

论董事责任保险的范围及立法完善

李培华*

摘要:制度本身就是生产力。董事责任保险是董事可以免除及公司可以转移补偿风险的“多赢”制度设计。董事责任保险的范围可从立法、公司内部文件及保险合同三个角度来解析。完善我国董事责任保险,有利于吸引国际商业人才,提升资本市场软实力和国际竞争力,有利于丰富公司治理手段,提升公司治理水平。

关键词:董事责任保险 保险范围 立法建议

我国《上市公司治理准则》(证监发[2002]1号)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险”,拉开了我国董事责任保险(Directors and Officers Liability Insurance, D & O Liability Insurance 或 D & O Insurance)的序幕,实务界遂于2002年推出了我国首单董事责任保险。然而制度的出台似乎并未因此激活董事责任保险市场,不仅在各保险公司的产品体系中这一险种微不足道,就是社会对其认知程度亦嫌不够充分,特别是对于董事责任保险的范围,不仅董事、高

* 中国人民大学法学院2009级博士研究生。

管们大都一脸茫然,就是连较为资深的保险营销人员也常常困惑不已。这与董事责任保险在美国的发达形成巨大反差。这一现状,不仅不利于董事责任保险的保险业,也不利于这一优化公司治理的有效工具在我国发挥作用,有鉴于此,特对董事责任保险范围及立法完善进行探讨。

一、导致困惑的原因

董事责任保险的范围,是保险合同的重要条款,也是保险机构承担赔付责任的范围。目前,我国对董事责任保险认知程度不高集中体现在保险范围方面,究其原因,我们认为主要有:

(一)董事、高管义务(责任)的抽象性、复杂性

顾名思义,董事责任保险是以董事、高管人员责任为保险标的的险种。董事、高管责任(义务),通常概括为信义义务(fiduciary duty),又可细分为忠实义务(duty of loyalty)和勤勉义务(duty of care),忠实义务强调董事、高管要受人之托忠人之事,其个人利益不得凌驾于股东和公司的最大利益之上;勤勉义务侧重恪尽职守、竭尽所能,董事、高管要像一个正常的谨慎之人在类似的处境下应有的谨慎那样去履行其职责。虽然理论上界定这两者的内涵并非难事,但实务中如何判定其外延,则往往并非轻而易举。

同时,从董事、高管行为规范的角度看,构成董事、高管行为规范的不仅有法律法规,还包括监管部门的规章,自律监管机构的自律规则,以及公司章程、议事规则等内部规范;不仅有公司法、证券法上的义务,还包括非公司法、证券法上的义务。

董事、高管义务(责任)的抽象性与复杂性,导致关于某一董事、高管究竟应否为某一损失事件负责的判定最终不得不依赖司法机关的生效判决。

(二)董事、高管人格的复合性

董事不仅是公司机关董事会的成员,处于公司运行的核心位置;还

是作为社会成员的自然人,^①参加一系列民事法律关系。此外,还可能是公司的总经理、审计师、法律顾问等,执掌公司特定分工并履行相应职责。这种身份、职责的复合性,决定了义务(责任)的多元性,在确定是否属于董事责任保险可保范围时,自然需要详加分辨。

(三)董事保险责任范围的意定性

取决于各保险机构风险识别、控制能力及费率计算等因素,再加上立法往往在购买董事责任保险能力方面赋予公司较大的意思自治空间,导致各保险机构推出的董事责任保险产品是具有近似性的同时,也表现出一定的差异性,特别是在保险范围方面的差异还可能非常之大,因此,试图通过个别保险产品得出对董事责任保险范围的一般认识往往并不现实。

(四)法治环境的差异性

董事责任保险是个舶来品,在英美国家董事责任保险经历了八十多年的发展历史,^②具有较高的覆盖率,甚至成了董事、高管任职的必要条件之一。不过需要指出的是,英美国家董事责任保险的发达是建立在董事责任追究及补偿机制发达的基础之上的,而我国并不存在这样的制度基础,如何认识并构建适当的董事责任保险机制,是一个不小的挑战。

二、董事责任保险的正当性及其本质

辨析董事责任保险范围离不开对董事责任保险正当性与本质的探讨,或者更准确地说,恰恰是这一制度的正当性与本质从根本上决定了董事责任保险范围。

(一)主要学说

关于董事责任保险的必要性、制度价值,综合相关学说,可概括为

① 我国《公司法》上的董事由自然人充任,而不能由法人等机构充任。

② 一般认为,世界上最初开发、销售董事责任保险的据说是英国的劳埃德(Lloyd's)保险公司,并于20世纪40年代传入美国。

如下几点:^③(1)董事责任保险是重要的董事权益保护机制。公司的成功有赖董事、高管的努力,然而市场风云变幻莫测,因惧怕经营失败而承担经营不善的责任,董事、高管难免畏首畏尾。董事责任保险的出现极大地缓解了董事、高管的后顾之忧。(2)董事责任保险是重要的董事、高管激励机制。换个角度,董事责任保险还是一种激励机制,因为消除了后顾之忧的董事、高管可更加富有雄心地开拓创新,锐意进取,以更加富有创意的决策,引领公司取得更佳业绩。(3)董事责任保险还是优化公司治理的重要举措。因董事责任保险的存在,可以吸引更多有识之士作为外部董事加入公司治理队伍,进而有利于克服内部人控制;可以吸引更多优秀人才,加入职业经理人队伍,有利于职业经理人市场建设;此外,董事责任保险合同的缔结过程,本身就是一个董事高管责任(义务)的宣导过程,有利于董事、高管权利义务知识的传播与普及。

(二)本文观点

上述观点可谓代表了目前国内对董事责任保险制度价值的主流立场,笔者赞同上述主张,同时考察美国相关立法及实践可知:

1. 董事责任保险是一个“多赢”的制度设计

在所有和经营分离的情况下,一方面要选任适格的经营管理者,并鼓励其在风险莫测的市场交易中竭尽所能、创造性地开展工作,以为公司(最终为所有者)利益最大化服务;另一方面要加强所有者权益保护,对不诚信、不勤勉(忠实、努力程度不够)的经营管理者或虽然忠实、勤勉但仍然因各种原因致使所有者及第三人遭受不利益的经营管理者苛以责任。现代公司法、证券法等法律制度及所有者与经营管理者之间的契约安排(如公司章程、议事规则、聘用合同等),也就是要建立一个这样的制度框架。而作为这一制度框架组成部分的董事责任保险,其基本逻辑为:董事、高管更加富有创造力的积极经营策略,在公司(最终为所有者)收益增大的同时,失败风险(包括公司及董事、高管自身风险)也在增

^③ 参见谈萧:“董事责任保险的法律考察”,载《证券市场导报》2011年2月号;蔡元庆:“美国的董事责任保险制度”,载《西南政法大学学报》2003年第7期;施卫忠:“董事责任保险若干法律问题研究”,载《南京审计学院学报》2004年第7期。

大,为消除董事、高管对增大的风险的担忧,公司法或章程(在合法的前提下)允许对因冒险失败而招致个人责任的董事、高管予以补偿,而公司则借助保险的风险分散机制将该等补偿风险予以外部化。^④

在这一法律关系中,多方主体的利益均获得了兼顾:(1)对董事、高管而言,董事责任保险是一种有效的保护措施。因为因积极经营策略招致个人责任的董事、高管,即便公司可以补偿,但由于责任主体仍为董事、高管自身,且公司的补偿能力未必足够,因此董事、高管对个人责任担忧并未完全消除。而借助董事责任保险机制,董事、高管对个人责任担忧大可完全消除。(2)对股东而言,董事责任保险是一种有效的风险分担机制。所谓成也萧何败也萧何,公司(最终为所有者)虽可从管理层的积极经营策略中获益匪浅,但由于需要付出补偿代价,因此因积极策略失败而承担的损失同样会无限放大。而借助董事责任保险机制,公司(最终为所有者)则可将该等可能放大的损失予以外部化、分散化。(3)对保险机构而言,保险机构又多了一款保险产品和利润增长点。此外,保险机构通过对保险产品的设计,规定什么是可保范围,什么不属于可保范围,亦即规定董事、高管因何种行为招致个人损失可以获得保险赔付以及何者不能获得保险赔付,从而引导董事、高管为了公司(最终为所有者)利益最大化行事,保险机构也因此成为优化公司治理、提高公司效率的市场力量,也是一股非常重要的外部力量。

总之,董事责任保险是一个“多赢”的制度设计,董事、高管因此降低了职业风险,公司(最终为所有者)通过支付有限对价转移了管理层冒险失败而承担的补偿风险,保险机构丰富了产品种类和利润增长点。这就是董事责任保险制度的经济实质和正当性所在。

2. 董事责任保险是优于董事责任限制与补偿的董事权益保障制度

董事责任保险、董事责任限制和补偿制度,虽然是三个看似孤立的制度,但实质上这三者密切相关。首先,三者均出于类似的政策考量,具有近似的功能,那就是缓解董事、高管责任体系和追究机制日渐完善、董事、官员渐成为“高危”职业带来的低效益:一方面,潜在的高

^④ 尽管风险转移并非法律之强制规定,同时取决于保险产品设计的差异性,不转移补偿风险的产品亦大量存在,但毕竟提供了一种可能。

额赔偿使得公司很难聘请到独立董事,因为很多人会认为任职的风险高于回报;另一方面,潜在赔偿风险使得在任董事、高管选择保守的经营策略,使得公司低效益运行,最终损害所有者利益。其次,作为董事、高管权益保护机制,这三者相互借助,彼此配合:一方面,董事责任限制很大程度上是对董事责任保险危机的一种回应——董事和官员的责任负担使得他们的责任保险变得十分昂贵,有时甚至无法投保;另一方面,董事责任限制仅在于限制过高的董事责任,并不取消、废止注意义务,而补偿与保险机制,则可使得董事因赔偿招致的损失得到弥补。最后,从公司法体系角度看,董事责任限制的规定在前,其后为董事责任补偿及保险的规定,从美国各州立法来看,补偿与保险往往放在同一条中进行规定。

比较而言,作为董事、高管权益的保护机制,董事责任保险更有其优势。首先,保护范围更为宽广。就立法例看,美国各州关于限制董事责任的立法,允许限制的通常仅限于董事注意义务的范围,而不包括董事违反忠实义务的责任;不仅如此,几乎所有减轻或免除董事责任的晚近立法都不适用于公司官员。^⑤ 补偿机制虽不仅适用于公司董事,也适用于官员,美国所有州及哥伦比亚特区立法均允许公司补偿董事、高管,同时有 48 个州还在特定情况下授权法院在公司不会自愿对其董事或官员进行补偿的情况下命令公司对董事或官员进行补偿;^⑥但补偿机制对股东代表诉讼的补偿通常限于费用上,禁止对法院判决确立的责任及为和解代表诉讼而支付的和解费进行补偿。^⑦ 与前两者不同,董事责任保险的范围通常较限制与补偿机制更宽泛,美国各州立法大致采用了类似的表述方式规定“不论公司根据本条规定是否有权补偿该人的责任,都有为该人购买并维持保险的权力”,范围较补偿机制明显要宽。关于董事保险的范围,下文还将展开论述。其次,董事责任保

^⑤ 参见美国法律研究院:《公司治理原则:分析与建议》,嵇建波等译,法律出版社 2006 年版,第 833 页。

^⑥ 参见美国法律研究院:《公司治理原则:分析与建议》,嵇建波等译,法律出版社 2006 年版,第 871 页。

^⑦ 参见美国法律研究院:《公司治理原则:分析与建议》,嵇建波等译,法律出版社 2006 年版,第 868 页。

险以其特有的风险分担功能而备受青睐。众所周知,保险是一种损失分摊方法,以多数单位和个人缴纳保费建立保险基金,使少数成员的损失由全体被保险人分担。

三、董事责任保险范围之辨析

关于董事责任保险范围可从立法、公司自治文件及保险合同三个层面来认识。

(一)立法层面

1. 一般而言,立法规定的董事责任保险的范围相对较为宽泛

在美国,除佛蒙特州外,各州法律都明文规定,公司有权为其董事或者官员购买责任保险。例如,特拉华州公司法第 145 条(g)项规定:“公司有权为下列任何人购买和维持董事责任保险,该人是或过去是公司的董事、高级职员、雇员以及代理人,或者应公司要求现在正在或过去为其他公司、合伙组织、联合企业、信托组织或其他企业工作并成为它们的董事、高级职员、雇员以及代理人的人。该公司针对该人因其身份而被追究并且需要负担的责任,或者是该人因其在公司的地位而产生的责任,不论公司根据本条规定是否有权补偿该人的责任,都有为该人购买并维持保险的权力。”

又如,《示范事业公司法》修订本(Revised Model Business Corporation Act)第 8.57 条,该法关于董事责任保险的规定几乎同特拉华州公司法的规定相同,即规定:“公司有权为下列人购买和维持董事责任保险,该人是或过去是公司的董事、高级职员、雇员以及代理人,或者该人是公司的董事、高级职员、雇员以及代理人时又应公司要求现在正在或过去为其他公司、合伙组织、联合企业、信托组织、雇员福利计划或其他企业工作成为它们的董事、高级职员、雇员以及代理人。这是他们因其职位资格而被追究的责任或是对其因其职位资格招徕的责任的保险,又或是由其董事、高级职员、雇员以及代理人的身份而引起的。无论该公司是否有权对上述责任向该人作出补偿,都有为该人购买并维持保险的权力,这里所说的责任是指在第 8.51 条或第 8.52 条中指

的责任。”

再如,纽约州公司法第 726 条,该条(a)项规定:在满足本条(b)项规定的条件下,公司有权缔结并维持下列的保险:(1)依照本节的规定,作为为董事或高级职员提供补偿的结果,公司承担了债务时,补偿公司的保险;(2)依照本节的规定,允许公司对董事或高级职员提供补偿时,补偿董事或高级职员的保险;(3)依照本节的规定,对于不允许公司对董事及高级职员提供补偿的责任,在保险合同中,依照保险厅长官认可的方法,并确定了保有额(a retention amount)以及被保险人自己负担额(co-insurance)的前提下,补偿董事及高级职员的保险。

此外,虽然不是正式立法,但代表了美国学术界和实务界立场的美国法律研究院颁布的《公司治理原则:分析与建议》7.20 a(4)规定:“无论公司是否有权对有关的责任或者开销进行补偿,公司都有权为现任或前任董事或者官员就他们因为参加 a(1)下的程序而产生的责任或者开销购买保险。”而 a(1)规定:“公司有权对现任或前任董事或者官员因为将来的、待决的或者已决的诉讼或者调查,无论正式的还是非正式的,也无论是民事的、刑事的还是行政的,而产生的责任和合理的开销进行补偿,如果该董事或者官员因为下面的原因而成为或者将要成为诉讼或者其他程序的当事人,或者以其他身份出席或者将要出席诉讼或者其他程序:(A)因为行使董事或者官员的职权,或者应公司的要求代表他人,但他必须是出于善意;(B)单纯因为他是或者曾经是公司的董事或者官员。”

综观以上较具代表性的立法例,可以看出:

(1)董事责任保险的被保险人范围较为宽泛,不仅包括董事、官员,还包括其他雇员或代理人;不仅包括本公司的董事、官员,还包括应公司要求为其他公司、合伙组织、联合企业、信托组织、雇员福利计划或其他企业工作并成为它们的董事、高级职员、雇员以及代理人;不仅包括在任的董事、官员,还包括过去曾经为公司董事、官员以及将来的公司董事、官员。

(2)可投保的责任,也即保险实务中的保险标的,虽大都强调应为公司被保险人“因其身份而被追究并且需要负担的责任,或者是该人因其在公司的地位而产生的责任”,但并不要求公司对此有补偿权,也即董

事、官员因股东代表诉讼被判令承担的责任,在补偿规则通常无法获得补偿的,仍然可以通过保险机制获得赔付;损失事故并不要求必须通过司法诉讼等正式程序确定,也包括和解等非正式程序;也不要求该损失事故为民事责任,也可包括刑事责任和行政责任。

(3)此外,关于保险方式、类型、保险费用支付等亦未作明确规定。

2. 立法禁止投保情形

尽管,立法通常对董事责任保险范围作较为宽泛之规定,但也并非毫无限制,这些限制主要体现为如下情形:(1)故意不当、欺诈、故意违法行为;(2)不当获利情形,如《纽约州公司法》726(b)规定:在(a)项规定的任何保险中,如果出现下列情形:①当董事及高级职员被提起诉讼,而该人败诉的主要原因是由于该人积极的而且是故意的不诚实行为(acts of active and deliberative dishonesty)时,或者可以确定该人获得了通过合法的手段无法取得的经济利益或者其他利益时;②依照纽约州保险法的规定,该保险是与禁止付保的危险相关的保险时,除去防御费用,不得对该董事或高级职员支付保险赔偿金。又如,亚利桑那州的法律禁止公司就董事为自己谋求非法个人利益或者优势的行为所致的责任或者返还未经股东批准的非法报酬的责任、返还1934年《证券交易法》§16(b)规定的利润的责任或者因为不诚实的行为被起诉而承担的责任为他们购买保险。⑧内华达州的立法亦禁止就故意的不当行为、欺诈、故意的违法行为所致的责任购买保险,除非有法院的批准。⑨

我们认为,上述禁止投保情形的根本原因在于其非法性或存在道德冲突,即便公司法不作如此规定,从保险法和保险实务看,该等情形也不可能成为董事责任保险的可保事项:一方面,合法性是市场交易的基本前提和现代政治国家对私行为进行干预的主要出发点,保险法通常不将非法风险列入可投保范围。另一方面,保险市场也不会出现这样的交易,因为为董事、官员的故意不当行为、欺诈、故意违法行为所致的责任购买保险实际上是对上述行为的纵容,不仅保险机构不会推出这样的产品(赔付风险太高),即便推出这样的保险产品,也会无人

⑧ Ariz. Gen. Corp. Law § 10-005.

⑨ Nev. Rev. Stat. Ann. § 78.752.

问津,因为这不符合理性经济人的基本假设,也不是治理良好、运行健康的公司的所作所为,公司对该等董事严惩不贷唯恐不及,更遑论为其购买保险。

(二)公司自治文件

商人智慧胜过立法者智慧,董事责任保险立法普遍采取授权立法的方式作出一般规定,即公司“有权”为董事、官员购买保险,这就为公司留下了足够的自治空间,公司及所有者可发挥自身智慧,在符合法律规定的情况下,结合公司自身情况,通过公司章程等内部治理文件,量身打造自己的董事保险策略,包括但不限于董事保险范围(可以对董事责任保险范围作出更为明确的规定)、董事责任保险的内部审批程序(股东会特别决议或一般决议批准等)。

《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险。”在我国公司法尚无明文规定的情况下,《上市公司治理准则》将董事责任保险的决策权交给股东大会,无疑极为妥当。

(三)保险合同层面

保险合同是投保人与保险人约定保险权利义务关系的协议,是投保人与保险人意思表示一致的结果,也是投保人与保险人市场选择的结果。作为保险合同的必备条款,实务中,保险合同通常采用一般条款与除外条款的形式对保险范围作出约定。

1. 一般约定

保险范围是保险合同的必备条款,如可约定:被保险个人在以其被保险个人的身份履行职务的过程中,由于单独或共同的过失行为导致第三者遭受经济损失,该第三者向被保险个人提出索赔,对依法应由被保险个人承担,且被保险个人不能从被保险公司获得补偿的损失,保险人按本保险合同的约定负责赔偿。

需要说明的是,一般范围的约定除受法律制约外,保险机构自身对风险的识别、控制及差异化经营策略和费率计算等因素,对保险范围的影响很大。

2. 除外条款

除外条款是董事责任保险范围较具特色的地方,有的甚至多达数

十项内容,综合来看,除外条款约定的情形,大致可分为如下几种情形:

(1)法律禁止承保情形。

法律禁止的情形,受制于各国立法态度的不同,可能有所差异,如《纽约州公司法》726(b)规定:在(a)项规定的任何保险中,如果出现下列情形:(1)当董事及高级职员被提起诉讼,而该人败诉的主要原因是由于该人积极的而且是故意的不诚实行为(acts of active and deliberative dishonesty)时,或者可以确定该人获得了通过合法的手段无法取得的经济利益或者其他利益时;(2)依照纽约州保险法的规定,该保险是与禁止付保的危险相关的保险时,除去防御费用,不得对该董事或高级职员支付保险赔偿金。

严格来说,对于法律禁止承保情形,保险合同无须作为除外条款再行约定,保险合同对此作出约定,其作用不过系立法规定的再次重申和强调。

(2)性质上不属于保险应予承保情形。

根据保险性质不属于可予承保情形,如根据保险的基本原理,保险分散的风险(损失)必须具备未来性及或然性要素,如果是已知损失,则不属于保险承保范围。不单是董事责任保险,任何类型的保险都不会对承保时的已知损失予以承保和赔付。因此,董事责任保险的除外条款部分,通常约定“本保险单生效日前,已经发生且被保险个人亦已知悉或应当知悉的过失行为”不属于承保范围。又如系统性风险,也不属于保险承保范围。

(3)可属于董事责任保险范围,但已经成为独立险种。

虽然属于董事责任保险的法定范围,但已经被保险市场开发为独立险种的,也不属于董事责任保险的范围,较具代表性的是环境责任保险。

(4)可属于董事责任保险范围,但保险合同不予承保的其他情形。

除上述三种情形外,其他不予以承保的情形都属此类,其原因可能是基于风险的不可预测性,或者基于费率高昂,又或者基于特定保险产品的设计要求,常见的如战争、敌对行动、军事行为、武装冲突、罢工、骚乱、暴动、恐怖活动;核辐射、核爆炸、核污染及其他放射性污染;地震、雷击、暴雨、洪水等自然灾害;罚款、罚金及惩罚性赔偿;精神损害赔偿;间接损失。

四、完善我国董事责任保险的立法建议

(一) 现状

1. 我国董事责任保险立法仅见于《上市公司治理准则》第39条,该条规定:“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。”这是我国证券监督管理部门在参酌主流市场经济国家先进立法经验和智慧的基础上,提升公司治理水平的善举。不过,由于《上市公司治理准则》在我国法律体系中仅属于部门规章的范畴,位阶明显不高,且其适用范围仅限于上市公司,这造成数量更为众多的非上市公司购买董事责任保险实际上缺乏法律依据。^⑩虽然现行《公司法》并未明文禁止公司购买董事责任保险,但如论者所阐述的,董事责任保险制度本身存在利益相反交易的冲突的争议,^⑪能否借由法不禁止即允许的法理而正当化是有很大疑问的。不仅如此,从立法用语来看,似乎董事责任保险亦仅适用于董事,这与美国各州还可为公司官员及应公司要求为其他公司、合伙组织、联合企业、信托组织、雇员福利计划或其他企业工作并成为它们的董事、高级职员、雇员以及代理人购买保险的主流做法亦不尽相同。

2. 《上市公司治理准则》确立了董事责任保险的基本规则,即董事责任保险的公司内部批准机关为股东大会,董事因违反法律法规和公司章程规定而导致的责任不得通过保险获得赔付。但这一规定本身明显过于原则,也或许是因为《上市公司治理准则》性质决定了其不可能作出更为详细的规定,对于可以投保及禁止投保的具体情形均有涉及,这不利于明确并宣导董事责任保险的核心价值,不利于保险实务中保险条款的设计,以致不得不照抄照搬美国的做法。

(二) 完善立法的必要性

鉴于我国董事责任保险立法的现状,进一步完善立法十分迫切。

^⑩ 现实生活中,早已存在非上市公司购买董事责任保险的情形。

^⑪ 参见蔡元庆:“美国的董事责任保险制度”,载《西南政法大学学报》2003年第7期。

1. 这是吸引国际商业人才,提升资本市场软实力和国际竞争力的必然要求

良好的制度设计,可以优化交易结构,降低交易成本,提升经济效益,或者更准确地说,制度本身就是生产力。在当今市场经济(也包括人才市场)越来越国际化、我国的国际大国地位日益突出的今天,广泛借鉴市场经济先进国家的立法经验、学说和判例,进一步完善包括董事责任保险在内的制度供给,有利于吸引国际商业人才,提升我国资本市场软实力和国际竞争力。

2. 这是丰富公司治理手段,提升公司治理水平的重要途径

董事责任保险与董事责任限制及补偿机制一同构成了缓解董事责任体系和追究机制日渐完善、董事、官员渐成为“高危”职业而产生的低效益的应对之策,是资本市场发展和公司治理经验和智慧长期累积的结果,也是公司治理发展史上的重要制度发明。参酌市场经济先进国家的具体做法,优化设计和运用我国的董事责任保险制度,可丰富公司治理手段,提升公司治理水平。

3. 这是定分止争并指导商事司法实践的重要一环

董事责任保险是实践性和操作性非常强,语义明确、条款具体、设计精良的董事责任保险制度,不仅有利于宣导董事责任保险的核心价值,还有利于明确各方当事人的权利义务,起到定分止争的重要作用;同时,我国司法实践中对于成文法的过于依赖,语义明确、条款具体董事责任保险立法,还可以指导商事审判。

(三) 立法建议

总结我国上市公司董事责任保险的商事实践经验,并广泛借鉴先进资本市场国家的立法范例,进一步修改公司法时,可考虑从以下几个方面确立我国的董事责任保险制度。

1. 增加公司购买董事责任保险能力的一般规定

明确规定,公司有权为现在或过去是公司董事、高级管理人员因其依法履行职责而被追究并且需要负担的责任购买董事责任保险。

2. 明确董事责任保险的范围,细化禁止投保事项

可明确规定如下情形产生的责任不得投保:

(1) 董事、高级管理人员因违反忠实义务的行为。

(2)董事、高级管理人员为自己谋求非法个人利益或者优势的行为。

(3)公司及大股东向董事、高级管理人员提出的索赔请求。这是考虑到我国股东会中心主义的治理结构,董事、高级管理人员的任命,与股东特别是大股东有着千丝万缕的联系,大股东也处于监督董事、高级管理人员的第一线,大股东、公司对董事、高级管理人员不善尽选任、监督义务遭受的损失,却可以通过保险机制获得赔付,难免产生道德风险,故应排除为宜。

3. 规定公司购买董事责任保险的内部决策程序

继续沿用《上市公司治理准则》将董事责任保险的决策权交由股东大会的成功做法,规定股东(大)会是董事责任保险的批准机关。对高级管理人员购买责任保险的,可以由董事会批准。至于是通过普通决议还是特别决议,可授权公司章程结合公司股权状况等作出规定。

五、结 论

董事责任保险的基本逻辑为:董事更加富有创造力的积极经营策略,在公司(最终为股东、所有者)收益增大的同时,失败风险(包括公司及董事的风险)也在增大,为消除董事对增大的风险的担忧,公司法或章程(在合法的前提下)允许对因冒险失败而招致个人责任的董事予以补偿,而公司则借助保险的风险分散机制将该等补偿风险予以外部化。因而,董事责任保险是缓解董事责任体系和追究机制日渐完善,董事、官员日渐成为“高危”职业带来的低效益并兼顾投保人、被保险人及保险人利益的“多赢”制度设计。

制度本身就是生产力,参酌市场经济先进国家的立法经验、学说和判例,修订公司法,完善董事责任保险立法,对于吸引国际商业人才,提升资本市场软实力和国际竞争力,对于丰富公司治理手段,提升公司治理水平,以及定分止争并指导商事司法实践等,都具有非常重要的意义。