

诘问与正名：对董事责任保险合同功能之 责难与回应[※]

◇ 孙宏涛

(华东政法大学经济法学院, 上海 201620)

[摘要] 有学者认为董事责任保险合同可能会诱发董事和高级职员道德风险并对董事责任的惩罚功能和预防功能造成一定的冲击, 因此对董事责任保险合同的合理性提出了质疑。事实上, 董事责任保险合同对道德风险的引发以及董事责任功能的冲击并不是绝对的, 可以利用相关的法律规范和技术手段来降低和减少其所产生的影响。

[关键词] 董事责任; 保险合同; 道德风险; 惩罚; 预防

[中图分类号] F84 [文献标识码] A

[文章编号] 1673-0461(2009)02-0095-03

※本文系上海市第三期重点学科: 华政经济法学(S30902)的建设成果; 华东政法大学 2008 年度科研资助项目(08HZK002)的阶段性成果。

在董事责任保险合同产生之初, 一些学者认为, 虽然董事责任保险合同对分散董事和高级职员的经营责任风险起到了非常重要的作用, 但是在其运行过程中可能会产生一定的副作用。一方面, 董事责任保险合同可能会诱发董事和高级职员的道德风险, 降低其在日常工作中的责任心和注意程度, 并助长疏忽、过失行为的发生; 另一方面, 董事责任保险合同可能会对董事责任的惩罚功能和预防功能造成一定的冲击, 从而削弱董事责任对不法行为的谴责、非难以及制裁功能, 并以此对董事责任保险合同的合理性提出了质疑。笔者认为, 上述担心并非全无道理, 但仅仅以此来否定董事责任保险合同的存在价值并不恰当。下文中, 笔者将就董事责任保险合同与道德风险以及董事责任保险合同对董事责任功能的冲击进行深入的分析 and 论证。

一、董事责任保险合同与道德风险

保险市场中的道德风险是指投保人在投保后, 减少对保险事故的预防措施, 从而使损失发生的概率上升, 给保险公司带来损失的同时降低了保险市场的效率。有学者认为, 在公司为董事和高级职员购买董事责任保险合同后, 可能会引发道德风险, 导致其放松警惕, 在工作中出现疏忽和

懈怠, 并抱有侥幸或过分依赖保险的心理, 以致增加保险事故发生的概率或者扩大损失的程度, 因此, 拒绝引进董事责任保险。

事实上, 在保险市场中, 道德风险是普遍存在的。笔者认为, 当公司为董事和高级职员购买董事责任保险合同后, 可能会在一定程度上诱发道德风险的发生, 但这种影响并非绝对的, 可以利用相关制度和技术手段来降低道德风险。

(一) 规定免赔额

在保险实务中, 财产保险合同中通常设有免赔额的规定。所谓免赔额是指保险合同的双方当事人约定, 对于属于保险人责任范围的一定限度之内的损失, 保险人可以免于承担赔偿保险金的责任。通过免赔额的规定, 可以促使被保险人谨慎管理和运用自己投保的财产, 在一定程度上防范道德风险的发生。具体到董事责任保险合同, 也可以利用免赔额来防范道德风险。例如, 保险人可以和投保公司约定 10 万元的免赔额, 在这种情况下, 只要董事和高级职员的损害赔偿小于或等于 10 万元, 保险人就无须承担保险责任, 被保险人必须用自己的个人财产承担赔偿责任。此时, 考虑到自己可能负担的经济损失, 董事和高级职员就不会因为购买了董事责任保险合同而放松警惕, 相反将会一如既往勤勉、认真的工作。

(二) 实行差别董事责任保险费率

通常情况下, 保险人在接受投保的时候, 会询问参加保险的董事和高级职员有无索赔记录, 对于那些曾经被提起索赔诉讼的董事和高级职员, 保险人可以适当提高保险费率。董事和高级职员被提起索赔诉讼的次数越多、数额越大, 其所购买的董事责任保险合同的保险费率也就越高。虽然大部分董事责任保险合同的保险费都是由投保公司支付的, 但是如果由于董事和高级职员的索赔记录增多导致公司的保险费开支不断增加, 公司也会对这部分董事和高级职员采取一定的处

[作者简介] 孙宏涛 (1978-), 男, 山东济南人, 华东政法大学经济法学院讲师, 法学博士, 主要从事保险法与公司法的研究与教学。

罚措施。例如，可能会在其薪酬中扣除一定比例的数额。此外，在某些公司中，董事责任保险费是由公司与董事共同负担的。在这种情况下，如果由于保险事故的多次发生导致保险人提高保险费率，则董事负担的保险费的数额也会相应增加。在特殊情况下，对于那些索赔记录非常多的董事和高级职员，保险人可以限定董事责任保险合同的承保金额，甚至可以拒绝承保。上述措施都在无形中给董事和高级职员带来了很大的心理压力，进而在一定程度上防范了道德风险的发生。

（三）发展和完善经理人市场

在一个完善、发达的经理人市场中，同时会存在着严密的经理人评价体系，使董事和高级职员明确地认识到对其自身价值的再评估过程，并以此激励其努力工作。事实上，在完善、发达的经理人市场中，董事和高级职员的名誉对其而言至关重要。董事和高级职员被第三人提起索赔诉讼并经法院判决承担赔偿责任的事实会直接影响到其在经理人市场中的评估价格。对于那些曾经被提起索赔诉讼并经法院判决承担赔偿责任的董事和高级职员而言，即使他们拥有出色的工作能力，也很少会有公司聘用他们。由此可见，通过发展和完善经理人市场，并借助严密的经理人评价体系，可以促使董事和高级职员爱惜自己的名誉进而减少购买董事责任保险合同可能引发的道德风险。

二、董事责任保险合同对董事责任功能的冲击

责任保险产生以来，许多人对责任保险制度的缺陷不断提出批评，并认为，责任保险的开办，有助长疏忽、过失行为甚至鼓励犯罪行为的作用。^[1]事实上，责任保险的存在确实对民事责任制度产生了一定的影响，这其中既有积极影响，也有一定的消极影响。责任保险的积极影响主要表现在，通过责任保险的实施，增强了被保险人的赔偿能力，有助于受害第三人向被保险人提起赔偿诉讼，并可以借助诉讼获得切实、有效的赔偿。因此，责任保险有助于增强加害人承担赔偿责任的能力，并有助于实现民事责任制度填补损害的基本目的。责任保险的消极影响主要表现在其可能对侵权责任的功能产生了一定的冲击。具体到董事责任保险合同，也存在着类似的问题，一些学者反对董事责任保险合同的主要理由就是其可能会对董事责任功能造成巨大的冲击，进而弱化董事和高级职员的责任意识，并助长董事和高级职员滥用职权和中饱私囊的不法行为。笔者认为，上述观点值得商榷。事实上，应当看到的是，任何制度的设计都不是完美无缺的。特别是，任何法律制度的设计，不可能具有十全十美的功能，均会存在制度上的缺陷，甚至有些缺陷，是任何法律制度

都无法避免的。^[2]董事责任保险合同的存在确实对董事责任功能造成了一定的影响，但是不应将这种影响片面夸大。下文中，笔者将针对董事责任保险合同对董事责任功能的影响进行深入分析。

（一）董事责任保险合同对董事责任惩罚功能的冲击

在董事违反法律法规或者侵犯了公司以及股东、债权人、公司雇员、消费者等利益相关主体^①的合法权益的时候应当向其承担损害赔偿赔偿责任，这种损害赔偿赔偿责任体现了法律对过错行为的谴责和非难，同时也具有制裁过错行为人的功能。但是董事责任保险合同的出现使得董事所在的公司只需要缴纳一定的保险费，在董事对公司或者第三人造成损害时，就可以由保险人承担保险责任。表面上看来，加害人利用董事责任保险合同逃脱了其原本应当承担的赔偿责任，但事实上并非如此。

首先，现代侵权损害赔偿法的主导思想已经从损害转移（loss shifting）过渡为损害分散（loss spreading），即从单纯注重惩罚侵权人向充分保护受害人转化。现代侵权损害赔偿法的核心思想，认为损害可先加以内部化（internalization），由创造危险活动的主体负担，再经由商品或服务的价格机能，或责任保险加以分散，由多数人承担。^[3]实际上，在现代社会中，随着受害人保护机制的不断完善，侵权人所应承担的损害赔偿责任的范围和数额都在不断增大。如果没有责任保险制度的辅助，即使法院判决侵权人承担赔偿责任，由于侵权人的赔偿能力有限，受害人实际上也无法得到充分的赔偿，这对受害人的保护极为不利。

其次，按照董事责任保险合同的约定，在董事执行职务的过程中实施不当行为造成公司和第三人损害的时候，由保险人承担赔付保险金的责任。但这并不意味着在任何情况下，保险人都要承担保险责任。各国保险法通常都规定，在侵权人故意造成第三人损害时，保险人享有抗辩权，可以拒绝承担保险责任。例如，我国《保险法》第28条规定：“投保人、被保险人或者受益人故意制造保险事故的，保险人有权解除保险合同，不承担赔偿或者给付保险金的责任。”在保险实务中，保险人一般会在董事责任保险合同中规定，如果董事故意实施了违法行为、欺诈行为以及不诚实行为，并对公司或者第三人造成损害的，保险人不承担保险责任。由此可见，在董事故意造成他人损害的情况下，责任保险人不会代替其向受害人赔付保险金，仍然由侵权人对受害人承担损害赔偿赔偿责任。在这种情况下，侵权行为法对董事主观恶意的惩罚功能并没有受到董事责任保险合同的影响。

最后，董事责任保险合同中一般都约定了保

险金额，在保险人向被保险人赔付保险金时，应当以保险合同约定的保险金额为限。因此，保险人是否对董事的全部赔偿责任负责，取决于董事责任保险合同的具体约定。此外，在保险实务中，董事责任保险合同通常规定了“免赔额”，在发生保险事故时，董事不能请求保险人赔偿全部损失，而必须自行承担董事责任保险合同中约定的固定或比例金额。这样一来，在发生保险事故时，保险人只对“免赔额”以外的部分承担赔付保险金的责任，对于“免赔额”，董事必须自己承担。此时，董事责任的惩罚功能仍然在发挥作用，并没有因董事责任保险合同的存在而受到减损。

(二) 董事责任保险合同对董事责任预防功能的冲击

有学者认为，董事责任保险合同的存在使董事和高级职员无须自己承担损害赔偿赔偿责任，而转由保险人向遭受损害的公司和利益相关主体赔偿保险金，这样一来，董事责任对加害行为的预防和抑制功能就大打折扣，甚至根本无法实现了。事实上，上述观点仅从表面论证了董事责任保险合同对董事责任预防功能的影响。经过深入思考之后，不难发现上述观点的缺陷。

首先，如上文所述，董事责任保险合同不仅规定了赔偿限额，而且在董事和高级职员故意造成公司以及股东、债权人等利益相关主体损害的时候，保险人可以拒绝承担保险责任。因此，通常情况下，即使公司为董事和高级职员购买了董事责任保险合同，当董事和高级职员在执行职务的过程中实施了不当行为并造成利益相关主体损害的时候，如果董事责任保险合同的赔偿限额不足以弥补受害人的损失，被保险人仍然要承担一定数额的赔偿责任。通过该部分赔偿责任的承担，仍然能够对董事和高级职员起到一定的惩治和警戒作用，并进而预防和抑制加害行为的再次发生。

其次，任何法律制度（包括刑法或行政法）都不是完美无缺的，其预防功能都受到各种主客观因素的限制，侵权行为法自不例外，其影响因素甚多，如行为人是否知悉法律的存在，或认识其行为的危害性；行为人纵有此种认识有时亦难改变其行为，难免错估危害发生的可能性，低估损害赔偿责任的严重性，而怠于防范。^[3]更有学者认为，“侵权责任对于防止损害的发生并不特别有效。因为只有造成损害后才会有赔偿的发生，逃避侵权责任过失（negligence）的案件大量存在。”^[4]由此可见，即使现行的董事责任制度也无法彻底预防和抑制董事和高级职员的不当行为的发生，又何必对董事责任保险合同过分苛责呢？

最后，虽然董事责任保险合同在某种程度上确实对董事责任预防功能有所影响，但这种影响并不是绝对的，在保险实务中，保险公司会采取

一定的措施来削弱这种影响。例如，保险人在接受公司的投保时，会详细询问参加保险的董事和高级职员以前有无索赔记录，对于那些有索赔记录或者索赔记录较多的董事和高级职员，保险公司会增加保险合同的免赔额或减少保险金额。这样一来，在发生保险事故的时候，这部分董事和高级职员个人所承担的赔偿责任数额要远远高于那些没有索赔记录的董事和高级职员。通过采取类似的措施，可以减小董事责任保险合同对董事责任预防功能的冲击。

综上所述，董事责任保险合同的存在对董事责任功能或多或少产生了一定的影响，但不能因此就片面夸大董事责任保险合同对董事责任功能的冲击。事实上，借助董事责任保险合同，可以将利益相关主体遭受的损失转移给保险人，这样进一步提升了董事责任填补损害的功能。与此同时，董事责任保险合同的存在免除了利益相关主体原本要经历的漫长而昂贵的侵权诉讼的痛苦，使其可以得到及时、有效的补偿，由此成为侵权损害赔偿制度的有益补充，并成为实现公司社会责任的辅助工具。

[注释]

- ① “利益相关主体”一词的英文为 stakeholders，最早出现在 1963 年斯坦福大学一个研究小组（SRI）的内部文稿中，是指那些没有其支持，组织就无法生存的群体，包括股东、债权人、公司雇员、顾客、供货商等。有人将它译为“相关利益者”、“利害关系人”或“利害相关者”。

[参考文献]

- [1] 王友,王元京,谢卫东.中国保险实务全书 [M].北京:中国物价出版社,1993:1492.
[2] 邹海林.责任保险与民事责任的互动 [EB/OL]. <http://www.privatelaw.com.cn/new2004/shtml/20040518-165741.html>, 2007-6-11.
[3] 王泽鉴.侵权行为法 [M].北京:中国政法大学出版社,2001:8,10.
[4] Ivar Strahl, Tort Liability and Insurance, Scandinavian Studies in Law, 1959, Volume 3, p.212.

Interrogation and Nominal Rectification: Censure and Response to the Function of Directors' and Officers' Liability Insurance Contract

Sun Hongtao

(Economic Law Department, East China University of Political Science and Law, Shanghai 201620, China)

Abstract: Some scholars think that directors' and officers' liability insurance contract may induce moral hazard and strike punitive function and preventive function of directors' liability, so they bring forth questions to the rationality of directors' and officers' liability insurance contract. In fact, the initiation of moral hazard and the strike to function of directors' liability by the contract is not absolute and we can depress and reduce the effect by legal regulation and technical means.

Key words: directors' liability; insurance contract; moral hazard; punish; prevent

(责任编辑:张静一)