

第一章 问题之所在

按照《中华人民共和国公司法》(以下简称《公司法》)第 151 条、第 152 条的规定,股东为了公司利益可以以自己的名义直接向人民法院提起诉讼。因此在股东代表诉讼中,作为被告的董事、监事及高级管理人员不仅需要承担应诉费用,还可能在面对败诉或者和解时承担赔偿金以及和解金。通过调查,前述费用往往十分高昂非一般个体可以单独负担,因此如何解决费用的承担问题成为了验证股东代表诉讼是否可以真正保护公司及第三人利益的方法。为此,各国的学者和实务工作者们通过实践中的案例不断寻求各种方法。比如,试图从公司法条文中创设新的制度或者是借助其他工具等。对此,在本书开篇之际,笔者通过以下具体判例论证“问题之所在”并引出本书所讨论的对象。

第一节 美国“New York Dock Co. Inc. V. McCollum 案”^①

一、案情简介

1933 年,纽约码头公司的股东 Lawrence J. Gallagher 对该公司的董事及公司提起了股东代表诉讼,要求其承担总额高达 11,000,000 美元的

^① New York Dock Co., Inc., v. McCollum, 网址: <https://casetext.com/case/new-york-dock-co-inc-v-mccollum>, 最后访问时间: 2023 年 11 月 27 日。

赔偿。该案经过一审、二审的辩论,最终法庭以原告股东证据不充分为由判决其败诉。不过在该案诉讼中,被告董事为了应诉已支付了律师费。为了解决律师费是否可由公司承担的问题,被告董事与公司之间产生纠纷,最终公司向被告董事提起诉讼。

在公司与董事的纠纷案件中,被告董事要求公司向他们支付其在上一个股东代表诉讼中进行辩护而支付或约定支付的律师费,以及其他费用,共计 86,755.14 美元。被告董事主张的理由:

(1) 在股东代表诉讼中,只要公司董事成功地为自己辩护,公司就有支付其合理费用的法律义务;

(2) 在任何情况下,当这种成功的辩护在某种程度上使公司受益时,就有足够的公平理由使公司可放心地为其董事支付这些合理的抗辩费用;

(3) 本案中,被告董事在股东代表诉讼中的成功辩护在很大程度上使得公司受益。

但对于被告董事的上述主张,原告公司并不接受,并希望法庭裁定原告没有法律义务支付被告所主张的全部或任何部分费用。

对此,纽约州上诉法院认为,在股东向董事提起的代表诉讼中,如果董事能够成功的对原告提起的诉讼做出抗辩,并挽回公司因诉讼所可能遭受的损失,则公司可就董事的抗辩费用给予补偿。但最终在第一个案件中,虽然董事抗辩成功,公司并没有获得合理利益,导致在公司诉董事的案件中以没有获益为由最终使得被告董事没有获得补偿。

二、评析与思考

该案的结论和董事提出的主张引发了学术界对于被告董事因参与诉讼所负担的抗辩费用及赔偿金是否能由公司补偿的讨论,美国的学者在探讨时,首先引用了以下两项基于社会需要或政策的原则:

(a)通常情况下,诉讼中的胜诉方不需偿付其律师费和其他开支;

但(b)当诉讼一方为某一集体的利益创建、增加或保护一项基金或财产时,他通常有权从该基金或财产中获得律师补偿以及类似费用。

那么,在于股东代表诉讼中,当董事、监事及公司高级管理人员胜诉时,作为胜诉方可以不承担因参加诉讼而需支付的抗辩费用,例如律师费

等；以及上述人员参与诉讼如果是为了保护公司的利益，他们有权要求公司从其财产中为其承担参与诉讼的费用。

针对该案中被告董事的三个主张，学术界进行了逐一探讨：

首先，针对主张 1，被告在诉状中引用“法律上有义务”一词，其基础是一项默示合同，即只要董事在股东代表诉讼中成功地为自己辩护，他就有权获得对其诉讼费用的补偿，而与任何其他事实或者情况无关。对此法官持反对意见，对此援引的判例是“Figge 诉 Bergenthal 案”。在该案中，原审法院认定被告的许多行为都是错误的，其中之一就是在诉讼进行期间被告使用公司的财产向其律师支付了相关费用。为支持被告这一观点，有学者提出了以下 3 个假设：

(a) 假设董事与公司的关系是受托人与委托人的关系，对此有大量判例予以说明了这样一条规则，即受托人在其授权范围内行事时，可以被补偿在处理委托人事务时必然产生的任何支出；

(b) 同样，根据受托人与受益人关系这一假设，有学者指出，在许多案例中，受托人在忠实履行其信托义务后，其必然产生的费用可以得到补偿，包括律师费和法律服务津贴；

(c) 还有人列举了一些案例。在这些案例中，破产管理人在诚实地努力履行其作为法院官员的职责而引起的诉讼中，获准支付相应费用。

但有的观点认为，虽然按照上述假设信托或受益人关系的理论，作为受托人可以在委托人的授权范围内，为某种行为而承担合理费用，例如律师费等。但获得补偿的原因是基于双方之间存在委托合同关系，这种以受托关系来解释上述补偿规则的合理性，仅具有指导性意义，对此并没有被法律明确认可，且适用该关系进行判决的案件也仅为个例，没有被普遍适用。因此，是否可以作为原则性的补偿规则适用于其他的案件还需要结合各种其他的因素。

尽管学者们普遍认为，董事不是公司的代理人，也不是股东的代理人，但在某些特殊情况下，他们确实可以以代理人的身份为公司处理与第三方的事务，该授权并非来源于股东和公司，而是法律直接赋予的。所以法庭认为，本案中被告基于所主张的义务并不属于一种法律义务。

其次，针对主张 2，学者们认为，如果一名董事在申请报销或被要求退还已报销的公司款项时，能够向法庭清楚而有说服力地证明，他在成功

地为自己辩护的过程中,维护了公司的某些重大利益,且这些利益在其他情况下是不可能得到维护的,或是为公司带来了某些明确的利益,且这些利益在其他情况下是可能得不到的。那么法庭就可以视该情形确认上述董事的报销行为。

在股东代表诉讼中,由于公司始终是一方被告。例如,如果公司只是名义上的被告,那么只有当原告股东胜诉时,公司才能从中受益;如果公司不只是名义上的被告,那么其利益需要自己来维护,因此公司可以适当雇用律师,并使用公司的财产为其支付参与诉讼的费用。

最后,就本案被告董事的主张³,学者们认为:被告在股东诉讼中的成功辩护给纽约码头公司带来了实质性利益,董事对此审案法庭并不支持。被告董事在此提出的论点主要基于这样一个假设,原告股东除了对抗董事之外,还对抗了公司本身;事实上,原告真正的目的是针对公司,公司并不是名义的被告,而董事个人的成功辩护只是公司成功辩护的附带条件。很明显,在第一个案件中,被告董事主张的所谓的公司获益即公司要求进行破产管理只是作为一种附带事项,虽然从某种程度来看,对于公司而言已是有利的救济方式,但这样所谓的受益成为被告要求公司负担其承担的律师费用不能成为一个合理的理由。同时,由于公司在第一个案件中作为被告也需要为自己辩护而聘请律师,此时公司还需要向被告董事的律师支付律师费这一不合理的窘境也令法庭不能理解,所以并未满足被告董事的诉讼。

另外,本案有一两个附带的问题也值得思考。在听证会上,被告董事的律师向法庭恳切地提出了社会必须对公司董事进行补偿的论点,其主要理由是,若主张的补偿规则得到法庭的支持或确立,公司就可以招聘到有责任心的优秀人才担任公司的董事,否则反之。对此,法庭在阐述其判决理由时,提请大家注意威廉·杜格拉斯教授(当年的大法官)在其著名的论文《不担任董事的董事》中表达的观点:“托管义务的履行有两个方面。首先,小投资者和孤立的投资者需要有足够的机会来保护自己免受经理或董事会的伤害。其次,经理和董事会需要有效的保护,以防止勒索者或罢工者,以免这些商业职位所带来的风险过于沉重。让合法原告更容易,让非法原告更难,这个问题永远无法完全解决,但可以取得一些进展。在某种形式上,这意味着赋予初审法院有更大的自由裁量权。这涉

及对诉讼程序进行广泛的重新审查和重新设计,以允许对这些类型的案件进行更专门的处理。在某些情况下,它可能意味着举证责任的转移,或它可能意味着对审判前的审查、对中止、驳回或合并股东诉讼的动议的更大控制。当然,它还包括重新考虑对费用或费用担保的控制。这只是几个例子,但它们显示了为使程序性手段适应各类情况而必须进行的调查的范围和性质,这些情况一方面涉及高管和董事的责任问题,另一方面涉及保护他们免受滥用执行机制所带来的不可能的风险和负担的必要性。”^①

综上,虽然在第二个案件中,被告董事的诉求得到某些支持,但此案的判决结果:公司未补偿参与股东代表诉讼所负担的合理费用导致引发了工商界人士的强烈抗议,并对纽约州政府施加压力。从本案的分析中,可以看出正是因为对董事的补偿规则没有明确地被法律认可,在1942年修改后的《纽约州商事公司法》中率先将公司补偿制度进行法典化。随后,自纽约州开始,美国的其他各州也相继将公司补偿制度写入法典。自此,美国在法律中率先创立了公司补偿制度,承认董事在面临股东代表诉讼中所承担的风险可以通过立法来解决。因此,在本案作出判决的3年后,公司补偿制度得以实现法典化,不过为了更加迅速地解决董事所面临的困境,各大保险公司也顺应情势,推出了董事责任保险,以期公司可以通过购买保险来承担董事面临的巨额赔偿。自此由该案件所引发的对于董事、监事及高级管理人员任职风险的分散方法,即本书的讨论对象董事责任保险终于得以登场。

第二节 董事责任保险在我国相关法律中的涉及

一、我国相关法律、法规规定

通过用上述美国案例作为引出本书所探讨的对象,可以看出在股东代表诉讼中,作为被告的董事、监事及高级管理人员在应诉过程中负担的合理支出,例如律师费、交通费等,存在由于缺乏法律的明确规定引发如

^① New York Dock Co., Inc., v. McCollum, 网址: <https://casetext.com/case/new-york-dock-co-inc-v-mccollum>,最后访问时间:2023年11月27日。

何负担费用问题的讨论。具言之,当董事、监事及高级管理人员胜诉时,如果法院未要求股东提供担保,即使是得到胜诉判决,作为被告的董事等也可能无法从原告那里获得参与诉讼的合理费用补偿;而当其败诉时,按照《诉讼费用交纳办法》第3条的规定,对判决结果需要承担案件受理费和其他法定诉讼费用并自行承担参与诉讼的律师费等合理费用。同时,正是由于缺乏对于董事、监事及高级管理人员补偿的明确法律规定,其作为被告时就公司也未享有诉讼费用补偿请求权。

相反,当股东胜诉时,由于获益的是公司,股东却可以按照《公司法》及司法解释的规定由公司承担其参与诉讼负担的合理费用。综上所述,参与股东代表诉讼的被告一方无论其是否赢得诉讼,结果都有可能面临自行承担因涉诉所产生的高额“合理费用”的困境。

二、商业保险确保公司董事等高级管理人员免于承担涉诉赔偿

为了防止股东滥诉的发生,相对降低被告涉诉的风险。我国公司法对于股东代表诉讼在原告资格上设置了严格的起诉条件。同时,按照我国《公司法》第22条第三款的规定,股东提起诉讼的,人民法院可以应公司的请求,要求股东提供相应担保,以此起到防止股东恶意诉讼,损害公司以及董事、监事及高级管理人员的利益的作用。但是,前述的“苛刻”条件仍旧不能解决的问题是,一旦股东提起代表诉讼,董事、监事及高级管理人员所负担的合理费用如何补偿。虽然按照最高人民法院《关于审理公司纠纷案件若干问题的规定(一)》(征求意见稿)(以下简称《若干规定》)第47条,“股东提起代表诉讼后,被告在答辩期间内提供证据证明原告存在恶意诉讼情形,申请人民法院提供诉讼费担保的,人民法院应予准许,担保数额应当相当于被告参加诉讼可能发生的合理费用”。但遗憾的是,由于《若干规定》自2003年公布以来一直尚未生效,被告不能通过证明原告恶意获得担保保障。以及,如若前述规定生效了,如何证明原告股东存在恶意(这里的“恶意”应当被理解为明知有害于公司而仍然进行不适当的诉讼)也存在一定困难。因此被告无法证明原告恶意诉讼,其结果很可能如上所述的那样,无论董事、监事及高级管理人员是否胜诉都存在无法承担应诉产生的合理费用的可能性。

直至今日,一方面,法律上对于股东代表诉讼不要求采取强制担保制

度,以免抑制股东通过诉讼方式维护公司的利益,^①另一方面,确保股东可以更为轻松地为了公司的利益提起代表诉讼,在费用承担上,按照《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(四)》第26条规定,“股东依据公司法第151条第2款、第3款规定直接提起诉讼的案件,其诉讼请求部分或者全部得到人民法院支持的,公司应当承担股东因参加诉讼支付的合理费用”。综上所述:第一,我国《公司法》欠缺针对公司提请费用补偿请求权的明确规定,即欠缺公司补偿制度。第二,法律没有做出明确约定,当可以证明原告存在恶意诉讼,被告所承担的合理费用将从原告需要负担的担保中补偿。第三,我国在《公司法》与《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称《民事诉讼法》)中对于股东代表诉讼费用的缴纳缺乏相应的规定,实践上的做法也各不相同。综合前述三点内容,在股东代表诉讼中,董事、监事及高级管理人员参与诉讼所产生的费用解决上除了期待未来法律制度的变更,笔者更推荐在实际应用中,可借鉴美国20世纪中叶创设的董事责任保险制度,以通过商业保险的方式,保障作为公司经营层面的高级管理人员在按照经营判断原则所实施的行为被告诉时,无论其是否胜诉、败诉都可免于陷入承担高额诉讼费用的困境,这样就可促使公司的高级管理人员更加专注公司的经营活动,不去担心陷入涉诉的窘境,而在经营判断上踟蹰不前,有碍公司的长久发展。

本章小结

在本书第一章中,笔者首先介绍了发生在1933年美国纽约州的两个判例,以及由这两个判例所引发的的问题。在该案中,公司、公司董事、法官、学者们各方面对判例结果围绕着“公司董事及高级管理人员在代表公司参与诉讼过程中已支付了各种费用,无论判决结果如何,公司是否应必须支付董事已发生的费用?”这一问题展开了一系列的讨论。

公司发展需要优秀的董事、监事及高级管理人员,若公司没有对前述人员因参与公司经营在陷入诉讼中所面临的风险设立补偿机制时,如何保障这些人员的任职安全以及公司的经营成为了需要探讨的问题。

^① 参见刘凯湘:《股东代表诉讼的司法适用与立法完善—以〈公司法〉第152条的解释为中心》,载《中国法学》2008年04期,第10页。

值得欣喜的是该案的被告等虽未得到赔偿,但却为“公司补偿制度”上的法典开辟了道路。通过该案美国的立法者不仅使公司补偿被法律予以认可,也为董事责任保险登上历史舞台提供了可探讨的因素。

对于公司董事、监事及高级管理人员在参与股东代表诉讼所需承担的合理费用与补偿金问题上,虽然我国的《公司法》《民事诉讼法》及相关司法解释也有所涉及,但真正彻底解决公司董事、监事及高级管理人员参与公司业务所面临的风险,在法律上还没有做出明确的规定。这导致在现实中,公司运营中董事、监事及高级管理人员所面临的职业风险频发,限制了公司正常健康的发展。对此,董事责任保险是否也可以解决上述的问题或者如何解决将在后文中进行探讨。

第二章 董事责任保险概述

第一节 董事责任保险的概念与性质

一、概念

董事责任保险,是指“由公司或者公司与董事、监事、高级管理人员共同出资购买,对被保险人的董事、监事及高级管理人员在履行公司管理职责过程中,因被指控工作疏忽或者行为不当(其中不包括恶意、违背忠诚义务、信息披露中故意的虚假或者误导性陈述、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、监事或者高级管理人员进行责任抗辩所支出的有关法律费用,并代为偿付应当承担的民事赔偿责任的保险”^①。

董事责任保险在分类上,又细分为狭义与广义两类保险。所谓狭义董事责任保险,即以公司董事、监事及高级管理人员在执行职务过程中因单独或者共同实施的不当行为给第三人(包括公司以及股东、债权人、公司雇员、消费者等利益相关主体)造成损害而应当承担的民事责任为保险标的的保险,也称为董事个人责任保险。广义董事责任保险则包括公司补偿制度,即以公司章程以及董事、监事、高级管理人员订立的补偿合同

^① 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89-90页。

向其承担的补偿责任为保险标的的保险。^① 例如,在中国太平洋财产保险股份有限公司销售的《公司董事及高级管理人员责任保险条款》(以下简称《太平洋财产董事责任保险条款》^②)的第4条中,可以看到该保险条款便含有公司补偿保障的内容,即“在保险单中列明的保险期限或追溯期内,被保险人在执行职务的过程中,因其单独或共同的过失导致第三者遭受经济损失,依法应由被保险人所在公司对其过失承担赔偿责任,并且第三者首次在保险期限内,在中华人民共和国境内向被保险人提出索赔要求,保险人将根据本合同的规定,在保险单约定的赔偿限额内负责赔偿”。

二、性质

(一) 董事责任保险是一种损害赔偿保险

在保险法中,损害补偿原则是一项基本原则,是指在保险期间内发生保险事故致使投保人或被保险人遭受损害时,保险人在责任范围内对投保人或被保险人遭受的损害进行补偿。例如,在《太平洋财产董事责任保险条款》的“赔偿处理”一章^③中,明确规定了保险人按照何种方式、以什么范围为限对被保险人进行赔偿。同时由于董事责任保险是补偿型的保险险种,所以在保险人履行赔偿责任时,会在保险条款中对以下两方面内容进行明确约定:

1. 以董事、监事及高级管理人员因被起诉所遭受的实际损失为限

例如在《太平洋财产董事责任保险条款》的“责任免除”一章^④中,约定了“罚款、罚金及惩罚性赔偿”“精神损害赔偿”“保险事故造成的一切间接损失”等内容是不属于保险人的赔偿范围的。以及,在“赔偿处理”一章中,还约定了,“被保险人已经从有关责任方取得赔偿的,保险人赔偿保险金时,可以相应扣减被保险人已从有关责任方取得的赔偿金额”^⑤。“被

① 参见宋一欣、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90页。

② 详见附录五,中国太平洋财产保险股份有限公司:《公司董事及高级管理人员责任保险条款》,第4条。

③ 同上文,第30-37条。

④ 同上文,第11条。

⑤ 同上文,第35条。