成本。

对于董事会成员而言,董事责任保险甚至有可能产生有害的效果。董事责任保险用资金支持了一场责任诉讼。而如果没有董事责任保险的话,这一诉讼则根本就不会发生。<sup>[33]</sup>实践证明,正如“理赔导致责任”这一口号所揭示的,董事责任保险成为了董事责任诉讼的推手。如果没有保险的话,公司会在综合考虑成本、诉讼风险和名誉风险以及公司巨大损失从董事个人获得清偿的微弱可能性的情况下尽快与董事达成和解,并约定对于董事而言数额非常巨大的和解赔偿金,但经济上

---

[29] Nachw. bei Lange, D & O – Versicherung und Managerhaftung, 2014, § 19 Rdn. 26.

[30] 此方面探讨参见 Lange (Fn. 27), § 21 Rdn. 23 Fn. 47 schon vor BGHZ 209, 373 und von Harzenetter, NZG 2016, 728, 729 I. Sp. im Lichte der BGH – Entscheidung.

[31] Armbrüster, NJW 2016, 897, 898f.; v. Schenck, NZG 2015, 494, 497; Fassbach/Wettich, KSzW 2016, 269, 279.

[32] Siehe dazu Reichert/Suchy, NZG 2017, 88ff.; Armbrüster, NJW 2016, 897, 899; v. Schenck, NZG 2015, 494, 500.

[33] Hemeling, Vhdlg. des 69. DJT, 2012, Bd. II/1, S. N31/38; Habersack, ZHR 177 (2013) 782, 798.

又不会导致董事因承担赔偿责任而丧失生存基础。相反,在存在董事责任保险的情况下,公司为了获得保险公司的理赔,必须对董事会成员提起诉讼并提出额度高昂、董事自身完全无法承受和履行的损害赔偿请求。而一个相对折中的董事责任赔偿额只有在保险公司作为承保人愿意合作并且在三方关系中同时缔结责任和解协议和理赔和解协议的情况下才有可能。所涉及的保险金额越大,保险公司作为承保人达成和解的意愿就越小;除非保险公司与公司之间存在主险利益关系(Erstversicherungsinteresse),保险公司宁愿等待董事责任诉讼的结果,从而在理赔诉讼中提出减轻或者免除其理赔义务的抗辩理由。除此之外,更加令情况复杂的是,在保险金额非常高的情况下,董事责任保险并非由单一的承保人承保,而是由数个保险公司联合承保。而在这个承保人的联合中,统一意志的形成更加困难而且非常耗费时间。对于被起诉的公司组织机构成员(如前任董事会成员)而言,相关的持续性负面曝光会产生事实上职业禁止的效果。在上述情形下,原本作为“救星”设计的董事责任保险却成了被保险人的“诅咒”。

#### 四、董事责任规则的完善建议

针对过于严苛的董事责任规则,董事责任保险是“拐杖”和“救命稻草”。目前亟须采取的措施是对董事责任规则进行修正,从而终结董事责任保险的畸形发展。

学界有观点试图通过对“ARAG/Garmenbeck 案”所确立的基本原则进行合乎目的的解释来缓解董事责任的严苛程度。德国现行法律规定,股份公司董事责任不得通过约定来予以限制。而该责任的追究会在经济上导致董事丧失个人生存基础。严苛的董事责任与诸如律师和审计师承担的较为灵活的责任有很大不同。<sup>[34]</sup>从应然法(法律改革完

---

[34] Goette, ZHR 176 (2012) 588, 593; ders., Liber Amicorum Winter, 2011, S. 153, 155ff.; ders., FS Hoffmann-Becking, 2013, S. 377, 386ff.; Reichert, FS Hommelhoff, 2012, S. 907 ff.; ders., ZHR 177 (2013) 756ff.; Paefgen, AG 2014, 554, 571ff.; Bieder, NZG 2015, 1178.

善)的角度,德国法学家大会多数建议采取以下能够解决上述问题的核心方案:立法者应当准许股份公司能够通过章程对董事的内部责任进行限制,即免除其因轻微过失所导致的损害赔偿责任,抑或引入最高责任的限额。<sup>[35]</sup> 有限责任公司法所允许的自治规则,在股份法中也不应当禁止。当然,把希望寄托于立法者并期待其在可预见的时间内推动对上述严苛规则的修正和完善是不现实的。大型公司高管由于高额的薪酬已经广受批评,而具有决定影响的政界人士并没有多大的意愿来减轻董事和监事的责任。但是,司法判例可以对过高的责任标准进行校正,即通过类比劳动法中雇员责任减轻的原则来减轻董事的责任。根据劳动法发展出的这一原则,雇员基于经营行为导致的损害责任属于有限责任。很长一段时间以来上述平行类比被学界完全否定。否定的理由是董事并不是雇员。这一否定理由尽管正确,但却并不充分。最近,学界的观点逐渐发生变化;越来越多的学者支持藉由判例通过谨慎和充分的说理论证来实现法律的续造。<sup>[36]</sup> 因此,期待德国联邦最高法院能够倾听学界的这种呼声。

(编辑:姜沅伯)

---

[35] Beschlüsse der Abt. Wirtschaftsrecht in: Vhdlg. des 70. DJT, 2014, Bd. II/2, S. N61 f.

[36] 详细论证参见 Bachmann, ZIP 2017, 841 ff. und Wilhelmi, NZG 2017, 681 ff. 其他学者从公司与董事之间忠实义务或者注意义务的视角得出相同的结论,尤其是 Koch, AG 2012, 429, 435 ff.; ders., AG 2014, 513, 524; Casper, ZHR 176 (2012) 617, 638 f.; Hopt, ZIP 2013, 1793, 1804; GroßkommAktG/Hopt/Roth (Fn. 2), § 93 Rdn. 398 ff.; Spindler, AG 2013, 889, 894 f.; Peltzer, FS Hoffmann – Becking, 2013, S. 861, 865.