

公司治理机构如何应对 ESG 带来的挑战？ ——以欧盟和德国经验为镜鉴*

杨大可

摘 要：环境、社会和公司治理(Environmental, Social and Governance, 简称 ESG)和可持续公司治理理念给全球公司的治理机构带来新的挑战。对此,域外立法表现迥异。相较于美国等“保守派”,欧盟和德国已开展一系列“激进”的立法活动,希望强制要求经营管理机构将 ESG 事项纳入其商业决策考量,监督机构的职责亦相应发生变化。ESG 事项所涉极广,我国在将其纳入公司治理要求时需做“精细化处理”。密切关注欧盟和德国的相关立法动态,细致考察 ESG 事项的不同定位给公司治理机构(董/监事会)的职责带来的具体影响,可辅助我国立法者寻得 ESG 事项角色定位的“黄金分割点”。

关键词：ESG 可持续公司治理 欧盟指令/条例 董/监事会职责

作者简介：同济大学 法学院 副教授 博士生导师 中德(国际)经济法研究所 研究员 德国研究中心 研究员 上海 200092

中图分类号：D922.291.91; D913.99

文献标识码：A

文章编号：1005-4871(2024)03-0060-19

* 本文是 2022 年度国家社科基金后期资助项目“中国监事会制度的规范构造”(项目编号:22FFXB035)的阶段性成果。

一、问题的提出

早在 2005 年,《中华人民共和国公司法》(以下简称《公司法》)第 5 条就已明确要求公司的经营活动需“接受政府和社会公众的监督,承担社会责任”。我国学界随即对此规定所涉的公司社会责任的定性、内涵、承担主体和实施机制等方面展开研究,并形成一定程度的共识和诸多极富创见的观点。^①目前的研究重心已由理念探索和实施机制框架的搭建,逐渐转向立法层面较有操作性的对具体规则的探索和公司实践中可作为落实公司社会责任抓手的实施方案的探讨。

2023 年颁布的《公司法》^②为公司社会责任的落实带来了可喜的助力,其将原《公司法》第 5 条充实为第 19 条和第 20 条,前者就公司的合规经营义务做出规定,后者第 1 款则较为详细地列举了公司社会责任可能涉及的利益相关者利益以及生态环境保护等社会公共利益,从而将世界范围内方兴未艾的环境、社会和公司治理(Environmental, Social and Governance,以下简称 ESG)理念初步融入对公司社会责任承担的要求之中,使得公司社会责任有机会嵌入经营管理机构的商业决策,从而构筑起商业利益与社会利益协同发展的桥梁。第 2 款更旗帜鲜明地提出“鼓励公司参与社会公益活动,公布社会责任报告”,公司社会责任的落实因而有了社会责任报告这一有力抓手。虽然此类报告的内容、报告规则、审查以及董/监事会与此相关的职责等仍有待细化,但立法者将公司社会责任制度明确化、法律化的立

^① 详见杨大可:《公司社会责任在德国:理念与落实》,载《法学杂志》,2023 年第 1 期,第 110-127 页,这里第 110-111 页。

^② 《公司法》于 1993 年制定,于 1999 年、2004 年、2013 年和 2018 年进行四次修正,于 2005 年、2023 年进行两次修订。2005 年《公司法》大幅扩充了监事会的权限并丰富了其监督手段,同时积极完善职工监事制度并引入监事的忠实义务。2023 年《公司法》又针对公司内部监督机制做出若干新的安排,将审计委员会设置为与监事会平行的可供公司选择的内部监督机构,并在第 80 条初步构建了监事会信息权制度的雏形。不过,针对监事会职权/责(第 78 条)和运行程序(第 81 条、第 132 条)的规则,2023 年《公司法》未做出相较于 2005 年《公司法》有实质性变化的修改,监事会的行权(履职)保障机制仍然付之阙如。笔者始终认为,对于能够真正有效履职的公司内部监督机构而言,最重要的不是其称谓,而是其成员是否具备必要的独立性、人员选聘方式和程序是否合理、其职权是否得到全面充实、是否配备了高效的行权保障机制以及是否引入了妥适的问责机制,等等。理想的公司内部监督机制的构造仍然是将监事会的唯一选项,而包括审计委员会在内的各专门委员会凭借其专业性和精细化分工更适于作为提高监事会监督效率和实效的辅助机构。详细论述参见杨大可:《反思国有上市公司专门委员会的设置——以 2018 年〈上市公司治理准则〉为起点》,载《北方法学》,2019 年第 5 期,第 64-72 页,这里第 70-72 页;杨大可:《中国监事会真的可有可无吗?——以德国克服监事会履职障碍的制度经验为镜鉴》,载《财经法学》,2022 年第 2 期,第 3-15 页,这里第 12-15 页;杨大可:《审计委员会能替代监事会吗?——兼论公司内部监督机构的应然职责》,载《中国政法大学学报》,2022 年第 5 期,第 146-157 页,这里第 156-157 页;杨大可:《德国监事会合格履职的组织法保障及对我国的启示》,载《暨南学报(哲学社会科学版)》,2023 年第 11 期,第 61-72 页,这里第 69-70 页。

法意图已随之呈现。^①

全球范围内各国对公司治理的重视无需赘言,而对社会和环境的关注亦在逐年提升,同时涵盖这三个维度的 ESG 理念将三者捏合成彼此紧密关联的有机整体,从而将公司内部治理与环境和社会改善衔接起来,甚至已发展为现代企业谋求长期存续和发展的“基础设施”。如何应对随之而来的公司治理和社会可持续性要求的严峻挑战成为不可回避的重大课题。聚焦于公司治理,ESG 理念要求公司各机构在履职过程中将 ESG 纳入考量。放眼全球,针对 ESG 理念带来的前述挑战,域外立法例表现出较大差异。相较于未强制要求公司机构履职时考虑 ESG 事项的美国等“保守派”,欧盟及其成员国(如德国)表现得更为激进,已开展一系列立法活动,希望对此提出强制要求。但需注意的是,由于 ESG 事项所涉极广,将其纳入公司治理要求时必须“精细化处理”。将 ESG 事项全部作为公司治理所应遵循的强制要求必将使公司机构不堪重负,也势必会影响商业经营职责以及相应的监督职责的合格履行。而仅将 ESG 治理要求视为倡导性的道德规范则又无法实现其制度目的。

针对 ESG 理念在我国公司法规范的引入及其具体制度安排构想,我国学界已有所关注。朱慈蕴、吕成龙指出,在追求可持续发展目标这一点上,ESG 与现代公司法的演进方向高度契合,其抓住了现代公司治理的核心,指明了提升公司治理质量的方向。因此,我国立法者应深入思考 ESG 的制度化,通过相应法律规范的建构,逐步推动 ESG 与公司经济发展的相互促进。^②陈景善、何天翔主张回归公司 ESG 治理本质,形成基于法律、经济、裁量的分层治理范式,在前端改良基于单一软法或硬法的义务体系,形成分层的软硬协调规制。^③裴健宇认为,为了充分发挥 ESG 理念对董事与公司行为的引导与厘正作用,立法者应通过具体规则将 ESG 理念嵌入董事信义义务中,构建起“忠实+勤勉+ESG”三元义务体系。^④彭雨晨则认为 ESG 风险已成为公众公司面临的重大挑战,同时考虑到新时代公司目的的转向,因而可尝试在《公司法》等法律法规中明确设置董事 ESG 监督义务并阐明其内涵,以预防和化解重大 ESG 风险。具言之,董事负有 ESG 风险识别、建立和维护

^① 相似观点参见郭雳、武鸿儒:《ESG 趋向下的公司治理现代化》,载《北京大学学报(哲学社会科学版)》,2023年第4期,第149-157页,这里第149页。

^② 详见朱慈蕴、吕成龙:《ESG 的兴起与现代公司法的能动回应》,载《中外法学》,2022年第5期,第1241-1259页,这里第1242-1246页。

^③ 参见陈景善、何天翔:《公司 ESG 分层治理范式:董事信义义务的嵌合模式选择》,载《郑州大学学报(哲学社会科学版)》,2023年第3期,第43-51页,这里第47-48页。

^④ 参见裴健宇:《ESG 理念进入董事义务体系的公司法路径》,载《吉林工商学院学报》,2023年第3期,第109-113页,这里第112页。

ESG 风险信息和报告系统、事后调查处置 ESG 风险等义务。^①可见，围绕《公司法》规范对 ESG 进行适当制度安排的必要性以及 ESG 给董事义务/职责体系带来的影响，现有文献已有论及并提出了颇具新意的观点，但仍缺少针对庞杂的 ESG 事项的细致类型化分析。而对 ESG 给监事职责带来的挑战目前尚无学者开展深入研究。

从本次《公司法》修订的具体进程中可以看出，我国立法者已在尝试寻找 ESG 事项角色定位的“黄金分割点”。^②在此背景下，本文第二部分将重点关注欧盟和德国在这方面的最新立法动态，细致考察 ESG 事项的不同定位给公司机构，特别是监事会的职责带来的具体影响，期望能够为我国立法者提供有益的域外借鉴。

二、较为激进的欧洲经验

2022 年 1 月 21 日，德国公司治理准则政府委员会通过了《德国公司治理准则》修正案（以下简称“2022 年《准则》”）。^③2022 年《准则》所作修改主要涉及在公司经营管理和监督过程中考虑生态及社会可持续性的若干原则和建议，其中 ESG 标准再次得到关注。绝大多数修订涉及环境、社会和公司治理三个方面。例如，公司在制定今后的发展战略时应提供关于如何实现经济、生态和社会目标的信息（建议 A.1）。此外，合规管理体系也应纳入内控及风险管理体系（原则 4），以便更精准地服务于可持续性要求的落实（建议 A.3）。监事会的监督职责中也相应地嵌入了 ESG 标准（建议 A.6）。这些原则和建议也有助于《加强金融市场诚信法》（FISG）和《第二领导职位法》（FuPoG II）的贯彻实施。2022 年《准则》对可持续性的关注具有特别的监管意义，其引入了 ESG 语境下对公司政策的考量，得到了公司的广

^① 详见彭雨晨：《董事 ESG 监督义务的法理逻辑与规范构造》，载《财经法学》，2023 年第 6 期，第 48—63 页，这里第 60—62 页。

^② 2023 年《公司法》第 20 条第 1 款较为详细地列举了公司社会责任可能涉及的利益相关者利益以及生态环境保护等社会公共利益，从而将 ESG 理念初步融入对公司社会责任承担的要求之中，使得公司社会责任有机会嵌入经营管理机构的商业决策中，从而构筑起商业利益与社会利益协同发展的桥梁。但对于 ESG 事项的角色定位，立法者尚在思考和摸索之中。

^③ 2000 年 5 月 29 日，德国成立了“公司治理”政府委员会，其全称是“公司治理—企业管理—企业监督—股份法现代化”政府委员会，又被称为《准则》委员会，即所谓的“Baums 委员会”。该委员会的任务是深入研究和分析德国企业管理及监督制度中可能存在的问题。在此项任务的框架内，委员会对“如何使监事会对经营管理实施更好、更有效的监督”这一问题开展了深入研究，并于 2001 年 7 月 1 日提交了《最终报告》。该报告包括若干项建议，其中小部分涉及股份有限公司方面的强制性法律规范的修改，而大部分则属于调整意见，这些意见被陆续纳入之后的《德国公司治理准则》（Deutscher Corporate Governance Kodex, DCGK，以下简称“某某年《准则》”）中。2002 年 2 月 26 日，《准则》第一版正式出台，之后几乎每年都会针对德国公司治理实践中的某些重大问题做出修改。依德国学界通说，《准则》实质上是德国上市公司董事会及监事会的行为准则，此外它还提出了 100 项左右的建议（Empfehlung/Anregung）。但需注意的是，《准则》需借助所谓“或遵守或解释”规则的辅助得以施行。

泛践行并受到资本市场的欢迎。而这也正在深刻改变着对公司机构履职的基本要求。

可持续和负责任的公司治理(即多中心和多形式的“包容性”或“综合公司治理”)不仅体现在规范上,而且在公司实践中越来越多地被接纳和践行。2022年《准则》仅能涵盖其中部分内容,即德国公司法规范有权规制的方面,因此二十国集团/经济合作与发展组织的《公司治理原则》(G20/OECD Principles of Corporate Governance)和新近的欧盟立法及公司实践仍然具有很强的指导意义。

可持续和负责任的公司治理并非全新话题,然而由于全球商业的跨国化、气候保护和数字化,以及公司责任向公共政策领域的扩展,其已呈现出一种更为复杂的全新形式。在ESG和可持续公司治理的背景下,学界开始重新讨论公司的作用及其社会责任。股东优先主义在多个国家和地区日渐式微。对公司角色及其(全球)责任的重新定义涉及诸多层面和形式的规制,以及众多(公共和私人)参与者的评估和塑造。虽然国际软法最初占据主导地位,但跨国公司责任的核心要素多由欧盟和各成员国的硬法所确定,并具有域外效力。与我国学界的主流观点相似,欧洲学界同样认为广义上的可持续公司治理由公司法规范和其他规制方案的“巧妙组合”共同支撑。

在此背景下,公司应当努力使其行为符合可持续发展的要求。这种对可持续性方面日益提高的关注不仅表现在机构投资者及其投票顾问对公司的期望上,更要求将可持续性或ESG目标与董事薪酬相挂钩。例如,在德国主要投资者DWS、Deka Investment、Union Investment和Allianz Global Investors的年度股东大会的投票规则中就可以看到相应的期望。这些投资者已经宣布,自2023年起,如果欧洲大型公司的薪酬制度未顾及ESG目标,那么其将拒绝向这些公司投资。而这一要求只是表达了投资者对发行人在公司战略中考虑ESG因素或可持续性的更大期望。在许多投资者看来,只有对可持续性给予必要关注,公司才能产生长期业绩,贝莱德首席执行官拉里·芬克(Larry Fink)在给首席执行官的年度信函中就明确指出了这一点。

在监管方面,最近出现了许多与可持续性主题有关的创新和倡议,它们大多基于欧盟层面或相应的欧盟指令。其中需特别提及的是《关于金融服务部门可持续性相关披露要求的(欧盟)2019/2088号条例》(以下简称《欧盟披露条例》)和《关于建立一个框架以促进可持续投资并修正(欧盟)2019/2088号条例的(欧盟)2020/852号条例》(以下简称《欧盟分类条例》)。

《欧盟披露条例》规定了金融市场参与者和金融顾问在公司层面上对可持续性风险、可持续的负面影响以及针对金融产品可持续性的披露义务。该条例要求金融市场参与者自2021年3月10日起承担与可持续性相关的披露义务,并区分了

与公司有关和与产品有关的义务。此外，欧洲银行管理局(EBA)和德国联邦金融监管局(BaFin)明确规定了信贷机构必须在多大程度上将 ESG 风险纳入结构和流程或风险管理体系之中。EBA 的指导方针明确要求在设置风险管理和内部信贷风险准则以及信贷程序和信贷条件时考虑 ESG 因素和相关风险，并对发放可持续贷款提出了相应的要求。通过“处理可持续性风险的实践准则”，BaFin 向受监督的公司提供以下方面的指导：建立有风险意识的公司治理和业务组织、确定相应战略和流程以及完备的风险管理体系。此外，为补充《欧盟金融工具市场指令 II》(MiFID II)而发布的“授权条例(欧盟)2021/1253”规定，自 2022 年 8 月 2 日起，特定主体有义务询问客户在投资建议和资产管理方面的可持续性偏好，并将其纳入适当性评估。^①

总体而言，ESG 标准正在成为企业融资的重要驱动力。在金融领域，ESG 金融/绿色金融旨在确保投资目的符合可持续性标准。此外，对投资的使用和效果的全面报告为投资者提供了全面的信息。而发行人则必须维持高效的合规组织，并在绿色债券框架和欧盟绿色债券标准内证明其整体可持续性战略得到良好落实。同时，信贷机构要求中小企业进行更全面的可持续性披露：新的“最低风险管理要求”(Mindestanforderungen an das Risikomanagement)采纳了 BaFin 2019 年公报中关于处理可持续性风险的解释，从而使可持续性要求在风险管理和贷款过程中得到巩固。

《欧盟分类条例》自 2022 年 1 月 1 日起生效，其目的是在可持续金融方案的基础上开展负责任的融资和投资。该条例通过具体的授权性规则明确了公司经济活动被归类为“绿色”(即具有生态可持续性)的具体判断标准，可持续经济活动的统一分类体系由此得以建立。^②该条例第 5 条及以下条款包含一系列关于金融产品和公司非财务声明的披露义务，可见其旨在使利益相关者能够全面了解公司及其经济活动的具体情况。^③为此，可持续发展报告应包含符合《欧盟税收条例》第 8 条规定的税收标准的营业额、投资和经营费用的比例信息，并采用示范表的形式予以呈现。这样一来，公司首先必须检查其经济活动是否符合税法规定，随后则须检查其是否制定了符合分类标准的评估标准。^④目前，《欧盟分类条例》的规则已直接适

^① Vgl. Birgit Spießhofer, Sustainable Corporate Governance, NZG 2022, S. 435.

^② Vgl. Georg Lanfermann, Aktuelle Entwicklungen und Umsetzungsfragen zur EU-Taxonomie zu grünen Wirtschaftstätigkeiten, BB 2021, S. 2859.

^③ 同注^①。

^④ 根据德国《商法典》第 331 条、第 334 条，违反这一披露义务可能招致高达 1000 万欧元的巨额罚款。这可能会对监事会产生影响，若其未履行或未合格履行审计和监督职责，则须承担损害赔偿义务。由于《商法典》第 331 条属于《德国民法典》第 823 条第 2 款意义上的保护性法律，因此相应的损害赔偿义务也可能由此产生。

用于大型上市公司、信贷机构和保险公司。除了适用对象范围的显著扩大,该条例还对具有约束力的报告标准,即“欧洲可持续发展报告标准”(ESRS)做出规定。ESRS由欧洲财务报告咨询小组(EFRAG)负责制定和更新,首套报告标准已于2022年11月15日公布。因此,可持续发展报告将在状况报告的非财务报告框架内得到扩展。除了前述两个环境目标,该条例将在未来扩展至社会目标和六个环境目标中的其余四个。总体而言,可持续性方面的透明度因此得到显著提高,金融产品可持续性方面的评估也进一步标准化。

“可持续金融增长行动计划”旨在将资本流动转向可持续投资,以实现可持续和包容性增长;控制因气候变化、资源稀缺、环境退化和社会问题引起的金融风险;提升金融和经济活动的透明度并促进其长期性发展。^①该行动计划并不属于立法行为,因此无法创设公司机构的具体义务。

然而,今后董事会的重要义务/职责可能会产生于《公司可持续性尽责指令》(CSDDD)草案。据此,特定的大型欧盟公司和在欧盟经营的第三国公司将有义务制定气候保护计划,以确保其商业模式和战略符合可持续经济要求以及《巴黎协定》所确立的环境目标。此外,根据该草案第25条,欧盟成员国有义务确保特定大型欧盟公司的经营及监督机构在履职时顾及对可持续性的影响,特别是对人权、气候变化和环境的影响。如果该指令草案以目前的形式获得通过并转化为包括德国在内的各成员国国内法,那么这将对董事会的经营管理职责和监事会的相应监督职责产生巨大影响。某些可持续性方面的内容,如人权和环境,将成为该职责方案的组成部分,而这些方面与公司的财务目标之间的关系尚未得到澄清。即使该指令草案并非有意为之,但根据其立法理由书,其实施可能会引起各成员国立法者对公司利益的关注和思考。^②

三、董事会所面临的挑战及其应对

下文将借助德国经验讨论可持续性和ESG是否以及在多大程度上会对董事会管理公司的职责产生实质性影响。为此,笔者将首先探讨可持续性在法律规范和《德国公司治理准则》中的可能定位,以便就可持续性与经济/财务目标之间的紧张关系得出具体结论。

(一) ESG/可持续性对董事会职责的影响

近些年,许多商法和公司法方面的修正案均以不同方式涉及可持续性。那么,

^① Vgl. Florian Möslein/Anne-Christin Mittwoch, Der Europäische Aktionsplan zur Finanzierung nachhaltigen Wachstums, WM 2019, S. 481.

^② Vgl. Leonhard Hübner/Victor Habrich/Marc-Philippe Weller, Corporate Sustainability Due Diligence — Der EU-Richtlinienentwurf für eine Lieferkettenregulierung, NZG 2022, S. 650.

这些法律规范对董事会管理公司的职责内容有何实质性影响？

1. 德国《商法典》第 289b 条及以下

根据德国《商法典》第 289b 条和第 289c 条，作为状况报告的延伸，达到一定规模的上市公司必须在非财务说明或单独的非财务报告中披露环境、雇员和社会问题以及尊重人权和打击腐败、贿赂的情况。^①此外，关于上述方面，上市公司还应提供关于其追求的理念及其结果、重大风险和最重要的非财务业绩指标的信息。德国《商法典》第 289b—289e 条将欧盟所谓的《非财务报告指令》(NFRD)转化为国内法。根据《公司可持续性报告指令》(CSRD)，受报告要求约束的公司群体被扩大，报告要求也被细化和扩展。此外，审计师应(能够)审计可持续性报告是否符合该指令以及上述报告标准的要求。

个别德国学者认为，《商法典》第 289b 条和第 289c 条超越了其中规定的报告义务，引入了董事会的重要行为义务，对公司法规范产生了溢出效应。因此，《商法典》第 289b 条及以下条款中的报告义务是以《股份法》第 76 条第 1 款、第 93 条第 1 款第 1 项下的相应上游行动义务为基础的。《商法典》第 289c 条第 2 款规定，董事会有义务处理相关报告中提及的非财务问题，并决定是否要为此制定处理方案以及该方案的具体内容。而这也是《股份法》第 90 条第 1 款所规定的企业规划的组成部分。因为董事会必须全面处理公司社会责任风险，即记录、整理、评估和监督这些风险，由此构建了完备的公司社会责任风险管理体系。

然而，这种观点遭到了德国学界的普遍质疑。对公司社会责任相关的报告提出最低要求旨在提升公司商业活动影响的透明度，并统一欧盟内的相关要求。所谓公司社会责任报告则意在通过报告引导公司责任，并通过在决策过程中对社会责任方面给予更多关注来影响公司行为。要求更高的报告义务是为了鼓励公司在其内部决策过程中更深入地考虑可持续性，因此透明度方面的法律规范无疑会对公司的组织和管理产生影响。^②这里需要注意区分公司与其机构，特别是董事会的直接规范性义务。而这并非单纯的报告义务所能实现的，无论其在个别情况下对公司行为的实际影响有多大。^③与学界的主张相反，德国立法者在将《非财务报告指令》纳入德国法的过程中未采纳《股份法》第 76 条第 1 款和第 93 条第 1 款第 1 项规定的实质性义务方案，而是优先考虑了纯粹的资产负债表法的实施，未将公司社会责任报告纳入公司法规范中。此外，《商法典》第 289c 条第 4 款规定的“或遵守或解释”原则明确反对为董事会制定实质性的职责方案。而这并不影响董事会

^① Vgl. Ieachim Hennrichs NZG 2017, 841 (842).

^② Vgl. Birgit Spießhofer NZG 2014, 1281 (1282); Eberhard Vetter ZGR 2018, 338 (355).

^③ Vgl. Eberhard Vetter ZGR 2018, 338 (343).

在《股份法》第76条第1款规定的经营管理权和第93条第1款第2项规定的在商业判断规则框架内适当考虑公共福祉的问题和公司社会责任(Corporate Social Responsibility,以下简称CSR)事项的权利。

2. 《第二股东权利指令实施法》(ARUG II)语境下的《股份法》第87条第1款第2项

《股份法》仅在于关于董事薪酬的规定中涉及可持续性的概念。与《董事薪酬适度法》(VorstAG)相关,《股份法》第87条第1款第2项要求上市公司的薪酬结构以公司可持续性为导向。有些学者将此解释为对生态、社会和经济目标的定位。^①而通说则认为,在《股份法》第87条第1款第2项的背景下,可持续性的概念似乎只关注时间维度,即必须将薪酬结构与公司的持久、跨周期的经济成功相挂钩。因此,可持续性基本上被理解为长期性;相应地调整薪酬结构是为了解决时间偏好的冲突,这种冲突来自于与公司利润有利害关系的董事对短期利润的关注,从而防止经营者急功近利和承担不成比例的风险,以及以牺牲公司的未来为代价增加短期利润。^②在此意义上,可持续性的假设以确保公司的存续和长期盈利能力为目的,与对公司利益的理解完全吻合。

2020年实施的ARUG II根据法律事务和消费者保护委员会的建议,对《股份法》第87条第1款第2项进行了修正,因此目前上市公司的薪酬结构必须与公司的可持续和长期发展相挂钩。通过同时使用“可持续”和“长期”这两个词,该委员会希望“明确监事会在确定薪酬,特别是选择薪酬激励措施时,也必须考虑到社会和生态方面的因素,这与目前在理论和实践中对《股份法》第87条第1款第2项的主流观点相一致”。2019年《准则》将《股份法》第87条第1款第2项纳入原则23中,措辞相同,这印证了法律委员会的推论。^③

对于董事薪酬的实质性要求是否必须包括可持续性或ESG目标,特别是针对薪酬中的可变部分,这一点存在争议。部分学者对此持支持态度,^④但通说反对在董事薪酬中设定ESG目标或考虑ESG事项的义务。这一方面是因为“对社会和生态方面的关注”并不意味着要将其考虑在内,当然也不意味着要将相应的目标强制纳入董事会薪酬中。另一方面应该注意的是,根据《股份法》第76条第1款,在公司章程要求的框架内制定公司战略及目标是董事会的管理职能之一。监事会不得利用董事薪酬干预董事会的这种战略职能。因此,如果董事会在法律上没有义务追求ESG目标,或者在公司战略框架内亦未确定此类目标,那么监事会就不得

① Vgl. Patrick Velte NZG 2016, 294 (298 f.).

② Vgl. Holger Fleischer NZG 2009, 801 (802 f.).

③ Begründung zum DCGK v. 16.12.2019, 14.

④ Vgl. Patrick Velte NZG 2020, 12 (14).

在董事薪酬中设置这些目标。若 ARUG II 的立法者希望董事会追求或考虑 ESG 目标，则应将其纳入《股份法》第 76 条第 1 款、第 93 条第 1 款的实质性职责方案中，而不是仅仅将其纳入关于薪酬的规定中。不可否认的是，在主要投资者和投票顾问的影响下，在董事薪酬中锚定 ESG 目标的现象已日益普遍，而且如今已被视为最佳实践。此外，这种激励措施无疑对董事会及其对公司的管理有事实上的影响。然而，只要这些目标不是以规范为基础并被董事会的合法性义务所涵盖，就不能从《股份法》第 87 条第 1 款第 2 项中得出董事会负有追求或遵守 ESG 或可持续性目标的义务。

（二）董事会履行管理职责过程中应予处理的 ESG/可持续性目标

虽然追求 ESG/可持续性目标不一定与公司的经济利益相冲突，但同样没有理由强令这两个目标必须保持同步。为了回答董事会和管理公司时必须或可以考虑哪些可持续性目标的问题，我们须根据这些目标的重要性及其与公司核心利益的关系进行细致分析。这样做的根本原因在于，公司的首要目的通常是盈利，其存续和长期盈利能力需要有相应的经济基础，即实现财务目标。从财务目标与非财务目标，特别是可持续性与 ESG 相关目标的相互关系中，我们可以得出一个目标排序或“目标架构”，它构成了董事会经营管理自由裁量权的框架，位于这个框架顶端的是公司利益。但显然，各个类别之间并不总是泾渭分明，而是存在灰色地带的。

1. 将公司利益^①作为公司管理的标尺

在管理公司的过程中，董事会有义务为公司利益行事。根据德国公司法规范，公司是股东为追求经济目标而自愿结合，从而实现盈利而组成的协会。因此，除非公司章程规定了不同的公司目的，否则公司利益就是以通过盈利来保证公司存续和持久的获利能力为导向。^②这也包括提升或保持公司的收益能力和竞争力。此项义务从财务角度明确了董事会行动的长期或可持续方向。除了财务可持续性要求，董事会管理职责的其他目标可否从《股份法》第 87 条第 1 款第 2 句中推导出来，或者更确切地说，可否在董事会的薪酬中有所体现，后文将对此进行详述。此外，可持续性要求同样适用于非上市公司。

然而，公司利益不能等同于利润的最大化，特别是在短期内，也不能等同于股价的短期上涨，更不能等同于个别股东或股东集团的利益。通常来说，董事会（以及监事会）有义务确保公司的存续和长期盈利能力。通过让董事会有权并有义务以自我负责的方式管理公司，即不受指示约束，《股份法》第 76 条第 1 款确保了公

^① 关于德国法上的公司利益，详见杨大可：《德国法上的公司利益及其对我国的启示》，载《清华法学》，2019 年第 4 期，第 163 - 180 页，这里第 172 - 173 页。

^② Eberhard Vetter ZGR 2018, 338 (347).

司不受股东和其他利益相关者的利益影响,从而能够在董事会的经营酌处权框架内兼顾所有利益相关者的利益。^①但更关键的问题是这些利益之间的关系,特别是ESG所涵盖的各方面与上述公司利益之间的关系,以及在发生冲突时,是否应优先考虑涉及公司经济发展的利益。原则上,股东和利益相关者的价值理念是相互对立的。后者要求董事会在“实际协调”的意义上平衡利益相关者的不同利益,而股东利益优先说则假定股东的利益在原则上更具优先性,或者在“权重优势”的意义上享有一定的优先权。尽管这些理念乍看之下有所不同,但在实践中它们往往会导致相同或至少相似的结果。

2. 法定或章定的 ESG/可持续性目标

董事会必须在其合法性义务的框架内践行或积极追求法律强制规定的具体的可持续性事项或 ESG 目标。相关法律规定由此构成了董事会在行使其管理职责时在“经营许可”意义上应遵守的可持续性问题的最低标准。这些标准包括关于保护员工及其利益的规定,如员工的共同决策以及有关多样性的法律要求。这些要求优先于公司的所有其他目标,而公司的利益只能在这些要求规定的范围内实现。反过来说,由于公司层面不存在相应外部义务的基础,董事会的合法性义务不能用来推导其负有追求或考虑普遍利益的一般义务和权利。

如果公司章程中规定了可持续性目标,那么董事会为实现这些目标而采取相应措施在原则上就是没有问题,甚至可能是必须的。董事会在多大程度上可以或必须追求可能给公司造成负面经济影响的目标,取决于这些目标在公司章程中是否被赋予与盈利同等、甚至更优先的地位,如在章程中规定公益目的或盈利与公益的混合目的、将可持续性方面或目标纳入公司宗旨中。唯一的限制是《股份法》第76条第1款的董事会的经营管理自治权。^②如果可持续性目标被置于与商业目标同等重要的地位,那么董事会必须适当地平衡它们。

3. 非法定或章定的 ESG/可持续性目标

(1) 作为商业模式或公司战略组成部分

对于那些在法律规范和公司章程中均未明确规定,却是商业模式或公司战略必要组成部分的可持续性目标,或者类似于作为公司盈利的附属效应而产生的情况,也应采取前文提及的类似处理方式。例如,商业模式旨在通过减少碳排放以应对气候变化或其后果的公司(如可再生能源或电动车领域的公司),就可能属于此种情况。其战略包括实现社会目标的公司也可能属于这一类别,例如一家求职中介网站,其通过透明和中立的搜索过程来追求机会平等或多样性等目标。在这些

^① Vgl. Mathias Habersack AcP 2020, 594 (623 ff.).

^② Vgl. Eberhard Vetter ZGR 2018, 338 (372).

目标范围内，赚取利润的意图与可持续性目标之间往往存在高度一致性。

(2) 作为财务目标的补充

如果公司章程未予规定，那么可持续性 ESG 目标一般不会与公司的财务目标相矛盾，而是能够补充这些目标或支持公司财务追求，用于确保公司的存续或长期盈利能力，因此通常不会造成任何问题。与客户满意度有关的目标即属此类，它是公司经济成功的必要前提，可以作为公司未来财务业绩的关键指标。此类目标同样适用于对环境友好型技术的投资（如减少碳排放）。其能够在多大程度上对公司财务目标提供支持，取决于《股份法》第 93 条第 1 款第 2 项保障的商业判断规则能够赋予董事会多少经营自由裁量权。

4. 具有短期负面影响但有长期积极经济效应的 ESG 措施

公司的某些行为（例如特定 CSR 活动，常见的有捐赠和赞助^①）虽然可能在短期内对财务不利，但从长远来看却可能产生积极效果，或至少在经济方面产生积极影响。该类行为涉及促进公共福利的目的，“通过公司社会责任活动来为社会谋福利”，使公司在公众眼中成为“良好的企业公民”，且有助于公司的“声誉管理”。尽管我们很难泾渭分明地对其加以界定，但此种活动仍必须与上述补充性的 ESG 目标区分开来。这些活动通常不会带来短期的盈利，因此，与公司利益的关系往往不那么明确，即与公司社会责任相关的措施对公司的（长期）经济成功的实际积极影响并不总是易于确定。当然，董事会在掌握充分信息的基础上实施的措施通常是被允许的。在前述范围内，为了考虑 ESG 事项而放弃利润也是被允许的，例如，公司因遵守高于法律要求的环境标准，或者在公司的供应链中遵守高于法律要求的人权或社会标准，从而承担了额外的成本。然而，公司无差别的“慈善行为”则通常不再属于董事会经营裁量权的范畴。^②

同样的原则也适用于有关公司雇员的措施。例如，若相关措施符合公司利益，则董事会可不因业务原因而解雇员工，较为常见的是为了维护行业和谐，在与劳方达成协议的情况下进行必要的重组。如果可能，相关措施的实施应尽量不中断业务，从而不影响公司的经营业绩。同样，董事会可以给予员工额外的自愿性社会福利，以提升其忠诚度和积极性。^③然而，此时董事会必须权衡公司的财务负担与预期的积极效果，并做出相应的预测和调整。^④

(三) 小结

不仅公司自身已意识到公众对其提出更高的可持续性要求，而且投资者也希

① Vgl. Eberhard Vetter ZGR 2018, 338 (368); Holger Fleischer AG 2001, 171.

② Vgl. Peter O. Mülbert AG 2009, 766 (773); Michael Kort NZG 2012, 926 (929).

③ Vgl. Holger Fleischer AG 2001, 171 (174).

④ Vgl. Peter O. Mülbert AG 2009, 766 (773).

望公司加大这方面的投入。在经营管理公司时,董事会首先有义务为公司利益行事,这在根本上是为了确保公司作为持续经营的企业存续,并通过创造利润实现长期盈利。结合上述分析可以发现,最近修订的德国商法和公司法规范以及金融服务法规范中关于可持续性的规定(包括2022年《准则》的新建议),虽然未给董事会的经营管理职责带来较大实质性变化,但却向董事会清晰地传达了这样的信号——董事会在经营管理公司时必须或可以考虑的目标,取决于相关目标的重要性及该目标与公司利益的关系。由此可知,在董事会经营管理自由裁量权的目标层次中,公司利益始终处于最顶端,在符合公司利益的前提下董事会享有广泛的自由裁量权。因此,董事会在今后的经营管理中所面临的最大挑战是,如何协调好法定/章定的可持续性或 ESG 目标与公司利益之间的关系,特别是如何运用前文述及的原则妥适地追求可能与公司盈利能力存在冲突的目标。

四、监事会所面临的挑战及其应对

良好的公司治理要求始终处于动态变化中。这是由利益相关者的影响(例如在国际资本市场上的融资)、公司危机以及可持续性转型带来的挑战所推动的。气候变化以及由此给全世界带来的风险已促使欧洲立法者持续引入全面的监管计划,而且针对可持续性要求的大量修法活动给企业,尤其是中小型企业带来了巨大挑战。

这一转变过程涉及经典的 ESG 领域,包括在生态方面的投入、经济成功和在社会层面负责任的公司治理。公司管理层须承担起这些任务和职责并采取必要措施,而监督机构同样面临挑战。虽然在20世纪初,监事会基本上还是以监督管理层为主,但其角色现已悄然发生变化。今天,即使是在二元制治理结构中,监事会的职责也呈现出日益专业化的特点:监事会不仅要监督董事会,而且要作为战略顾问提供协助。概言之,监督机构同样要适应“可持续性转型”的大趋势。承担社会责任的承诺促使公司行为必须以 ESG 标准为导向。这样一来,不仅可以避免公司的责任风险和声誉受损,而且可以确保其长期竞争力。

下文将首先对 ESG 问题的监管进行引导性论述,因为其已影响到不同行业和法律形式的德国公司。随后将介绍欧盟和德国层面的立法计划,并在此基础上,进一步对监事会所面临的具体挑战和职责变化进行阐释。由于金融服务和保险业受到比其他行业更为严格的监管,因此笔者将重点阐释对这些行业监督机构的特殊要求。最后将回答这样一个问题:监事会应如何为这种责任压力做好万全准备,从而以合法方式高效履职。

(一) 针对可持续性的监管要求

公司应当以可持续的形式开展各类活动(包括履行社会责任),以确保子孙

后代在满足其需求方面获得与当代同等的保障。最初，这种企业管理理念主要基于自愿原则，因为可持续的商业活动只能在有限的范围内由法律“强制执行”。然而，随着政治和商业行动面临压力的日益增长，欧洲立法者越来越多地以监管方式干预企业家的行动自由，其中较为典型的是设置了全面可持续发展目标。欧盟和各成员国正在积极制定法律法规，以确定激励措施、促进信息披露透明度的提升，并打击漂绿行为。除了在可持续金融进程中为 2050 年的可持续转型提供资金支持，立法者还为可持续发展设置激励措施，并通过最大限度的信息披露透明度获得利益相关者的信任，同时帮助投资者和各利益集团发现各公司的比较优势。

为了使公司的可持续性活动得到较为准确的评价，以使企业在资本市场长期融资过程中的表现具有可比性，ESG 已被确立为公司可持续性的评价标准。^① 设置该标准的目的是为私人 and 机构投资者提供关键指标，使其在做出投资决定时能够考虑到环境、社会和治理方面的问题。同时，公司获得相应的数据以确保长期的经济成功，这也超越了纯粹的气候保护范畴。^② 不论行业、规模和所采取的法律形式有何不同，公司均需认真考虑和处理其商业活动的可持续性转型问题。目前的监管重点是生态活动，因为应对气候变化及其后果是现阶段的监管机关的首要任务。

立法活动的快速发展要求公司对此做出相应努力，特别是经营管理和监督机构。这对大型上市公司的影响越来越大，主要原因在于资本市场融资会对投资者产生影响，并在应对气候恶化方面发挥重要作用。根据德国《商法典》第 316a 条的法律定义，大多数法律义务涉及第 246 条意义上的上市公司、信贷机构和保险公司。除了私营公司，公共公司和市政企业未来也会受到影响。而在某些领域内受到特别关注的金融服务行业，则会接受比其他行业更严格的法律约束。这不仅是因为信贷机构、保险业和金融服务提供商面临更大的经济风险，而且其对市场和投资者的行为也有极大影响。针对金融服务提供者、上市公司的法律规范存在一个共同点：它们对未直接受到影响的小公司的溢出效应相当大。除了法定的标准化义务，2022 年《准则》提出的建议对内/外部公司治理同样起着至关重要的作用。下文将对目前规制可持续公司行为的现行法律规范做全面梳理。

1. 可持续发展目标、“欧洲绿色新政”和可持续金融

基于联合国的 17 个可持续发展目标 (SDGs)，欧盟通过“绿色交易”宣布最迟

^① Vgl. Birgit Spießhofer, Sustainable Corporate Governance, NZG 2022, S. 435.

^② Vgl. Constanze Ulmer-Eilfort, Soziale Nachhaltigkeit — Risiken, Auswirkungen, Chancen, ESG 2022, S. 76.

在2050年实现气候中和。可持续的经济增长有赖于长期的全球竞争力和环境友好型创新。2021年4月,欧盟委员会根据“欧洲绿色新政”和联合国可持续发展目标,在可持续金融的框架内制定了相应目标,使其经济和金融体系更具包容性和可持续性。^①2021年的气候变化条例集中了15个以上的立法项目,主要规范碳排放的定价,从而促进可再生能源的利用并提高能源效率。

2. 报告义务

前文已述及,自2016年起德国《商法典》规定了披露非财务信息的义务(第289b条及以下、第315b条及以下)后,该义务为利益相关者提供了对各公司进行比较的机会,从而激励了公司实施可持续行为。而欧盟层面的立法活动同样为此提供着助力。《公司可持续性报告指令》(CSRD)于2022年11月10日通过、2023年1月5日生效,该指令须在2024年7月6日前转化为德国国内法。其改革了非财务报告,将适用对象的范围从500人以上的公司扩展到250人以上的公司,以及在会计意义上的大型或上市公司和有限合伙企业。仅就德国而言,这意味着对象群体扩大到约15000家公司。^②此外,各级政府的报告义务也在讨论之中。该指令包含详细的定量和定性的报告要求,而且得到《欧盟分类条例》中报告规则的补充。

今后,报告的强制性内容将包括商业模式、商业战略和可持续性目标,同时需要对价值链上商业活动所导致的严重负面影响进行说明。状况报告将采用统一格式并引入外部审计义务。未来,相关公司不仅要报告可持续性事项如何影响公司状况(“由外而内的视角”),而且还要报告其对人和环境的影响(“由内而外的视角”)。这种“双重重要性”的视角是该指令带来的最重要变化之一。若违反报告义务,即便相关公司在《股份法》中的实际执行效果还有待观察,其也将面临“点名批评”程序的震慑。

3. 《公司可持续性尽责指令》草案

为了提出可持续性转型的具体准则,欧盟委员会于2022年2月23日公布了《公司可持续性尽责指令》草案。其旨在确保公司减少其价值链中的商业活动对人权和环境造成的负面影响,并为此目的设置适当的公司治理和管理体系。为此,管理层有义务将可持续性纳入考量,这是其为公司利益行事的一般义务的应有之义。根据该指令草案第25条和第26条,立法者应设置或修改规则以确保公司管理层在决策时“系统地考虑可持续性方面”。从德国的角度来看,这些要求意味着对《股份法》第91条第2、3款中内部公司治理体系的扩展,也就是将可持续性纳入内控

^① Vgl. Carster König, Die geplante EU-Richtlinie über Nachhaltigkeitspflichten von Unternehmen, NZG 2022, S. 1186 ff.

^② Vgl. Stefan Müller/Sean Needham/Jens Reinke, Umsetzung der Nachhaltigkeitsberichterstattung in mittelständischen Unternehmen — Corporate Governance, BC 2022, S. 211 ff.

及风险管理体系(包括合规管理体系)。董事会勤勉义务的扩大相应地加重了监事会下设的审计委员会的监督义务(《股份法》第 107 条第 3 款第 2 句)。该指令草案强调在公司治理的全过程顾及 ESG 问题;在制定战略、组织风险管理以及薪酬设计方面将侧重于公司的可持续发展,公司也有义务制定气候保护计划。

4. 德国国内法与 2022 年《准则》

德国国内法致力于在国家行动计划(NAP)的监管框架内实施可持续性转型。这体现在对董事会和监事会中更高的多样性和女性配额的要求(FüPOG I 和 FüPOG II)以及对经营管理机构专业性的明确规定(FISG)中,特别是 2022 年《准则》提出了大量推动可持续性的建议。例如,《联邦气候保护法》要求联邦政府在 2045 年前实现气候中和,未达到要求的公司将面临更大的诉讼风险,监事会也可能因此被问责。

根据《供应链尽责法》(LkSG)的有关规定,公司不仅需要对自身业务领域负责,同时也可能因合同相对方和供应商的行为而承担相应的责任。这意味着该法不仅涉及大公司,而且还会影响较小的供应商的商业活动。此外,相关公司还有义务向监管机关做出相应报告并将其于公司网站上公布。自 2023 年 1 月 1 日起,该法将适用于雇用至少 3000 名员工的德国公司,从 2024 年起,这一门槛将降至 1000 名员工。根据该法第 8 条,公司有义务建立适当的内部投诉程序。

ARUG II 推动了《股份法》中一系列与可持续性相关的创新规定的出台,上市公司因此受到了较大影响。其中,董事薪酬应与公司的可持续性表现相挂钩。^①这给监事会带来了内容广泛的新任务:在聘任过程中,监事会要任命适格人选进入董事会。根据 2022 年《准则》中的建议 A. 1,候选人须能够“系统地识别和评估公司与社会和环境因素相关的风险和机会,以及公司活动的生态和社会影响”。2022 年《准则》设定了新的重点,即通过原则和建议倡导上市公司的管理及监督机构在履职过程中考虑生态和社会的可持续性。而受制于可持续性要求,对董事薪酬的设置也需要监事会有新的思考。此外,如果在治理中考虑到“由外而内”和“由内而外”的视角,那么这就要求董事会对生态和社会目标给予适当考虑。^②这与监事会的相应监督义务(原则 6)是一致的。2022 年《准则》已建议赋予董事会相应职权,以便其履行与可持续性相关的职责,同时扩展内控和风险管理体系以及合规管理体系,从而将与可持续性相关的流程和机制囊括进来。在落实可持续性要求方面,适当且有效的风险管理体系将发挥巨大作用。收集和处理与可持续性有关的数据成为相关公司的义务。2022 年《准则》的许多建议和原则要求监事会履行与可持

^① Vgl. Michael Stöber, Neuerungen im Aktienrecht durch das ARUG II, DSStR 2020, S. 391 ff.

^② Vgl. Birgit SpieBhofer, Sustainable Corporate Governance, NZG 2022, S. 435 ff.

续性相关的职责,以实现“可持续的公司治理”。可见,可持续性转型主要影响内部公司治理。例如,报告标准 ESRS G1 采纳了 2022 年《准则》的建议,详细规定了如何报告监事会的履职情况及工作方法。可持续性事项正在成为公司战略和风险管理中更受关注的部分,因而也属于监事会的直接监督职责范畴。

(二)ESG 中的“G”:监事会在可持续性转型中所扮演的角色

ESG 要求公司经营管理层重新思考几乎所有的业务流程,包括向循环经济转型,并尝试以可持续的方式推进。例如,上市公司应建立适当和有效的内控及风险管理体系并预测气候变化的后果(《股份法》第 91 条第 3 款)。负有报告义务的公司应有能力估算其碳排放目标,并据此科学地制定环境目标和所有业务流程。因此,董事会须具备相应的知识和技能,而监事会也须具备必要的专业知识。

《公司可持续性尽责指令》草案第 24 条、第 25 条明确要求监事会成员具有多样性,而且职工在监事会中也应获得席位。报告标准 ESRS G1 规定,公司应在可持续发展报告中披露管理及监督机构成员的具体技能和知识等必备信息,以证明其能够胜任相应职务。如果将来管理层的述职宣誓也被纳入可持续发展报告中,那么 ESG 知识和技能将在任命/续聘中发挥重要作用,以确保董事具备必要的专业知识。^①随着适格董事的聘任及其合理薪酬制度的确立,在向董事会提供战略建议以及审计师的选任和沟通中,监事会发挥着日益重要的作用。监督机构面临的可持续性挑战主要来自于审计,这是《股份法》第 171 条规定的监事会工作的核心内容:现行的外部审计变为针对 ESG 关键指标的强制性审计,并且必须在状况报告中披露有关 ESG 关键指标的信息。^②根据《股份法》第 171 条第 1 款第 1、4 句,监事会还必须审计作为状况报告组成部分的非财务报告或所谓独立非财务报告,后者类似于年度财务报表和状况报告。审计程序的深入程度由审计师决定。然而根据德国学界主流观点,监事会的 ESG 审计义务仍只是其一般监督职责的体现,因此审计的强度和深度可能低于年度财务报表和状况报告的审计。今后,监事会须以必要的强度和深度处理状况报告中的非财务声明,必须建立对可持续性因素的持续监测和报告程序,而非仅在监事会会议期间向审计师提问。毕竟只有定期为监事会提供相应信息,并对所涉问题进行深入研究,才能确保监督机构有能力合格履职。然而这通常不会影响所有监事,而仅涉及作为监事会负责特定事务的审计委员会。如果《公司可持续性报告指令》规定审计委员会有义务审查可持续发展报告,而此类报告又受制于审计义务,那么这就意味着 ESG 必须以与财务报告相同

^① Vgl. Patrick Velte, Das Konsultationspapier der EU-Kommission vom 12. 11. 2021, NZG 2022, S. 147.

^② Vgl. Robert Link/Christian Kohl/Anja Pissarczyk, Neue Impulse für die Zusammenarbeit von Aufsichtsrat, Prüfungsausschuss und Abschlussprüfer durch die ESG-Transformation, BB 2022, S. 2603 ff.

的方式被纳入公司控制体系。审计委员会在会计和审计方面的职责未来也将包括对可持续发展报告进行审查。2022 年《准则》中的建议 D. 3 要求审计委员会主席具备审计可持续发展报告所需的专业知识。

随着《公司可持续性报告指令》的生效，委托审计业务也将一些问题暴露了出来：根据成员国的选择，允许由外部的独立审计服务提供商(IASP)对可持续发展报告进行审计，且不强制要求提供商必须为审计师。因此，中小企业的审计师可能会拓展其职责范围，同时监事会将不得不认真思考如何选择，是选择获得认证的专家还是知名的服务提供商。

审计委员会职责的扩大将不可避免地改变其工作方式和人员构成。例如，作为年度效率审查的组成部分，审计委员会应严格审查其职责清单和工作方式是否符合未来的最低法定要求，以及其成员是否具备适格的能力和资源以应对 ESG 转型的挑战。对此，重要的是建立机制，确保监事会能够以高效且有预见性的方式履职。

(三) 应对方案

在公司的可持续性转型过程中，监事会负有一项重要任务：一方面，其必须监督作为控制者的董事会的守法/合规情况。如果考虑到动态监管，那么其职责范围已明显扩大。另一方面，监事会作为管理层的战略顾问也要适时提供咨询意见。监事会如何妥当应对这一全面扩大的职责范围，如何在公司的可持续性转型过程中全面提升自己的能力，这主要取决于管理层对转型的理解和应对。其一，董事会可将合规职责委托给合规部门，并通过有效的合规管理体系确保公司行为满足监管要求，从而将责任风险降至最低，而其勤勉义务也由此得到履行。^①其二，如果 ESG 不仅被理解为基于法律规定，而且是建立在企业价值观之上的、属于基于诚信的义务，那么该义务的履行必然远超单纯的合规职责。^②作为公司长期存续且稳定发展的先决条件，ESG 必须被嵌入企业文化之中，并得到公司的切实践行。这是因为可持续性转型不只由合规部门负责，有效的可持续性机制必须在所有领域得到切实落实。这样的转型不仅要求合规部门保证企业合规，而且必须将相关理念融入企业的价值观。在此过程中，监事会应有所作为：作为有效的风险管理进程^③的监督者，同时也作为董事会的“智囊”，积极配合制定企业规划。

^① 参见杨大可：《德国公司合规审查实践中董/监事会的分级合作及启示》，载《证券市场导报》，2016 年第 11 期，第 69—78 页，这里第 71—72 页。

^② Vgl. Andrea Panzer-Heemeier/André T. Nemat, Digitale Ethik — Eine neue Chance für ESG-Compliance, CCZ 2022, S. 223 ff.

^③ 其中包括有效的内部控制体系和合规管理体系，参见杨大可、张艳：《论德国监事会合规职责的制度内涵》，载《同济大学学报(社会科学版)》，2019 年第 3 期，第 114—124 页，这里第 115 页。

接下来的问题是,监事会如何确保公司顺利完成可持续性转型,确保公司有能
力抵御危机并在未来保持稳定发展。这就要求监事具备能够与会计和审计专家相
匹配的个人专业知识,熟悉监管框架并有能力与管理层一道解决具体问题。正如
《信贷法》(KWG)第 25 条对金融服务公司的监事会所要求的那样,监事会可以而
且应该进行年度效率审计。此外,监事会可考虑将《股份法》第 111 条第 4 款意义
上的适用同意保留的事项扩展至所有与可持续性有关的活动,并相应地修改其议
事规则或公司章程。这样一来,监事将再次面临专业化革命,其职责的范围和复杂
性、时间投入和责任风险都将与其兼职身份极不相称。审计委员会的职责范围也
将显著扩大,且其成员必须设法掌握相应的专业知识。对于监事会来说,基于控制
和监督体系的审计和监督职责(《股份法》第 107 条第 3 款第 2 句、第 117 条第 1
款)要求其必须全面分析和处理可持续性问题。监事会的任务是通过董事会的
监督和提供咨询确保公司的存续和可持续发展。公司的可持续性转型作为一项重
大挑战,必须由监事会全程保驾护航。因为在公司活动的核心领域落实经济、生态
和社会责任,可以确保公司的危机复原力、资本能力、创新能力、吸引力和长期盈利
能力。监事会在这一创新过程中发挥支持作用,这对其履职方式提出了全新挑战。

五、结 语

无须讳言,ESG 理念和可持续公司治理要求给全球公司治理带来新的严峻挑
战。从本轮《公司法》修订的进程观察,我国立法者希望将 ESG 理念初步融入对公
司社会责任承担的要求之中,并借此实现公司社会责任制度的明确化、法律化。但
ESG 事项所涉甚广,对其进行“精细化处理”后妥适地将其融入公司治理要求绝非
易事。为此,全面细致地考察域外立法例和实践经验,可能为我国寻得具有启发意
义的比较法借鉴。在这方面,欧盟及其成员国(如德国)因已开展一系列“激进”的
立法活动而成为本文重点关注的对象。本文细致梳理了欧盟和德国的相关立法动
态,全面呈现了 ESG 事项的不同定位给公司治理机构(董/监事会)的职责带来的
具体影响,希望成为引玉之砖,引起学界同仁的研究兴趣,共同为辅助我国立法者
寻得 ESG 事项角色定位的“黄金分割点”提供智识支持。当然,比较法研究并非旨
在验证域外制度的完备性,而是通过其镜鉴作用检讨发现我国现行制度资源的疏
漏和缺憾,进而从功能主义而非形式主义的视角辨别其能否为我所用。

责任编辑:郑春荣