

## 李记华一、董事责任保险概述

概括地说，公司董事及高级管理人员责任保险（为叙述方便，以下简略地统称“董事责任保险”），是以公司董事、经理等高级管理人员向公司或第三者（股东、债权人等）承担的民事赔偿责任为保险标的的一种保险。

近几年来，美国安然公司、中国人寿保险公司、网易公司及其包括丁磊在内的高管人员等，被美国投资者提起集体诉讼等一系列事件，使董事责任保险问题成为证券投资界、法律界、保险界等广泛议论的热门话题。在 2002 年 1 月 7 日中国证监会和国家经贸委发布《上市公司治理准则》和 2002 年 1 月 15 日最高人民法院发出《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》之后，国内几大财产保险公司——平安、美国美亚、中国人保、华泰财产保险公司等相继隆重推出了董事责任保险的险种。2002 年 1 月 24 日，在平安保险公司的董事责任险险种发布会上，万科企业股份有限公司与平安保险公司签订首份保单，成为了“董事及高级职员责任保险”的第一买主。据了解，之后，北大高科、中国石化、中国移动、宝钢、康佳、云南铜业、南纸股份、云南白药集团等相继向不同的保险公司购买了董事责任保险。

董事责任保险是一件舶来品，发端于 20 世纪 30 年代的美国，60 年代以后得到了较快的发展。在西方发达国家，尤其是美国，绝大多数的上市公司都为自己的董事及高级管理人员购买了董事责任保险（D&O Insurance）。美国 Tillinghast-Towers Perrin 公司 2000 年的一份调查报告显示，在接受调查的 2059 家美国和加拿大公司中，96% 的美国公司和 88% 的加拿大公司都购买了董事责任保险，其中的科技、生化科技类和银行类公司的 D&O 购买率更是高达 100%。在我国香港地区，董事责任保险的购买率也达到了 60% 至 70%。

董事责任保险的产生，缘于公司法、证券法等法律对公司董事及高级管理人员履行职务所应承担的义务和责任的规定。从西方国家看，董事责任保险之所以产生并发展，是因为健全的民事责任制度下，公司经营承担的不确定性责任加大，其责任之大足以使市场出现分散这些责任风险的需求，其不确定性又使得市场上有人愿意通过集合与分散这些责任风险以获得利益。以美国为例，《1933 年证券法》和《1934 年证券交易法》对证券（包括美国存托凭证“ADR”）的登记、公开发行及证券市场进行了规定和管制。其中《1933 年证券法》第 11 条要求公司无论是首次还是第二次公开发行证券时，必须在股票登记声明和招股说明书上正确披露有关信息。如果有关文件“含有对重要事项的不真实陈述或者对重要事项的漏报，而该漏报会产生误导”的话，任何持有该证券的人，都有权对任何签署了该文件的人和每一位公司董事及其它有关人员提起诉讼。在一些适用英美法系的地区和国家，有关法律（例如香港《公司条例》第 165 条，新加坡《公司法》第 172 条，英国《公司法》第 310 条，马来西亚《公司法》第 140 条及澳大利亚《公司法》第 133 条）通常都规定在许多情况下，公司的董事或高级管理人员在遭遇民事索偿时，应受制于当地的法令规定，无论其与公司是否另有约定或豁免协议，公司依法不得为其支付赔偿责任，即有关董事或高管人员须自负赔偿之责。由于上述法律规定，加上各国政府改善公司治理结构力度的增大，中小股东维权兴趣和行动的增多，以及巨额董事责任诉讼案件的不断发生，使得越来越多的董事意识到当董事的风险太大，不得不寻求规避方式。引用美国国际集团（AIG）美亚保险公司广州分公司总经理彭德智博士的言论，公司企业上市融资，在获得种种好处的同时，也面临各种各样的风险。在这些风险当中，董事及高级管理人员的责任风险是较为突出的一种。董事责任保险因此应运而生并成了董事的必需品。

在我国，由于《公司法》、《证券法》等法律法规主要侧重于对公司董事及高级管理人员所能行使的职能和权利的规定，而对其所应承担的义务和因此产生的相应的法律责任的规定并不清晰，更不象西方发达国家那样规定得十分详细，所以，公司董事及高级管理人员的法律责任风险并不大，即使出现郑百文、



银广厦、大庆联谊等公司事件，公司董事及高级管理人员也不一定都被课以民事赔偿责任（即使被诉，民事赔偿责任也不大），因此，董事责任保险的需求也不大。所以，董事责任保险在我国尚属原始的试水阶段，同时社会各界（包括保险界、法律界以及证券投资界）对董事责任保险的了解和研究也并不多。

## 二、什么是董事责任保险

### （一）董事责任保险的法律内涵

董事责任保险，严格意义上说，是指由公司或者公司与董事、高级管理人员共同出资购买，对被保险董事及高级管理人员在履行公司管理职责过程中，因被指控工作疏忽(Negligence)或行为不当(Misconduct)（其中不包括恶意、违背忠诚义务、信息披露中故意的虚假或误导性陈述、违反法律的行为）而被追究其个人赔偿责任时，由保险人负责赔偿该董事或高级管理人员进行责任抗辩所支出的有关法律费用并代为偿付其应当承担的民事赔偿责任的保险。广义的董事责任保险，保险公司除了承担上述保险责任外，还应当负责赔偿公司根据董事责任和费用补偿制度，对有关董事作出的补偿。

董事责任保险是职业责任保险项目下最重要的子险种之一，从性质上讲，属于一种特殊的职业责任保险。

### （二）董事责任保险的分类

根据不同情况，董事责任保险可以作不同的分类。

（1）根据投保人的不同，可以将董事责任保险分为公司承担全部或者部分保险费的保险和完全由董事个人出资为其履行职务中的潜在责任自行购买的保险；

（2）根据保险人承担责任的基础不同，可以划分为索赔型责任保险与事故型责任保险；

（3）根据保险人承担的保险责任范围的级别不同，可以划分为董事责任基本保险和董事责任溢额保险。

### （三）关于董事责任保险的合法性问题

需要特别提出的是，关于董事责任保险的合法性问题，长期以来大陆法国家与英美法国家，有不同的认识，而且分野很大。以德国为代表的部分欧洲大陆法国家认为，为严格规范董事的职权活动以避免公司及其股东或者其他第三方因其行为而可能遭受的潜在损失，并减少董事因存在保护性措施而降低其履行职责的谨慎义务和道德标准，应禁止公司为董事投保责任险。因此，在德国、西班牙等国，由公司为董事购买责任险的做法不但尚未得到法律的明确认可，其本国的保险公司一般也都排斥开设此险种。董事责任保险在美国得到了较早承认并被广泛使用。美国示范公司法第 8.57 条明确规定，公司可以为董事购买责任保险，而不管公司是否可以对其进行补偿。英国早期的立法倾向是对董事责任保险的合法性不予承认，后来面对来自公司管理层、保险业和英国工业联合会(Confederation of British Industry)与日俱增的压力，1989 年公司法对 1985 年公司法有关规定进行了修改，修改后的公司法虽然仍对公司补偿董事的做法予以严格的限制，但却承认了公司为董事投保责任险的合法性。

我国《公司法》对董事责任保险的问题没有规定。从中国证监会《关于在上市公司建立独立董事制度的指导意见》第七条第（六）款的规定和国家经贸及中国证监会颁布的《上市公司治理准则》第三十九条规定的规定来看，可以认为，上市公司为董事及高级管理人员购买董事责任保险在政策层面上获得了认同。



#### （四）董事责任保险的当事人与关系人

根据我国《保险法》第2条和第10条的规定，保险合同的当事人为投保人和保险人。在财产保险合同中，被保险人为保险合同的关系人。

董事责任保险是财产保险的一种，其当事人为投保人和保险人。关系人为被保险人。董事责任保险的投保人为董事和高级管理人员购买本保险的公司；也可以是董事和高级管理人员个人；也可以是公司和上述个人。保险人为经营董事责任保险的商业保险公司。

关于被保险人的范围，一般意义上说，应当是董事或高级管理人员个人。鉴于这些董事所供职的公司也存在因董事责任而需要承担民事赔偿责任的情况，所以实践中经常将该公司也列为被保险人，称之为“被保险公司”或“被保险机构”。保险业务实践中还有这样的做法，根据保险合同承担保险责任的基础不同以及其他的特殊的约定，有的保险公司将已离职、现任或新任之董事、行政人员、公司秘书、雇员或监事以及上述被保险个人之法定配偶、合法财产、继承人及合法代表均列为被保险人。我们认为这是很不妥当的，这样做实际上将董事责任保险作成了可以称之为“被保险公司董事、监事及全体雇员及其家属、代表人以及合法财产的全员混合保险”，其将导致该保险公司所承担的保险责任的无限扩大和无法合理预测。

### 三、董事责任保险的保险责任范围

由于董事责任保险属于合同性的商业保险，直到现在，在国内、外的董事责任保险的市场上，也没有一个被广为接受的标准董事责任保险条款，所以，董事责任保险的保险责任范围也没有一个权威的说法，实践中董事责任保险合同关于保险人的保险责任范围的约定千差万别，这里仅就一些共性的、被保险人和投保人普遍认可的保险责任范围进行探讨。

#### （一）关于保险责任范围

一般来说，各保险公司董事责任保险的保险责任范围包括如下两个方面：

1.对于董事及高级管理人员：在保险责任期间内，董事及高级管理人员因其疏忽或者不当行为受到他人索赔时所遭受的损失，在该等损失不能从公司得以补偿的范围内，由保险人负责赔偿；

2.对于被保险公司：在保险责任期间内，被保险公司在其董事及高级管理人员因有疏忽或者不当行为而受到他人索赔时应当对董事及高级管理人员作出的补偿，由保险人负责赔偿。

上述两种情况都是基于同一事实而产生，即董事因董事及高级管理人员的不当行为而受到他人索赔。

#### （二）关于“损失”的赔偿范围

根据《保险法》关于责任保险的规定，责任保险的标的应是指被保险人的民事损害赔偿赔偿责任。相应地，董事责任保险中“损失”即是指被保险人所应承担的民事损害赔偿金。因此，在界定董事责任保险的保险责任范围时，对于“损失”的界定极为重要，没有损失产生，保险公司就没有赔偿的义务。就保险公司的保险责任而言，保险人只对损失负责，而不对董事、经理的不当行为负责，在不当行为没有造成损失的情况下，保险公司不予赔偿，就第三人的行为而言，其基于合法的权利而要求董事、高级管理人员承担责任，只是一种法律上的或然性，只有在经有权的裁决机构裁决后才成为一种现实的责任。因此，董事责任保险只对第三人的索赔造成董事、经理的经济损失予以赔偿。



一般来说，保险公司赔偿的“损失”包括如下方面：

1、董事、高级管理人员依法对第三人应当承担的损害赔偿金，即和解、判决中所应支付的赔偿额均属损失范围，但是如下损失保险公司一般均在保险单中约定不属于董事责任保险责任范围，即“损失不应当包括：（1）被保险人被免除赔偿的部分；（2）依法所应支付的税金、罚款、罚金；（3）惩罚性或示范性的损害赔偿金；（4）按照保险单的解释，依法不予保险的事项。但是，如果保险单并没有排除处罚性或示范性的损害赔偿金，则这样的损害赔偿属于保险公司的赔偿范围。”

2、董事、高级管理人员为抗辩他人的索赔请求所支付的包括律师费在内的法律费用、合理的调查取证费用等。

### （三）关于保险合同责任免除的范围

责任免除，是董事责任保险合同的一个重要内容，它与保险人所承担的保险责任范围密切相关。在董事责任保险中，保险人责任免除包括对公司和对个人两方面。对公司的责任免除，是指公司对董事、高级管理人员致第三人损害的行为予以补偿后，请求保险人予以赔偿而不符合法定或约定条件的情形；对个人的责任免除，是指董事、高级管理人员因各种原因未能从公司获补偿（如：公司破产）而向保险人主张保险赔偿不符合法定或约定要求的情形。

除了法定的责任免除外，保险合同当事人可以就责任免除条款进行约定，这种约定，通常取决于保险人对风险的评估以及投保人所支付的保险费金额，如风险较高而保费较低，保险人责任免除的范围就宽一些。虽然在责任免除问题上，董事责任保险与其他类型的责任保险有相同之处，但是，由于董事责任保险的目的所决定，董事责任保险的责任免除的范围与公司的运作密切相关，同董事、高级管理人员履行职务的行为密切相关，其目的在于严格限制责任保险的范围，不使董事责任保险蜕化为经营者逃脱法律责任的手段。对除外责任的适用，首先是基于公共利益的考虑，其次是基于保险业经营策略的考虑。

由于董事责任保险承保的范围是由于被保险董事及高级管理人员因其工作疏忽或不当行为所造成的损失的经济赔偿责任，本保险不承保董事及高级管理人员因故意行为所造成的第三人的损失。之所以这样，一方面是为了控制保险人的风险，另一方面是为了避免被保险人的道德风险。一般地，董事责任保险关于保险人“责任免除条款”有如下约定，即对被保险人个人因下列行为被提起索赔不承担赔偿责任：（1）被保险人的故意或恶意行为；（2）欺诈或公然违法、犯罪行为；（3）行政罚款、罚金；等等。

那么，董事、高级管理人员因为其职务犯罪，其在刑事案件中聘请律师的费用是否属于保险人责任免除或视为损失范围呢？在国外的立法中，有的允许保险人与投保人约定刑事案件中律师费的保险赔偿问题。在 Polychron 诉 Crum & Forster Ins. Co 一案中，法院认为：“刑事案件中有关的辩护费用可以视为保险合同中的损失，法律将罚款、罚金等排除在保险范围外并不意味着辩护律师的辩护费用也被排除在外，在被保险人被宣告无罪时，则尤其如此。”

## 四、保险赔偿人承担赔偿责任的关键要素

### （一）前提与先决条件

投保人与保险人签订董事责任保险后，保险人应依保险合同的规定，对被保险人致人损害的赔偿责任予以保险赔偿，必须明确的是，保险人予以保险赔偿的范围，以法律的规定或保险合同的约定为限。在董事责任保险中，保险公司的赔付的前提条件是董事及高级管理者必须履行以下义务：



遵纪守法——遵守公司章程及附则，遵守有关法令；

忠实——追求公司利益最大化；

勤勉——需以一个理性人在同样情况下可能采取之行为方式行为；

善意——董事及高级管理者应在全面占有信息的基础上善意行事。

无论是个别董事及高级管理人员，还是全体董事，无论是作为还是不作为，只要违反上述义务，或者从中获取不法利益、好处、酬劳，或者是蓄意、欺诈或犯罪的行为其所导致的对公司股东的经济补偿只能由其个人承担。另外，有的保险条款还对人身损害、环境污染损害赔偿等作出了特别排除。不过，保险公司有义务支付董事及高级管理人员为对指控其非法牟利和欺诈而进行辩护所需的费用。另外，如果被保险人对某一可能遭受的损失在投保之前就已经知晓，那么该损失就不在赔偿之列，这被称为“已知损失不赔原则”（Known Loss Doctrine）。但是，从美国各法院在运用这条规则的情况看，具体的标准和判决结果差别也很大。例如，有的法官认为，已知损失不赔原则并不必然适用，除非被保险人投保伊始就对第三人的损失负有损害赔偿责任。

## （二）需要把握的四个关键点

### 1、保险期间

董事、高级管理人员因其疏忽或者不当行为而被他人追究或者被提出索赔的事实，必须发生在保险合同约定的保险责任期间，否则，保险人不承担对董事或者公司的赔偿责任。至于不当行为本身和实际损失是否发生在保险合同约定的责任期间内，则在所不问。

### 2、董事的不当行为（wrongful act）

英美董事责任保险合同关于董事不当行为的规定多采取列举方式，涉及到董事在公司管理和信息披露事务中的诸多方面。例如，某董事责任保险合同规定，在本保险合同中，不当行为是指，被保险董事完全因其董事职位而履行法定职责时，单独或者共同作出的任何实际的或者被指控的疏忽行为、错误、遗漏、虚假陈述、误导性陈述、过失或者违背其义务的行为，或者仅仅因为其身为公司董事而被提出请求的任何其他事项。

尽管不当行为的外延非常广泛，但通过比较不同保单条款的用语，可以发现如下几个特点：

（1）不当行为必须发生在董事履行职务的过程中，或者说只与其董事身份有关的行为，超出此范围的不当行为，不在此列。例如，董事驾车撞人致伤的行为就不属于董事责任保险人应予负责的范围。

（2）不当行为予被保险人在公司的董事职务有关联并不限于其正常履行职责或者在其职务范围内的行为，还包括当事董事超出其分管（责任）范围和职权范围的行为。例如，董事长超越董事会授权数额以公司财产对外提供担保的行为，又如主要负责公司战略规划的董事擅自以公司名义对外签订公司基建方面的合同等。

（3）不当行为既包括董事单独采取的行动，也包括集体作出的行为。



(4) 不当行为可以是实际发生的行为，也可以是被他人所指责的可能曾经发生过的行为。

### 3、被第三人提出索赔或者请求 (claim)

索赔，在英美被称为请求。对于“请求”的含义，根据美国法院的有关判例，除非保险合同另有明确规定，应当按照普通法中的一般含义来理解。请求不仅限于启动诉讼或者仲裁程序，还包括以口头或书面形式提出的损失索赔或者作出其他恰当的行为。同样，请求除民事赔偿请求外，还包括被提起刑事诉讼和课以行政处罚。例如，某董事责任保险合同规定，在本保险合同中，“请求”是指针对被保险人的不当行为而提起的：(1) 关于财产或者非财产损失的书面索赔；(2) 民事诉讼；(3) 刑事诉讼；(4) 以递交处罚通知书、调查令或其他类似形式开始的行政司法程序；(5) 有关上诉程序。

但是，仅仅向董事表达其不满或者失望不被视作请求，要求董事就有关事项作出书面说明或者解释的行为，通常情况下也不属于一种请求。

从国外的有关案例来看，董事受到的请求来自方方面面，除了公司和中小股东外，还有公司职工，公司破产清算机构，与公司缔约的商业伙伴，税务、环保等政府部门，等等。

### 4、损失

必须有实际损失发生。大多数保险合同都规定，由保险人负责承担的“损失”都包括两部分：被保险董事为应付他人的请求所支持的包括律师费在内的各项法律费用以及对他人的赔偿责任。

### 五、董事责任保险的承保与索赔

#### (一) 董事责任保险的承保

保险人保险承保的过程，就是根据投保人的投保申请，了解、衡量和评估保险标的风险程度，根据该等风险程度，厘定保险费率，进而决定是否承保、用怎样的条件承保（确定保险责任范围和责任免除）的过程。一般来说，保险公司决定是否承保、用怎样的条件去承保主要考虑如下方面的因素：

1、被保险公司治理结构的质量。具体包括内部董事的选举权比重、内部董事的持股比例、外部股东的持股比例、独立董事的比重、首席执行官是否兼任董事长等内容和指标；

2、上市公司经营风险度。具体包括首席执行官是否兼任董事长、企业的净资产利润率、总资产情况、公司信息披露程度、生产集中度等内容和指标。

除了以上两方面的因素，独立董事的任职能力也是赔偿风险产生的主要影响因素之一，保险公司在承保时，也应该适当衡量独立董事的个人任职能力，并在制定保险费率时将这一因素考虑进去。

另外，保险公司是否承保及如何承保，还要从其经营战略和策略方面进行考虑和安排。例如，平安董事责任险联合小组市场总监冉晓梦就公开强调，保险公司会根据公司连续两年的年报或招股说明书来分析其财务状况，并对其行业地位、管理层信誉、是否上市、媒体评价等综合考虑是否承保。美亚广州分公司特殊风险核保部负责人孙蓓华披露，所有的公司都是潜在的客户，并不局限于上市公司。“但是这不代表我们将门户大开。作为保险公司，在与对方签订董事责任险时，必须严格筛选企业”。



与此同时，需要特别提示投保人的是，根据我国《保险法》的规定，在保险公司对董事责任保险条款进行说明，并对与责任免除有关的条款作出明确说明后，保险公司将对包括但不限于上述两个方面有关的问题对投保人提出询问，投保人（一般也是被保险公司）应当依法履行如实告知（主要是如实填写保险人制作的询问表或者根据保险人的要求，提供相应的材料）。如果投保人故意或者过失未履行如实告知的义务，投保人或者被保险人将可能因此承担不利的法律后果。

## （二）被保险人的通知义务与索赔

关于被保险人的义务，董事责任保险有一项非常重要的规定，即通知义务。与其他保险险种不同的是，多数董事责任保险合同要求，被保险人在保险责任期间内，如果注意到有理由预计可能引发索赔的事实和情况时，应当将这些事实和情况、预计发生索赔的理由、涉及的当事人等充分的细节及时书面通知保险人。随后若果真发生如被保险人通知的索赔请求，则该请求视同在该通知时发生。也就是说，被保险人在履行上述通知义务后，即使索赔请求实际发生在保险期间逾期之后，保险人仍将提供保险。美国的判例法表明，内容模糊、概括的通知不能视为有效的通知。有些保险公司与投保人约定了为期一年的延展通知期间

（Extended Reporting Period），在此期间内通知的索赔请求如果是针对保险期间届满之前被保险人的不当行为提出的，则仍属保险范围。有的保险公司规定保险期间有一定的溯及性，有的甚至规定只要保险合同存续，董事及高级管理者任何时候的不当行为均在保险之列。

保险事故的通知义务，是被保险人的法定义务。《保险法》第21条第1款规定“投保人、被保险人或者受益人知道保险事故发生后，应当及时通知保险人”，对于董事责任保险而言，保险公司可以参照国外保险业惯例，要求被保险人在合理的期间（30日——60日不等）内发出索赔通知。原则上，当被保险人意识到有可能导致保险责任事件发生时，应当在保险期限内，在合理的时间中发出通知。在采用事故型董事责任保险时，被保险人除对已发生的索赔事件通知保险公司外，还有义务对潜在的诉讼或索赔发出通知。当有关的事件被认为有可能产生争讼并未实际发生时，这种通知能够提供一种机制从而展延保险范围，因为，这能使当事人意识到保险期满后，第三人仍有可能对董事及高级管理人员提出权利要求。在事故型董事责任保险中，这样的通知更有利于保护保险人的利益，使其有可能同投保人或被保险人通力合作，寻求适当的解决方式，如促使被保险人与第三人和解，或预提有关的保险准备金。

被保险人的上述通知应当以书面形式作出。通知的事项应当是保险合同中明确指明的不正当行为，其内容应当包括不正当行为的性质，第三人索赔或潜在索赔的性质，索赔者或者潜在索赔者的姓名，被保险人首次意识到这样的索赔或情形的方式，以及其他合理的信息。

## 六、结语

必须承认，以上我们对董事责任保险制度的研究，仅仅还是一个开始，其中夹杂着许多不中不西、不土不洋的，甚至是不知所云的东西。究其原因，一方面是董事责任保险在中国才刚刚开始蹒跚学步，各保险公司的保险条款也都不同程度地存在一些明显的令人捧腹的瑕疵，另一方面，也是最重要的，目前我国有关法律法规对公司董事及高级管理人员个人责任并不十分明确，甚至根本没有什么可操作性，导致董事责任保险缺乏最基本的存在和研究价值。因此，业内许多人认为，目前我国建立的董事及高级管理人员的民事责任赔偿机制和市场上推出的董事责任保险条款，均有让人“隔靴搔痒”之感。

