

董事责任保险制度的本土化进路

黄丽诗

浙江理工大学法政学院、史量才新闻与传播学院，浙江 杭州

收稿日期：2023年8月25日；录用日期：2023年8月31日；发布日期：2023年11月13日

摘要

《公司法》修订草案二审稿中首次明确公司可以在董事任职期间为董事因执行公司职务承担的赔偿责任投保责任保险，为董事责任保险制度这项舶来品在我国的发展提供了制度土壤。近两年我国越来越多的公司认识到董事任职风险的加剧，董事责任保险的投保公司数量激增。而董事责任保险制度在本土化中面临着法律法规层面的制度缺失、保险责任范围不明晰除外责任扩大化等困境，据此提出在《证券法》中明确董事过错行为的区分标准、《保险法》中制定董事责任保险的相关规定，适当扩大承保范围，审慎限制除外责任以及发挥保险人的外部监督作用等优化建议。

关键词

董事责任，本土化，优化建议

Localization of D&O Insurance System

Lishi Huang

School of Law and Politics, Shi Liangcai School of Journalism and Communication, Zhejiang Sci-Tech University, Hangzhou Zhejiang

Received: Aug. 25th, 2023; accepted: Aug. 31st, 2023; published: Nov. 13th, 2023

Abstract

The second draft revision of the Company Law clarifies for the first time that a company can take out liability insurance for the liability of directors for the execution of the company's duties during their tenure of office, which provides a systematic soil for the development of the D&O insurance system, which is an imported product, in China. In the past two years, more and more companies in China have recognized the increased risk of directors' service, and the number of companies insuring D&O insurance has increased dramatically. In the localization of D&O insurance system, the system is faced with the lack of laws and regulations, unclear scope of insurance liability, exclusion of liability expansion and other dilemmas, according to which it is proposed to clarify the

differentiation standard of directors' fault behavior in the Securities Law, to formulate the relevant provisions of D&O insurance in the Insurance Law, to appropriately expand the scope of coverage, to prudently limit the exclusion of liability, and to play the role of the insurer's external supervision and other optimization suggestions.

Keywords

D&O Insurance, Localization, Optimization Suggestions

Copyright © 2023 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 问题的提出

当前趋势下，我国《证券法》在上市公司治理和信息披露方面提出了更高的要求，主要表现为被处罚的公司数量增加和处罚力度加大两方面。随着投资者维权意识逐步提高，上市公司董监高在经营管理中面临更大的责任与风险，董事责任保险则充当了“将军的头盔”，成为公司董监高转移履职风险的重要途径。董事责任保险旨在董事及高级管理人员在履职时可能发生的风险予以填补，同时对第三人的利益进行保护，使受害者可以获得及时有效的补偿。我国最早关于董事责任保险的规定是证监会于 2001 年发布的《关于上市公司建立独立董事制度的指导意见》，其后董事责任保险制度在《上市公司治理规则》以及《关于保险业改革发展的若干意见》等法律文件中有所体现，但一直未上升至我国国家立法层面，近二十余年，董事责任保险制度在我国的发展十分缓慢。

2022 年 12 月 27 日，中国人大网¹公布的《公司法》修订草案二审稿首次提出将董事责任保险制度上升至国家立法层面²，为董事责任保险制度在我国的发展提供了制度土壤。保险制度被称作“人类有史以来用以弥补各种损失所创设的最完善的制度”[1]，与西方国家相比，我国董事责任保险制度处于初期发展阶段，制度框架未能适应市场需求，各项配套制度不够完善，董事责任保险制度的本土化任重而道远。

2. 董事责任保险制度本土化的必要性

2.1. 董事任职责任风险加剧

董事任职过程中所面临的责任风险按主体划分为对公司的责任、对股东的责任以及对第三人的损害赔偿。因董事在职务行为中给公司造成的损害责任未落入董事责任保险的范围内，故表 1 为对董事任职对于股东及第三人责任的梳理。新《证券法》提高了对于上市公司及其董事、高级管理人员违法违规行为的处罚力度。例如加重了上市公司及相关主体的信息披露义务，并将违反义务的处罚上限增至 1000 万元，并且相关主体还需承担民事赔偿责任。《公司法》修订草案二次审议稿对于公司董事履职责任进行了扩张，引入了董事执行职务对第三人造成损害的民事赔偿责任，加重了董事因履职而承担赔偿责任的风险。董事责任保险制度则为董事提供了履职风险的转移机制，平衡任职董事的收益与风险，在一定

¹ 中国人大网：公司法修订草案二审稿提请审议 - 进一步强化股东出资责任。

<http://www.npc.gov.cn/npc/c30834/202212/9ad5abdcf7cf464db362907fd8e24793.shtml>, 2023-7-8。

² 此次修改处之一是将一审稿第一百九十条修改为：董事、高级管理人员执行职务，给他人造成损害的，公司应当承担赔偿责任；董事、高级管理人员存在故意或重大过失的，也应当承担赔偿责任。此外增设一条：公司可以在董事任职期间为董事因执行公司职务承担的赔偿责任投保责任保险。公司为董事投保责任保险或者续保后，董事应当向股东会报告责任保险的投保金额、承保范围及保险费率等内容。

程度上可以免除董事在公司经营过程中的后顾之忧，促进其锐意进取，保持企业的创新发展。

Table 1. Sorting out directors' liabilities to shareholders and third parties in the performance of their duties

表 1. 董事履职对股东及第三人责任梳理

董事责任类型	条款	内容
虚假陈述行为责任	《中华人民共和国证券法》第八十五条、第一百九十七条	董事高管作为信息披露义务人，公司股东因董事的虚假陈述行为遭受损失，可据此项规定要求其承担损害赔偿赔偿责任。
内幕交易行为责任	《中华人民共和国证券法》第五十三条、第一百九十一条	董事高管从事内幕交易行为给投资者造成损失的，应当依法承担赔偿责任。
操纵证券市场行为责任	《中华人民共和国证券法》第五十五条、第一百九十二条	操纵证券市场行为给投资者造成损失的，应当依法承担赔偿责任。
违反法律行政法规、公司章程损害股东利益的责任	《中华人民共和国公司法》第一百五十二条	股东具有直接对违反法律、行政法规或者公司章程损害其利益的董事高管提起诉讼的权利。
损害公司或股东利益行为责任	《中华人民共和国公司法》修订草案二审稿第一百九十一条	公司控股股东及实际控制人指示董事、高级管理人员从事损害公司或者股东利益的行为的，需要与该董事、高级管理人员承担连带责任。
执行职务对第三人损害责任	《中华人民共和国公司法》修订草案二审稿第一百九十一条	董事、高级管理人员执行职务时存在故意或者重大过失的，给他人造成损害的，除公司需要承担赔偿责任之外，董事、高级管理人员也应当承担赔偿责任，给予了第三人直接向董事高管追偿的权利。
损害债权人利益责任	《中华人民共和国破产法》第一百二十八条	董事高管可能作为破产企业的法定代表人或其他直接责任人员对于损害债权人利益的行为承担赔偿责任。

2.2. 我国董事责任保险的市场需求增加

2.2.1. 董事责任保险投保趋势

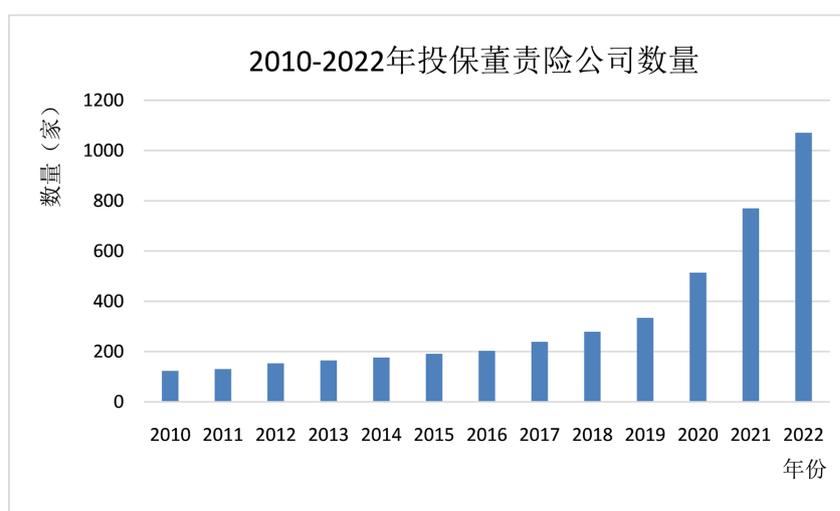


Figure 1. Number of directors' liability insurance coverage for listed companies in China, 2010~2022

图 1. 2010~2022 年我国上市公司董责险投保数量图

我国目前投保董事责任保险的公司多为上市公司且大多为海外上市公司,2020年实施的新《证券法》确立了带有中国特色的证券集体诉讼制度,打破了证券市场上中小投资者诉讼难、力量弱的局面,为我国资本市场大量而分散的中小投资者维护自身合法权益提供了制度保障,但同时也提高了企业与董事高管的诉讼风险和履职风险。而2021年康美药业证券虚假陈述集体诉讼案一审判决其实际控制人承担高达24.59亿元的连带赔偿责任,其另外数十名高管分别承担不同比例的连带赔偿责任³。此案将上市公司董监高的任职风险拉回现实,董事责任保险被推上“风口浪尖”。一石激起千层浪,越来越多的董监高认识到自身履职过程中的巨大风险,上市公司对于投保董事责任保险也愈加重视。图1为近十二年我国购买董事责任保险的上市公司数量⁴,数据显示,自2019年来,投保董事责任保险的公司数量可谓几乎成倍增长,近三年我国投保董事责任保险的上市数量激增,反映了我国董事责任保险市场需求的增加,基于市场的需求,我国亟需对董事责任保险制度进行优化。

2.2.2. 董事责任保险索赔趋势

根据上海市建纬律师事务所发布的《中国上市公司董责险市场报告(2023)》⁵,其调查数据显示2022年我国A股上市公司中超过90%的受访对象表示董事责任保险出现少量索赔、已报告索赔或潜在索赔明显增多。并通过调查已发生的董事责任保险索赔原因,发现最为主要的原因因为上市公司董监高虚假陈述行为,其他原因包括雇佣不当行为或股东派生诉讼,而内幕交易行为与操纵证券市场行为因参与主体存在主观故意的可能性极大,一般难以索赔成功。

2.2.3. 助力完善民事责任赔偿法律制度

从客观上而言,董事责任保险制度对于民事责任制度存在消极影响的隐患,其消极影响在于可能削弱董事民事责任制度对于董事在任职期间不当行为的遏制和预防功能[2]。因为保险制度的存在,一定程度上削弱了侵权行为法的社会作用,使得法院在判断侵权行为的根据时,常常考虑的是行为人有无承担责任的经济能力、能否将损失通过保险和损失分担制度转嫁给公众而非行为人的主观过错,导致侵权责任所具有的惩罚和教化不法行为人等职能受到了威胁。但不可忽视的是董事责任保险制度的积极意义在于对民事赔偿制度的完善作用,董事责任保险是对受害人与行为人利益关系的一种协调机制,一定程度上增强行为人承担民事责任的能力,减轻因承担责任给行为人经济上带来的不利后果,更好地保障受害人的损失补偿得以实现。同时增强了董事在经营管理企业事务上的安全感,有利于企业进取与创新,也有利于社会的和谐稳定。责任保险制度与侵权责任制度的冲突并非不可调和,细看董事责任保险制度,其对于被保险人的故意引起的经济赔偿责任并不承担赔付责任,且可以通过立法限定董事责任保险的补偿范围以实现与民事责任制度的协调[3]。而且民事法律责任的实际效果也并没有被否定,因为董事责任保险不能脱离侵权制度与民事责任制度而独立存在[4]。

3. 董事责任保险制度本土化的困境

从上文我国董事责任保险投保的上市公司数量趋势来看,董事责任保险制度在我国发展缓慢的原因并非是保险市场的董事主体需求不足所导致,更多的原因来自我国董事责任保险制度的供给侧的问题。

3.1. 法律法规层面的制度缺失

我国董事责任保险制度未与现行的《公司法》《证券法》《保险法》等法律和监管机构的各项指引性文件等部门规章以及公司章程中有关董事职责的约定之间形成有机的结合体。董事责任保险制度的前

³中国裁判文书网:广东省广州市中级人民法院(2020)粤01民初2127号。

⁴数据来源:国泰安数据库。<http://cndatal.csmar.com/>, 2023-7-10。

⁵建纬动态:建纬保险业务团队发布《中国上市公司董责险市场报告2023》引发市场广泛关注。<https://mp.weixin.qq.com/s/w1YC0MRw-KJeRUlzBYjKq>, 2023-9-3。

提是董事对于规则体系中不同层次的董事义务的违反所造成的董事责任风险。我国法律体系中对于董事义务的规定散见于《公司法》与《证券法》和相关司法解释中，目前我国《公司法》第一百四十七条以概括性地规定了董事对于公司的勤勉和忠实义务，但董事勤勉义务的判断标准、董事责任的程序性机制、董事责任的限制或豁免制度未作引入。我国《保险法》中对于董事责任保险这一险种没有进行明确规定，仅对责任保险进行了原则性规定，难以解决责任保险发展中的基本问题。此外，大多法律规定过于原则化，实践中的可操作性并不强，导致司法实践中对于董事责任认定以及董事责任保险制度的发展问题的模糊化[5]。

3.2. 保险责任范围不明晰

董事责任保险的承保范围为董事执行职务的不当行为，明晰保险责任范围的前提是明确董事执行职务不当行为的范围。我国现行《公司法》中采用列举加兜底的方式规定了董事的禁止行为⁶。但从文义上看，不当行为的范围要远远大于禁止行为。有学者认为，董事执行职务所实施的不当行为应当同时满足主观与客观二要件，才能认定其为董事责任保险的承保对象[6]，即客观上该行为是董事的履职行为，主观上董事在该履职行为中存在过失。也有学者提出，商业活动中行为人的主观因素与实际的损害结果严重与否之间不存在直接关系，不应以行为人的过错轻重来衡量其所应承担的民事责任大小[7]。还有学者认为在董事责任保险制度中，应以受害人是否提出损害赔偿请求作为判断行为是否属于不当行为的依据。[8]由此观之，目前对于董事履职中的不当行为界定存在争议，并无一套明确的规则予以适用，而法律法规层面也未对董事履职不当行为进行界定。

3.3. 除外责任扩大化

董事责任保险的除外责任是指法律规定及保险合同约定的保险责任范围之外的事项，保险人对于除外责任不承担赔付责任。董事责任保险对于董事履职的故意行为和犯罪行为通常被排除在保险责任范围之外。根据我国《上市公司治理准则》中对于董事责任保险的规定⁷，董事责任保险范围排除董事违反法律、法规或公司章程的行为。但在国外的董事责任保险惯例中，除非董事责任保险合同当事人约定将被保险人的过失违法、犯罪行为作为除外条款，否则对于被保险人过失违法、犯罪行为造成第三人损害的情形，保险人仍应承担保险责任[9]。我国《证券法》第八十五条规定了董事在上市公司虚假陈述中承担连带责任的过错推定原则，即推定董事在虚假陈述行为中主观上存在过错，董事在抗辩中承担不存在过错的举证责任。近年来大多数董事虚假陈述行为，基本都认定为故意的违法行为从而排除在董事责任保险的可保范围外[10]。董事因其行为被判定为违法行为而不受董事责任保险的保护，导致实践中董事责任保险的保险责任范围较窄。

4. 我国董事责任保险制度的优化建议

4.1. 法律法规层面的优化

我国《公司法》在此次修订草案的二次审议稿中首次对于董事责任保险制度作出明确，为我国董事责任保险制度的完善提供了依据。在法律法规层面，可以《公司法》的规定为基础，协调《证券法》中

⁶《中华人民共和国公司法》第一百四十八条：董事、高级管理人员不得有下列行为：（一）挪用公司资金；（二）将公司资金以个人名义或者以其他个人名义开立账户存储；（三）违反公司章程的规定，未经股东会、股东大会或者董事会同意，将公司资金借贷给他人或者以公司财产为他人提供担保；（四）违反公司章程的规定或者未经股东会、股东大会同意，与本公司订立合同或者进行交易；（五）未经股东会或者股东大会同意，利用职务便利为自己或者他人谋取属于公司的商业机会，自营或者为他人经营与所任职公司同类的业务；（六）接受他人与公司交易的佣金归为己有；（七）擅自披露公司秘密；（八）违反对公司忠实义务的其他行为。董事、高级管理人员违反前款规定所得的收入应当归公司所有。

⁷《上市公司治理准则》第二十四条：经股东大会批准，上市公司可以为董事购买责任保险。责任保险范围由合同约定，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。

有关董事责任的规定以及《保险法》中对董事责任保险这一险种的明确，辅之以对董事责任保险制度以部门规章的具体规范性文件，形成系统性的本土化董事责任保险制度框架。

4.1.1. 《证券法》中明确董事过错行为的区分标准

全面注册制下，挂牌企业数量大幅增多，同时在《证券法》完善了信息披露制度以及发行人、董监高等的民事责任，董事履职风险也大大增加，为董事责任保险的发展带来新的机遇。但《证券法》对于董事民事赔偿规定的过错推定原则限缩了董事责任保险的承保范围。为解决二者的冲突，可以进一步明确董事过错行为的区分标准，设置一般过失与重大过失的界限，通过制度设计，将董事因一般过失行为导致的民事赔偿责任纳入董事责任保险的承保范围之中，打通各法律法规之间的脉络，促进董事责任保险制度的优化设计，更好地实现董事责任保险的制度优势。

4.1.2. 《保险法》制定董事责任保险的相关规定

《保险法》作为保险行业的基本法，可以对董事责任保险这一险种加以明确，以及对于董事责任保险合同条款作出原则性规定。目前我国《保险法》中仅对责任保险这一大类作出规定⁸，而责任保险项下有不同类型的险种，实践中责任保险包含职业责任保险、环境责任保险以及产品责任保险等，而董事责任保险又是职业责任保险中的一个细分项，通过完善《保险法》对董事责任保险制度进行优化的途径之一是将责任保险类型化进行原则性规定。可根据董事责任保险的特点在职业责任保险中单独进行设计，比如设计条款涉及被保险人范围、投保人与被保险人的告知义务、保费以及赔偿责任的分摊规则等。我国台湾地区目前有保险行业监管机构出台的有关董事责任保险的指导意见指引保险公司对于董事责任保险产品合同条款的设计，对我国内地董事责任保险制度的发展具有一定借鉴意义。

4.2. 适当扩大承保范围，审慎限制除外责任

通过保险合同的本土化设计以规避董事责任保险制度与我国民事责任制度融合中可能产生的一些道德风险。董事责任保险合同的核心是承保范围的界定，其关系到该份保单保险人保险责任范围的大小以及被保险人的保险利益能否实现。国外董事责任保险的保险责任可划分为三部分，分别为董事个人责任保险、公司补偿责任保险以及公司实体责任保险，但目前并不能完全适用于我国实际。

对于董事个人责任部分，最为重要的是准确识别董事履职中哪些行为可以界定为可保范围的不当行为。由于保险合同在设计上并不能预判到董事履职中可能发生的所有不当行为类型，据此可以客观上为董事的职务行为和主观上董事属于过失作为构成要件对不当行为进行原则性规定，同时通过除外责任条款将董事违反忠实义务、故意行为以及犯罪行为排除在保险责任范围之外。而在董事违反注意义务产生的赔偿责任中，可引入商业判断规则⁹识别其是否为一般过失行为而被纳入保险责任范围。

公司补偿责任是以公司补偿制度为前提的，公司补偿制度的功能在于对于董事和高管施展才能的激励，以更好地为公司盈利。但公司补偿责任部分以公司补偿制度为基础，我国《公司法》并没有确立公司补偿制度，故董事责任保险中的公司补偿责任部分在我国缺少制度土壤。但公司章程中可以约定公司对董事因履职中的一般过失行为进行一定数额的补偿责任，投保董事责任保险时，投保人与保险人可就

⁸《中华人民共和国保险法》第六十五条：保险人对责任保险的被保险人给第三者造成的损害，可以依照法律的规定或者合同的约定，直接向该第三者赔偿保险金。责任保险的被保险人给第三者造成损害，被保险人对第三者应负的赔偿责任确定的，根据被保险人的请求，保险人应当直接向该第三者赔偿保险金。被保险人怠于请求的，第三者有权就其应获赔偿部分直接向保险人请求赔偿保险金。责任保险的被保险人给第三者造成损害，被保险人未向该第三者赔偿的，保险人不得向被保险人赔偿保险金。责任保险是指以被保险人对第三者依法应负的赔偿责任为保险标的的保险。

第六十六条：责任保险的被保险人因给第三者造成损害的保险事故而被提起仲裁或者诉讼的，被保险人支付的仲裁或者诉讼费用以及其他必要的、合理的费用，除合同另有约定外，由保险人承担。

⁹商业判断规则需考虑以下要件：要件一、发生在商业判断的场合；要件二、董事履行了忠实义务，其之商业判断时不含有个人利益和公司利益的冲突；要件三、董事为做出商业判断而获得的信息在当时有理由被其认为是充分而准确的；要件四、董事有充分理由相信其商业判断符合公司最佳利益；要件五、董事作出商业判断时不存在重大过失。

该部分责任是否落入董事责任保险的承保范围以及公司能否根据董事责任保险合同中的该部分条款向保险人进行索赔进行约定。

公司实体责任保险则是为了回应传统董事责任保险的分摊的问题。在我国董事与公司作为共同被告的证券诉讼案件不断增多,面对在公司与董事负连带责任时保险公司如何进行赔付的问题时,可以在董事责任保险合同中引入公司实体责任部分,通过与保险人在保险合同中约定相应的分摊规则和争议解决方式以妥善处理分摊事项。

综上,董事责任保险的承保范围在不违反法律法规的基础上,可以运用保险业的风险精算与大数法则在平衡保险费和保险赔付的成本效益后,由保险公司在保险合同中自行确定承保范围与除外责任^[11]。我国在董事责任保险制度设计上应结合国情构建董事个人保险、公司补偿保险以及公司实体保险为一体的董事责任保险体系,保险公司在承保时可针对不同的投保人进行不同的保险类型组合。

4.3. 发挥保险人的外部监督作用

在对董事责任保险制度进行本土化发展时,应充分规避董事责任保险可能引发的道德风险。按照对价平衡原则的要求,保险人收取的保险费用与其所承担的风险之间须达到平衡,才可以维护保险经济制度的运行^[12]。在董事责任保险制度中,保险人系承担风险的角色,则其当然具备监督和促使被保险人控制风险的动机和权利。当保险公司向某特定公司提供董事责任保险投保时,其对保险费用和承保范围的设定可以向公众传达其对于该公司内部治理的评估,进而投资人可依据这些信息进行投资决策。保险合同订立后,保险人通过风险防控机制以独立第三方的身份监督上市公司的治理情况^[13]。研究表明,理性的保险人为了避免道德风险的发生,将积极履行对董事和公司的监督职能以降低保险理赔的可能性^[14]。承保期内,保险人对公司进行持续性监督,并通过自身风险防控手段评估公司重大事件的风险,根据评估结果调整保险合同金额,由此引发信息外溢效应,以更严格的保险合同条款倒逼公司提升治理能力^[15]。而在董事因职务行为面临诉讼风险时,保险公司在可能面临索赔的情况下对被保险人是否积极履行抗辩权进行监督,避免产生被保险人怠于行使抗辩权的道德风险。通过保险人外部监督效应,可向市场传递有关该公司治理水平的信息,从而达到减少管理层机会主义行为,提升公司治理水平的目标。

参考文献

- [1] 江朝国. 保险法基础论[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2002: 19.
- [2] 王卫国. 过错责任原则 第三次勃兴[M]. 北京: 中国法制出版社, 2000: 99.
- [3] 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): 80.
- [4] 王伟. 董事责任保险制度研究[M]. 北京: 知识产权出版社, 2017: 49.
- [5] 杜泽宇. 我国董事责任保险制度的困境及对策[J]. 经济研究参考, 2017(58): 44-46.
- [6] 孙宏涛. 董事责任保险之承保对象研究——以董事不当行为为核心[J]. 兰州学刊, 2014(7): 74-81.
- [7] 魏振瀛. 民法[M]. 北京: 北京大学出版社, 2007: 47.
- [8] 施卫忠. 董事责任保险若干法律问题研究[J]. 南京审计学院学报, 2004(3): 69-73.
- [9] 宋一欣, 孙宏涛. 董事责任保险与投资者权利保护[M]. 北京: 法律出版社, 2016: 121.
- [10] 任静璇. 论我国董事责任保险制度的构建[D]: [硕士学位论文]. 上海: 华东政法大学, 2020: 25.
- [11] 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.
- [12] 叶启洲. 保险法上对价平衡原则之规范拘束力[J]. 国立台湾大学法学论丛, 2020(1): 225-279.
- [13] 宋一欣. 证券投资者权益维护与董事责任保险制度[C]//中国政法大学互联网金融法律研究院. 金融创新法律评论(2016年第1辑). 北京: 法律出版社, 2016: 149-168.

-
- [14] 凌士显. 董事高管责任保险与审计费用增加: 监督、激励还是纵容?——基于中国 A 股经验数据的实证研究[J]. 审计与经济研究, 2020, 35(1): 51-60.
- [15] 雷啸, 唐雪松, 蒋心怡. 董事高管责任保险能否抑制公司违规行为? [J]. 经济与管理研究, 2020, 41(2): 127-134.