

上市公司董监高责任险中的 如实告知义务及相关问题

——对一起美国中概股上市公司跨国保险

索赔案例的思考

符 望* 朱颖琦**

摘要:本文从一起中国保险公司为美国中概股上市公司承保的董监高责任险的跨国理赔纠纷出发,介绍了董监高责任险相关情况,分析了此类保险中上市公司告知义务对理赔结果的重要性。该案判决认为:一方面,上市公司投保人对自己财务状况应做到如实告知义务;另一方面,保险公司亦应针对上市公司投保人所提交的财务资料有调查和核实义务。如果没有尽到核保义务而轻率承保,则风险发生时保险公司应予以理赔。中国市场上针对上市公司的董监高责任险并未普及,故案例涉及的涉外董监高责任险设计中常见的索赔发生期概念及其对理赔的影响值得我们借鉴,另外,国内保险公司对于美国证券诉讼制度和费用理解存在差异,对于承保风险认识不足,应予以改进。

关键词:上市公司 董监高责任险 如实告知

* 上海市第二中级人民法院民六庭审判员,副庭长。
** 上海市第二中级人民法院民六庭助理审判员。

一、相关案情

万得公司是一家依照美国内华达州法律于2000年6月8日成立的公司,曾在美国纳斯达克上市。基于经营需要及此前多年业务关系,万得公司准备向美亚深圳分公司购买2011年4月3日至2012年4月2日该年度的董监事及高级管理人员责任保险(以下简称董监高责任险)。美亚深圳分公司不愿单独承保,遂为万得公司设计了由多家保险公司共同承保的方案,并将相关的《报价单》、《投保申请书》和“承保前提条件”发送万得公司。其中承保前提条件包括“……3. 请提供一份2010年的财务报表。并请解释贵公司在过去12个月中的收购及出售子公司行为对公司的整体业绩的影响。4. 请介绍关于财务报表重述的最新情况。并请解释该财务报表重述对公司09、08及10年财务状况及业绩产生何种影响……”

在投保过程中,万得公司在填写《投保申请书》时,针对“投保人或其任一子公司过去五年是否曾经参与任何并购或收购案、进行公开收购、买断股权之收购、有任何股权结构变动,或成为上述行为之标的?”“投保人或其任一子公司过去五年内是否曾重编财务报表?”“投保人及其子公司或其董事、高级管理人员、监事或雇员是否正遭受任何证券交易所或监管机构调查,或被要求提供前述机构或个人任何的信息?”“是否存在已经知悉的任何可能导致赔偿请求之行为、疏漏、事件或情形?”等问题,均回答“否”。针对“投保人或其任一子公司其财务报表是否符合美国一般公认会计原则?”“投保人或其任一子公司过去五年内是否遵循美国2002年萨班斯奥克斯利法案?”等问题,均回答“是”。

但与此同时,万得公司也向美亚深圳分公司提供了数百页的财务资料,同时在针对承保前提条件的“相关问题的回复”中称“我们已提交8-K报表,并已于2011年3月1日进行了新闻公布,宣布我们将对2008年及2009财务年度的财务报表进行重述……(请浏览以下网址<http://finace.yahoo.com/q.s=WATG>)……本公司相信过去12个月

内进行的并购至今对本公司财务运营产生的影响都是积极的”。以上链接显示万得公司当期的 8-K 表,内有关于报表重述的内容。

在投保过程中,经由万得公司的保险经纪公司韦莱公司的努力与协调,人保上海分公司、中银上海分公司、民安上海分公司、富邦公司(以下简称四家共保公司)等加入该共保方案。四家共保公司亦收到了万得公司提交给美亚深圳分公司的所有材料,包括投保申请书、200 多页财务资料、相关问题的回复等。在此基础上,四家共保公司各自表示同意承保。

经过上述协商过程,最终美亚深圳分公司向万得公司出具了《董监事及高级管理人员责任保险——2010 美国有价证券尊荣防护版》书面保单,保单约定:保险期间为 2011 年 4 月 3 日至 2012 年 4 月 2 日,保险金额为 750 万美元。承保范围为被保险公司因有价证券赔偿请求而遭受的损失及被保险个人的任何损失(不包括被保险公司已补偿被保险个人的部分)。被保险公司为万得公司及其任何子公司,被保险个人是指万得公司及其子公司的任何董事、高级管理人员或监事等。该保单保障适用于保险期间内或本保险合同所约定的发现期内首次向被保险人提出的,且依本保险合同所约定的通知方式于约定期限内通知保险公司的赔偿请求。该保单约定对于该保险合同的成立、效力或履行的解释均适用中华人民共和国法律(不包括我国港、澳、台地区法律)。该保单赔偿范围涵盖律师抗辩费用,保单附件还专门指定了在发生保险索赔时不同司法管辖区域内的抗辩律师事务所。该保单有多项批单,其中《共保协议批单》载明:“本保险合同项下共保保险人的保险责任为单独责任,而非连带责任,且仅以其各自的共保份额为限。任何共保保险人因任何原因不能履行其在本保险合同项下全部或部分责任的,其他共保人对其共保份额不承担责任。”该批单显示,美亚深圳分公司的共保份额为 33.33%,人保上海分公司为 33.33%,富邦公司为 20%,民安上海分公司为 6.67%,中银上海分公司为 6.67%。《首席承保人批单》载明:“对于任何赔偿请求……适用以下规定:经共保保险人同意,由首席承保人美亚公司全权负责接受有关赔偿请求……确定发生的抗辩费用是否应予以保险赔偿及赔偿金额需经过所有共保保险人的同意……如果所有的共保保险人未能在首席承保人首次决定是

否赔偿的六十天内达成一致,则首席承保人的意见将作为所有承保人的最终决定。”

另外,保单第4条对保单相关用语作出如下定义:“第5款:‘赔偿请求:指下列各项:(i)针对被保险人提出且指称其不当行为:(a)寻求赔偿或其他法律补偿的书面请求或民事、监管、调解、行政或仲裁程序,包括任何反诉;(b)刑事诉讼;或(c)任何有价证券赔偿请求;(ii)调查……(v)监管危机事件。’第22款:调查:‘指官方机构对被保险公司或外部实体的事物或该保险公司的被保险人进行的任何正式听证、询问或质询,一旦被保险人于保险期间内首次:……(ii)由进行调查的官方机构以书面方式确认其为听证、询问或质询的对象……’第39款:‘监管危机事件指:(i)官方机构在保险期间内首次对被保险公司进行的突击检查或现场检查,包括文件材料的准备、查阅、复印或查没或与被保险人谈话;(ii)与(i)相关的公告;(iii)任何递交给官方的,怀疑被保险人有重大违法或违规行为的正式书面通知;或(iv)在保险期间内被保险人收到官方机构的正式通知,依法要求被保险人准备文件或材料、回答起所提出的问题或出席与官方机构的对话。’”

2011年5月31日起,美国证券投资者作为原告在美国法院对万得公司及其高级管理人员和董事提起民事诉讼(包括证券集团诉讼和股东衍生诉讼)要求民事赔偿。其中,证券集团诉讼中投资者指控包括:万得公司及其高级管理人员在公司公开声明方面存在不足,股票价格因虚假陈述、信息披露不全而遭人为抬高等;股东衍生诉讼中投资者的指控包括:万得公司6名现任和前任高级管理人员在公司关于其财务经营及成果方面的信息披露中违反了对公司的诚信义务。

对于保险索赔案,万得公司聘请了保单约定的美富律师事务所在美国进行抗辩,美富律师事务通过电子邮件方式将诉讼过程中发生的工作内容和费用账单不断向美亚深圳分公司及四家共保公司告知,美亚深圳分公司审核和认可了相关费用(和解前的抗辩费用金额高达150万美元)。鉴于此类诉讼律师费用较高的原因,美亚深圳分公司建议四家共保公司同意尽快和解。但四家共保公司以万得公司作为投保人未履行如实告知义务为由明确回复拒绝承担任何责任。

2013年1月至3月,经首席承保人美亚深圳分公司同意,万得公司

在美国法院达成和解,和解赔付金额合计为 346.75 万美元。除了美亚深圳分公司按保单约定的共保份额支付外,万得公司无法从四家共保公司获得理赔,故起诉至法院要求四家共保公司按保单约定的共保份额承担保险赔偿金及支付相应的利息。

四家共保公司抗辩称,万得公司在《投保申请书》中的陈述与事实不符,未尽到如实告知义务,保险人依法有权解除合同、拒绝赔偿。美亚深圳分公司的理赔决定不能代表其他共保人,不对其他共保人发生效力。

除此之外,富邦公司还抗辩称,万得公司曾于 2011 年 3 月 23 日接到纳斯达克的警告函,该函称:“……由于贵司未能在会计年度 2010 年 12 月 31 日前提交 10-K 表,故不再符合我们继续上市的上市规则。根据我们的规则,贵司现在可以在 60 天内提交一个计划以重新符合纳斯达克上市规定,如果我们接受了这个计划,我们将会例外同意贵司从申请结束日起 180 天内或在 2011 年 9 月 12 日之前提交文件以恢复到合规状态。”该警告函属于保单约定的“调查”和“监管危机事件”的定义,因此也符合保单约定的“赔偿请求”的定义。由此,本次事故出险时间应为 2011 年 3 月 23 日,而本案保单的保险期间为 2011 年 4 月 3 日至 2012 年 4 月 2 日,故不应由本保单承担赔付责任。

二、司法判决

一审法院上海市第二中级人民法院认为:(1)万得公司在过去五年确实存在并购、曾重编财务报表、不符合美国一般公认会计准则、未遵循萨班斯法案等情况,对此万得公司在《投保申请书》中的回答与真实情况不符,违反了如实告知义务。至于“是否接受监管机构调查或被要求提供信息”的询问,纳斯达克警告函要求万得公司尽快递交 10-K 表即年度报表,该函本身并不构成保单所定义的“调查”“被要求提供信息”或者是“已经知悉的可能导致赔偿请求的事件”。万得公司对该问题并未违反如实告知义务。但与此同时,万得公司提供了大量财务资料给 4 家共保公司。这些报表均能体现万得公司近年度存在并购收

购、报表重述的具体情况。大致浏览这些财务资料,即可发现万得公司在《投保申请书》中的回答与财务资料的不一致。除此之外,万得公司作为在美国纳斯达克上市的公司,其年报、季报均在美国证监会网站上公开发布,保险公司在核保时亦可轻易取得。更重要的是,万得公司在回复“承保前提条件”时还提及“公司12个月内存在并购情况……2008年度及2009年度的财务报表进行过重述……但对公司财务运营产生的影响都是积极的”,这些都为四家共保公司所知悉。因此,法院认为,万得公司虽在《投保申请书》中作了不实陈述,但对相关真实信息并未刻意隐瞒。相关重要信息已经通过多种方式到达各保险人,各保险人无须耗费多少成本即可核查清楚,但保险人未予核查。故不能认为万得公司违反保险法上的如实告知义务。(2)本保单属于索赔发生型董事责任险类型,适用于保险期间内首次向被保险人提出的赔偿请求。纳斯达克警告函不能视为保单约定的“赔偿请求”的定义。故本次事故出险时间并非为接到纳斯达克的警告函的2011年3月23日。(3)首席承保人批单中以首席承保人意见为准的条款,是保险人对自身权利作出的安排,有利于各方更好地协调和运作共保关系,提高保险事故处理的效率,法律对此并未禁止,应为有效,不能随意反悔。综上,一审法院判决以346.75万美元为基数,四家共保公司按比例(人保上海分公司为33.33%,富邦公司为20%,民安上海分公司为6.67%,中银上海分公司为6.67%)向万得公司支付保险赔偿金及相应利息。

一审判决之后,富邦公司不服上诉后至上海市高级人民法院之后又撤诉,本案判决生效。

三、分析与思考

(一)董监高责任险简介

董监事及高级管理人员责任保险(directors' and officers' liability insurance,有时简称D&O Insurance,下文简称董监高责任险),承保对公司董事和高级职员基于疏忽、不告知情况以及在一定程度内的其他过失对其提起诉讼的情况。这类保险的范围包括对处理案件过程中所

支付的费用、一定限度内的罚款以及判决确定的债务及和解中支付的款项提供的赔偿^[1]。

该保险来源于美国,20世纪30年代初,美国股灾之后,证券立法不断完善(通过了《1933年证券法》和《1934年证券交易法》),美国上市公司董事和高管人员面临的诉讼风险不断增加,赔偿额也不断增加,此类保险应运而生并得以不断发展。为了使公司购买董事责任保险得到法律上的支持,美国50个州的公司立法都明确规定:公司有权为董事和高级职员购买并维持董事责任保险。在此之后,美国一直是此类保险的主要市场。^[2]

为了保护中小股民及债权人利益,许多国家的公司法、证券法对董事、监事、高管人员的责任不断加重,这样一来导致公司管理层的风险不断加大,决策时有可能畏缩不前。而董监高责任保险,有效地替董事、监事及高级管理人员在履职过程中发生的风险责任转嫁给保险公司,缓解了管理层的后顾之忧,能够起到优化公司治理结构的作用。因此,此类保险获得了蓬勃发展。据统计,97%的美国公司、约86%的加拿大公司和90%的欧洲公司都购买了此类保险。但反观中国大陆,目前此类保险的投保率仅有7%~8%,主要涉及B股与H股,以A+H方式在中国内地与香港地区上市的公司投保率大约为90%,而在A股上市的商业银行几乎100%投保了董责险。^[3]

笔者认为,投保率的差别其实也反映出在不同法律制度下,对于该保险的理解有所不同,认识有偏差。在笔者看来,至少有三方面不同。第一,对于赔付范围,美国版本的保险合同条款,明确规定包括违反了美国《1933年证券法》第11章或12章(笔者注:主要是虚假陈述赔偿)规定的有价证券赔偿请求。而按照我国2002年《上市公司治理准则》第39条的规定,经股东大会批准,上市公司可以为董事购买责任保险。但董事因违反法律法规和公司章程规定而导致的责任除外。如果把违

[1] 参见元照英美法词典在线版, <http://lawyer.get.com.tw/Dic/DictionaryDetail.aspx?iDT=47620>。

[2] 孙宏涛:《董事责任保险合同研究》,中国法制出版社2011年版,第10页。

[3] 宋一欣、孙宏涛:《董事责任保险与投资者权益保护》,法律出版社2016年版,第118页。

反证券法的虚假陈述行为造成的损失排除在外,则我国推出这种保险几乎没有意义,因为这是主要风险。第二,面对外来索赔请求的抗辩责任有所不同。在美国版本的保险合同条款中,往往会事先指定某几家律师事务所与律师,在面对外来索赔请求时,由保险公司冲在第一线,预付费用由指定律师进行抗辩(如本案情形),然后直接处理索赔请求。而国内许多责任险,则是被保险人冲在第一线进行抗辩。如果抗辩失败发生对外赔付,保险公司反而指责被保险人的赔付不合理或者是不符合合同条款的约定,以种种原因拒绝理赔,这样会导致投保人对此类保险产品失去信心。第三,中国公司法、证券法的立法有待完善,相关诉讼实务尚不发达,董监高面临的诉讼风险较小,如中小股民提起证券法规定的虚假陈述诉讼,更多的是把公司列为被告而未将董监高个人列为被告。公司法上违反勤勉义务的诉讼亦是鲜见。

除了条款设计的不同及理念、理解的差别,还有投保理赔实务的差别(通常美国的保险是“严进宽出”,即投保时核保严,理赔相对宽松,中国刚好相反),如果在实务中直接引入美国法版本的保险,而理赔适用中华人民共和国法律,^[4]难免会造成理解的分歧,并引发相关的争议。

(二)董监高责任险中告知义务的理解与适用

投保人的告知义务是保险法上的重要概念。比如在美国保险法中,不履行如实告知义务,会构成了虚假陈述(misrepresentation)或者隐瞒(concealment)。虚假陈述会导致保险合同无效。在保险合同以及其他领域中,判断因当事人一方的虚假陈述而致使合同无效的标准在于:陈述须具有虚假性、达到重大程度,且致使遭受损失的对方当事人产生合理信赖。法院通常并不要求投保人的陈述完全精确,只要一项陈述或者说明乃是基本属实,即可排除虚假陈述的存在。隐瞒则区别于确认性虚假陈述,对重要事实的隐瞒行为所引发的问题会稍有不同。保险人如以隐瞒为理由主张保单无效,就必须证明投保人并未告知其已

[4] 本案保险合同翻译美国文本的痕迹明显,而且是针对美国上市公司量身定做,所涉及的保单约定对于该保险合同的成立、效力或履行的解释均适用中华人民共和国法律(不包括我国港、澳、台地区法律)。

明知的重要事实。也就是说,必须由保险人来证明投保人的故意 (scienter)。^[5]

《保险法》则通过法律强调了投保人告知义务及相应法律后果。第16条规定:订立保险合同,保险人就保险标的或者被保险人的有关情况提出询问的,投保人应当如实告知。投保人故意或者因重大过失未履行前款规定的如实告知义务,足以影响保险人决定是否同意承保或者提高保险费率的,保险人有权解除合同。前款规定的合同解除权,自保险人知道有解除事由之日起,超过30日不行使而消灭。自合同成立之日起超过2年的,保险人不得解除合同;发生保险事故的,保险人应当承担赔偿或者给付保险金的责任。投保人故意不履行如实告知义务的,保险人对于合同解除前发生的保险事故,不承担赔偿或者给付保险金的责任,并不退还保险费。投保人因重大过失未履行如实告知义务,对保险事故的发生有严重影响的,保险人对于合同解除前发生的保险事故,不承担赔偿或者给付保险金的责任,但应当退还保险费。保险人在合同订立时已经知道投保人未如实告知的情况的,保险人不得解除合同;发生保险事故的,保险人应当承担赔偿或者给付保险金的责任。

在本案中,最主要的争议焦点就在于该义务是否违反? 本案中,万得公司既填写了投保申请书中的询问表格,又提交了其他数量较多的相关财务材料。

1. 投保申请书中的询问表格回复。根据本案案情,万得公司在过去五年确实存在并购、确实曾重编财务报表、确实曾不符合美国一般公认会计准则,进而确实曾未遵循萨班斯法案。对此各方当事人并无争议。因此询问表格中的第1项至第4项应认定万得公司没有正确填写,即没有如实告知。关于第5项“是否接受监管机构调查或被要求提供信息”的询问则存在争议。万得公司填表时否认接受过调查,但保险公司提出万得公司曾于2011年3月23日收到纳斯达克警告函。故在这一点亦未如实告知。笔者认为,该警告函要求万得公司尽快递交

[5] [美]肯尼斯·S.亚伯拉罕:《美国保险法原理与实务》,韩长印等译,中国政法大学出版社2012年版,第17页。

10-K表,10-K表是美国上市公司应在规定的期限内向美国证券监管部门提交的年度报表。万得公司未能按期提交,因此收到了纳斯达克警告函。但纳斯达克警告函本身并不构成监管机构或证券交易所对万得公司进行的“调查”,因为保单中对“调查”定义为“指官方机构对被保险公司或外部实体的事物或该保险公司的被保险人进行的任何正式听证、询问或质询”。纳斯达克警告函也不能认定为“被要求提供信息”,因为这仅仅是催交定期财务报表,属于常规事项,而“被要求提供信息”与“调查”并列,说明其严重性与特殊性,并不属于常规事项。因此,对于第5项询问,不应认定万得公司未如实告知。

2. 其他投保相关财务材料。在投保过程中,万得公司还向保险经纪人韦莱公司发送了相关的财务资料(万得公司近期年度报表和季度报表、相关网站链接等),这些报表均能体现万得公司近年度存在并购收购、报表重述的具体情况。韦莱公司把这些资料均转给了所有共保人。另外,万得公司在邮件回复美亚深圳分公司的“承保前提条件”时,也曾提及“公司12个月内存在并购情况……2008年及2009年度的财务报表进行过重述……但对公司财务运营产生的影响都是积极的”,万得公司的上述“回复”均曾通过韦莱公司向各共保人抄送。

从上述材料可以看出,万得公司在投保过程中,填写的表格与提交的材料这两者的内容存在互相矛盾之处,引发了较大的争议,这种情况下如何认定告知义务是否履行?

笔者认为,万得公司虽在《投保申请书》中填写不实,但对相关真实信息并未刻意隐瞒,事实上在投保过程中相关重要信息已经通过多种方式到达各保险公司。因此,应认定万得公司已经尽到如实告知义务,具体理由如下:

1. 四家共保公司在收到韦莱公司发送的《投保申请书》时,大致浏览即可发现万得公司的询问表格回复与其向美亚深圳分公司“回复”中表述的不相一致。另外,四家共保公司在收到万得公司的相关财务资料之后,稍作阅读,也能容易发现询问表格回复与财务资料不符合。也就是说,四家共保公司如果实施基本的尽职调查就能确认投保人是否如实告知,但他们无所作为。

2. 即便万得公司自己未提供相关资料而需要四家共保公司专门核

保,万得公司作为在美国纳斯达克上市的公司,其相关信息虽然发生在国外,但仍属于公开信息。美国上市公司的年报、季报均在美国证监会网站上公开发布。在互联网技术发达的今天,一个普通人尚可通过搜索引擎查询到关于万得公司并购、重述的大量资料,更何况一个开展国际业务的保险公司。

3. 四家共保公司提出抗辩称没有专业与人员和能力理解与审核财务材料,这就涉及保险公司专业水准。笔者认为,董事及高级管理人员责任保险属于相对高端的保险产品,保险公司在承保前应当进行必要的核保流程,对目标公司的财务状况、并购、重述等情况做一定了解和评估,由此判断分析是否承保以及确定保费的高低。对国内保险公司来说,承保境外企业的相关险种事实上会面临较高的风险,但并不因此而降低其审慎注意的义务。如果缺乏相应能力,则无须冒险承保,否则应自担风险。

4. 各保险人与投保人间成立相互独立的保险合同关系,美亚深圳分公司作为首席承保人固然承担更多的审查义务,但其他保险人也应当尽职核保,对自己的合同负责。但从投保过程而言,系争保险的保险单、批单、保险条款、投保申请书等文件均由首席承保人美亚深圳分公司制作,投保时美亚深圳分公司曾向万得公司开出承保条件,其他共保人并未直接向万得公司进行过询问。四家共保公司系在已确认承保、保险合同已经成立后才收到《投保申请书》。也就是说,四家共保公司在合同成立生效前,并未知晓投保人所作不实陈述的内容,据此,可以推断出投保人披露信息的正确与否在客观上并未对四被告是否决定承保产生影响。

其实,本案中也暴露出保险业核保做法存在问题,值得我们进一步思考。在保险实务中,保险公司在遭遇数额较大的索赔之后,有时候会竭尽全力寻找投保单中的不精确之处,以便以投保人虚假陈述为理由进行抗辩。这种做法受到了指责,因为保险人在当初接受投保单时就能轻而易举地发现其中的虚假陈述问题,就不应当以虚假陈述为由进行抗辩。美国将这种做法称为 point - of - claim underwriting 或者 post - claim underwriting(索赔时或索赔后承保),许多州的司法判决认为保险公司这种做法是欺诈的、非法的或者存在恶意的(fraudulent, illegal

or constituting bad faith),^[6]并通过立法予以规制。在中国,这种现象也比较常见,这也是为什么上述我国保险法第十六条规定了两年不可抗辩期。

(三)董监高责任险中的索赔发生期及影响

以董事责任保险人承担保险责任的基础为标准,可以将其分为事故发生型董事责任保险和索赔发生型董事责任保险。

事故发生型董事责任保险,是指以保险事故发生在保单的有效期间内作为保险人赔偿保险金前提条件的保险,至于第三人向被保险人提出的索赔请求是否发生在保单的有效期间之内则在所不问。但是,在实务中,许多职业责任事故导致的损害可能在事故发生型保单届满多年后才显现,无法预测第三人何时会索赔,这样给保险的精算带来一定的难度。因为保险人是按照当前费率计算事故发生型责任险的保险费,而对于被保险人索赔的最终解决则是按照市场费率进行的(如通胀因素、法官或者陪审团认定规则的变化、过失侵权行为的定义与适用出现变化等因素可能会影响赔偿数额)。另外一个问题是,当被保险人的职业过失侵权行为持续存在而保险人发生变更时,难以确定该由哪位保险人进行赔付。^[7]

为了解决这些难题,保险公司设计了索赔发生型保险。这种类型的保险是指以第三人向被保险人提出索赔请求的事实发生在保单的有效期间内作为保险人赔偿保险金前提条件的保险。这样一来,第三人索赔的时间就成为关键性的因素,被索赔时被保险人亦应及时告知保险人。由于这种类型保险往往有固定期限如一年,保障期可能过短,因此保险条款会给予额外的扩展期限。比如本案所涉及保单条款还专门约定了“发现期”条款:本保险合同届满后,如不再有任何保险(包括本保险)为被保险人提供董监事及高级管理人员责任保险保障或类似保障,则被保险人自动享有九十(90)天的发现期。这意味着即使在保险

[6] White v. Continental Gen. Ins. Co., 831 F. Supp. 1545, 1155 - 56 (D. Wyo. 1993); Meyer v. Blue Cross & Blue Shield, 500 N. W. 2d 150, 154 (Minn. Ct. App. 1993); Lewis v. Equity Nat'l Life Ins. Co., 637 So. 2d 183, 188 - 89 (Miss. 1994).

[7] [美]肯尼斯·S.亚伯拉罕:《美国保险法原理与实务》,韩长印等译,中国政法大学出版社2012年版,第557页。

合同终止之后,投保人才提出索赔请求,只要索赔发生在扩展发现期内,保险人仍然应当承担保险责任。

本案中,根据保单的约定,属于索赔发生型的保险。第三人选择索赔时间的不同,会触发不同的保单去理赔。而且,这种索赔必须是新发生,如果涉及的是先前的赔偿请求或者情况,则保险公司专门约定为责任免除情形。本案中保单也约定对下列情形免责:被保险人在承保日即已知悉的任何未决的或先前的民事诉讼、刑事诉讼、行政诉讼或监管程序、调查、仲裁或判决,或基于或指称的事实与前述程序所指称的事实相同或实质相同。

索赔时间的重要性以及免责条款的存在,导致了本案中出現相关争议,即万得公司收到纳斯达克警告函时间(2011年3月23日)和美国证券集团诉讼起诉时间(2011年5月31日)是处于不同保单的保险期间。如果认定警告函属于“赔偿请求”,则触发的是上一年度保单而非本案保单。如果认定警告函属于“监管程序”或者“调查”且与美国证券集团诉讼相关联,则可能被认定为已知的先前索赔,符合保单中免责条款情况导致保险公司拒赔。

对此,笔者认为应从以下几个方面分析:首先,赔偿请求的核心在于“请求”,任何与索赔相关但仅仅停留在考虑、威胁层面的其他表示并不构成正式的赔偿请求。本案万得公司收到的纳斯达克警告函是用以敦促万得公司尽快提交年度报表以及随之将要到期的定期报表,并没有明确的经济利益上的诉求,也不属于任何处罚或正式调查,因此也不能构成事故的发生。其次,纳斯达克警告函不符合保单约定的“调查”、“监管危机事件”的定义,两者均必须是官方机构作出的,纳斯达克并非官方机构,而是证券交易市场。“调查”应当是对相对人的正式听证、询问、调查或质询。另外,在本案中,也没有证据表明证券集体诉讼和股东衍生诉讼与纳斯达克警告函中提及的内容有任何直接关联,前者民事赔偿诉讼的原因主要是万得公司及其高级管理人员所作虚假陈述,而纳斯达克警告函目的是敦促万得公司尽早提交报表,这两个事件是相互独立,且分别属于准行政程序与民事诉讼程序,其本身产生的诉求并不相同,要求诉求主体也不相同,因此不属于相关联的同一赔偿请求。基于以上理由,出险时间应为美国证券集团诉讼起诉时间

(2011年5月31日),这决定了触发的是本案所涉保单,而不是上一年度保单。

(四) 共保协议中首席承保人选择和解的约束力

本案中,通过《共保协议批单》的方式,美亚深圳分公司作为首席承保人与四家共保公司共同承保了本案保险。首席承保人批单中约定,共保人对是否赔付在60天内不能达成一致意见的,以首席共保人的意见为准。而在美国的相关诉讼中,美亚深圳分公司选择了和解。但针对和解的结果,四家共保公司不予认可,认为《首席承保人批单》中以首席承保人意见为准的条款剥夺了保险人基于法律规定的抗辩权利,故不应有效,而且美亚深圳分公司不应选择和解。

笔者认为,这种抗辩实际上体现出国内外保险及相关诉讼的制度与理念差异。具体分析如下:

1. 针对保险批单约定,系争保单是涉外商业保险,合同当事人均为国际大型商业企业,有着基本相当的缔约能力和较高的专业水平,各方在洽谈业务的过程中可充分协商、地位平等,共保协议批单和首席承保人批单之约定系合同各方当事人真实意思表示的结果,应当予以充分尊重。另外,以首席承保人意见为准的条款系各方对处理理赔事宜的特别约定,是保险人对自身权利作出的弃权或让步,有利于保护被保险人的利益,更好地协调和运作共保关系,提高保险事故处理的效率,法律对此并未禁止,应为有效。这一条款亦为被保险人所信赖,保险人应当恪守,不能随意反悔。如果不尊重这一条款,则投保人要与每家共保人单独理赔或诉讼,则导致理赔成本大大增加,是对投保人权利的侵害。

2. 针对首席承保人的和解选择。虽然保险批单约定了以首席承保人意见为准,但司法仍有权审查首席承保人在美国诉讼中选择和解的行为是否合情合理。这就涉及理赔程序与实体法律方面的考虑,需要相关证据来支撑。本案中,各方提供了大量的邮件,体现了理赔沟通过程。这一过程表明,首席承保人美亚深圳分公司选择和解、同意理赔并非随意和武断,而是及时多次与四家共保公司沟通,召集相关会议,通报律师意见,提醒各方考虑诉讼费用情况,在无法取得一致意见的情况下,才最终独自作出决定。另外,本案涉及保额750万美元,似乎较高,

但与相关诉讼成本相比,其实并不显多。这是因为国情不同。在美国,法律及诉讼已经高度产业化、形成利益集团,在本案涉及的美国诉讼中,保险合同已经事先约定了美国的律师事务所及律师作为抗辩代表,抗辩费用由保险公司理赔,而大所律师一小时的收费近千美元。在本案中,还没正式进入庭审,就已经花费上百万美元,非常昂贵。在这种情况下,首席承保人接受了300多万美元的和解金额,其实是一个理性的选择。否则,诉讼一拖延,会造成多输局面。

基于上述理由,笔者认为,在各方就是否理赔长期未能达成一致意见的情况下,首席承保人美亚深圳分公司已经同意理赔并作出相应赔付,其他保险公司应当根据相关约定承担保险责任。