

# ESG 视角下上市公司职工董事的制度定位与职能重构

刘东辉

**摘要：**本轮公司法修订调整了公司监督模式，职工董事将成为上市公司主要的职工参与方式，由此引发了对职工董事制度定位的争议。ESG 投资、评级与信息披露的实践与立法表明，职工权益保护与人力资本管理已成为 ESG 治理的关键议题，上市公司在处理人力资本风险与机遇方面进行了有益探索，也面临专业与信息不足的困境。基于职工身份与信息优势，职工董事能够发挥职工利益保护与人力资本管理的独特制度价值。职工董事在财务和业务监督方面存在专业和能力缺陷，不应强制其参与审计委员会。职工董事的主要制度功能是职工利益保护和人力资本管理，监管机构应为职工董事参与 ESG 委员会或人力资本与薪酬委员会、评估与审核人力资本相关信息披露、劳动合规体系构建这三大方面配置相应的特别职权。为了充分发挥职工董事在 ESG 治理中的功能，证监会和全国总工会需协同构建保障职工董事独立、勤勉履职的规则体系，以增强职工董事的履职能力。

**关键词：**ESG；上市公司；职工董事；人力资本管理；ESG 委员会

**中图分类号：**D913.991 **文献标识码：**A **文章编号：**1000—8691（2023）06—0114—11

## 一、本轮公司法修订后职工董事制度的走向之问

自 1993 年制定公司法以来，中国更加重视企业职工利益的保护，在企业民主管理和公司社会责任的理念下，现行公司法构建了职工参与公司治理的框架，确立了职工代表大会与职工董监事的具体制度。<sup>①</sup>此外，全国总工会的规范性文件对职工民主管理及职工董监事制度的具体实施予以规范<sup>②</sup>，证监会也通过社会责任报告、上市公司治理准则和员工持股计划等制度完善了职工利益的保护。2019 年开始的本轮公司法修订积极回应职工利益保护问题，并对职工参与公司治理的方式作出了调整。以最新的三审稿为例，第 20 条明确纳入了利益相关者条款，规定公司应当充分考虑职工等利益相关者的利益。此外，本轮公司法修订在调整公司治理结构的同时，也对职工董事、职工监事制度作出了重大调整。修订草案改变了现行公司法的单一监督模式，允许公司选择监事会或审计委员会模式。<sup>③</sup>三审稿第 69 条、第 121 条规定，公司可以按照公司章程的规定在董事会中设置由董事组成的审计委员会，行使监事会的职权，不设监事

**基金项目：**本文是中国政法大学青年教师学术创新团队支持计划（项目号：20CXTD08）的阶段性成果。

**作者简介：**刘东辉，男，中国政法大学民商经济法学院讲师，硕士生导师，主要从事公司法、证券法研究。

① 谢增毅：《职代会的定位与功能重塑》，《法学研究》2013 年第 3 期；曾培芳：《公司社会责任背景下的职工参与权问题》，《江苏社会科学》2007 年第 5 期。

② 参见《中华全国总工会关于加强公司制企业职工董事制度、职工监事制度建设的意见》。

③ 刘斌：《公司治理中监督力量的再造与展开》，《国家检察官学院学报》2022 年第 2 期。

会或者监事。与此同时,为了保障单层制公司中职工参与公司治理的权利,三审稿第68条、第120条规定,职工人数300人以上且不设监事会的公司,其董事会成员中应当有公司职工代表,而其他公司则仍然延续现行公司法的规定,允许公司自主决定是否设置职工董事。按照三审稿的设计,未来中国公司将形成多种职工参与的可能样态:第一,仅设置监事会的公司,需设置三分之一以上的职工监事参与公司治理,发挥监督职能;第二,职工人数300人以上且选择仅设置审计委员会的公司,需至少设立1名职工董事参与公司治理;第三,公司职工人数少于300人且选择仅设立审计委员会的公司,可以完全不设职工董监事;第四,公司选择同时设立监事会和审计委员会,需有三分之一以上的职工监事,但可自主选择是否设置职工董事;第五,根据三审稿第七章国家出资公司组织机构的特别规定,国有独资公司不再设立监事会,需设置职工董事。

本轮公司法修订对职工参与方式的调整引发了对职工董事制度定位与功能的疑虑。<sup>①</sup>就上市公司而言,因《上市公司治理准则》第38条规定中国上市公司必须设置审计委员会,且独立董事应当占据多数,可以合理地预见,为了简化职工参与的形式,大量已经设置审计委员会的上市公司将不再设立监事会,在监督模式上更接近于英美的单层制模式,职工人数300人以上的上市公司将大量设置职工董事以替代职工监事。但相较于现行公司法的职工监事制度,三审稿对职工董事的规定存在如下区别:一方面,不同于职工监事的三分之一比例要求,三审稿未规定职工董事的比例,上市公司设置一名职工董事即可,职工参与的权利及保护职工利益的能力可能被削弱;另一方面,职工监事作为监事会成员,其监督职能与权利较为明确,而三审稿仅要求股份公司的审计委员会过半数由独立董事担任,未强制要求职工董事担任审计委员会委员,可能导致职工董事无法像职工监事一样行使监督职能,徒有董事身份而无具体职权。由此不免令人疑惑职工董事在本轮公司法修订之后是否会被边缘化而成为“摆设”?结合本次公司法修订的内容,需要进一步探讨如下学术争议:公司充分保护职工利益的利益相关者条款如何具体落实?公司法或上市公司治理准则是否有必要规定职工董事为审计委员会的当然成员?职工董事能否有效发挥保护职工利益的作用?如何保障职工董事的有效履职?因此,学界需要重新审视职工董事的制度定位与职权配置问题。

在公司治理理论层面,职工参与公司治理一直面临股东中心主义理论的质疑,股东中心主义认为职工参与公司治理会减损股东利益,是非效率的制度,应通过劳动法加强职工利益保护。<sup>②</sup>利益相关者理论虽然对股东中心主义提出了批评,但大多立足于公司伦理道德层面,对厘清职工董事的制度功能定位和职权配置的指引作用不足。<sup>③</sup>近年来蓬勃发展的ESG(环境、社会与治理)理论与实践为重新审视中国上市公司职工董事的制度定位引入了全新的理论视角与方法论指导。ESG涵盖影响公司长期财务表现以及公司利益相关者利益的环境、社会和治理的广泛议题及指标,并从风险与机遇等维度对公司的ESG表现进行体系性评价,为投资者和其他利益相关者更准确评估公司价值提供指导,实现盈利与行善的有机统一。ESG研究包括ESG投资、ESG评级、ESG治理、ESG信息披露以及ESG监管等广泛课题。<sup>④</sup>随着全球气候变暖和贫富差距扩大等环境和社会危机的加剧,上市公司的ESG表现越来越得到机构投资者、非政府标准制定者以及监管机构的重视,引发了各国ESG立法与监管浪潮。在ESG的评价体系中,职工利益保护和人力资本管理(human capital management)是社会议题(S)的核心二级指标,也是除应对气候变化等环境议题外,ESG研究中共识度和重要性较高的议题。<sup>⑤</sup>人力资本对上市公司创造长期价值的重要性得到理论与实践的广泛认同,上市公司如何有效应对人力资本管理方面的风险与机遇,如何制定可信、

① 刘俊海:《论基于理性自治的公司监督模式创新——兼评〈公司法(修订草案)〉中监事会与董事会审计委员会“二选一”模式》,《中国社会科学院大学学报》2023年第4期。

② 斯蒂芬·M. 贝恩布里奇:《理论与实践中的新公司治理模式》,赵渊译,北京:法律出版社,2012年,第43页;张舫:《职工参与公司控制质疑——对“共决制”的理论与制度分析》,《现代法学》2004年第2期。

③ 施天涛:《〈公司法〉第5条的理想与现实:公司社会责任何以实施?》,《清华法学》2019年第5期。

④ 黄世忠:《ESG视角下价值创造的三大变革》,《财务研究》2021年第6期;李小荣、徐腾冲:《环境—社会责任—公司治理研究进展》,《经济动态》2022年第8期。

⑤ Georgiev, G. S. (2021). The human capital management movement in U.S. corporate law. *Tulane Law Review*, 95(3), 639-740.

透明和量化的人力资本相关信息披露框架成为公司治理与证券监管的重要方向。在构建中国式 ESG 评价体系的背景下,探究代表职工利益的职工董事如何在上市公司应对人力资本风险及职工相关信息披露等方面发挥制度潜能具有理论与实践意义,能够为公司法修订后职工董事的制度定位及职能配置提供新的路径,有力回应职工董事将成为“摆设”的质疑。公司法修订中虽有较多学者从 ESG 视角对 ESG 治理或 ESG 信息披露进行了较多探索,但现有研究要么集中于 ESG 一般理论、原则与披露框架的宏观维度<sup>①</sup>,要么聚焦于绿色及气候变化等环境主题<sup>②</sup>,较少探究 ESG 评价体系中的社会议题。鉴于此,本文在 ESG 一般理论的基础上,针对本轮公司法修订后职工董事的相关争议,探究职工董事在上市公司有效应对职工利益保护与人力资本管理中的功能与路径。本文的结构安排如下:首先,本文在梳理 ESG 发展趋势与上市公司董事会应对 ESG 挑战的基础上,论证职工董事有效应对中国上市公司职工利益保护与人力资本管理的制度潜能;其次,在上市公司完善 ESG 治理的视角下,重新审视职工董事的制度定位以及职工董事发挥作用的具体路径和职权配置问题;在此基础上,结合中国职工董监事制度的实践困境,构建契合职工董事有效履职的保障规则。本文的研究能够为完善上市公司职工董事制度以及加强上市公司 ESG 治理能力提供新的思路,为构建中国特色的 ESG 评级体系提供本土化的有益思考。

## 二、ESG 转型挑战下上市公司职工董事制度的正当性证成

### (一) 职工权益保护与人力资本管理正成为 ESG 体系的核心议题

在传统股东中心主义的理念下,职工更多被视为公司经营的成本,离职率等人力资本状况也主要属于公司日常经营管理的范畴,由公司经理层和人事部门负责。但是,随着技术进步与商业模式的转变,人力资本对公司长期价值的创造变得越来越重要,新冠疫情更加说明了职工健康与安全的价值,传统视角无法准确衡量公司人力资本的风险与机会,造成公司股东、管理者和职工利益的失衡,可能诱发罢工等激烈的劳资对抗,劳动合规监控的缺失和对人力资本管理的漠视将导致更多诉讼和监管风险,造成公司声誉损失和人才流失。<sup>③</sup>基于对环境与社会领域长期风险的考虑,ESG 投资逐渐成为养老基金等机构投资者的主流策略,吸引了大量的资金。<sup>④</sup>ESG 投资将环境、社会和治理等影响公司长期财务表现的因素纳入投资决策,采用负面筛选法、ESG 整合法等投资策略选择同行业中 ESG 表现较好的投资组合,或者通过股东积极参与策略改善公司的 ESG 表现,上市公司的职工培训、职工健康与安全、职工离职率等与人力资本相关的风险与机遇成为 ESG 投资决策的重要考量依据。实证研究表明,ESG 投资能够为投资者提供长期合理回报,也能够实现可持续偏好投资者对环境、社会等非财务绩效的投资目标,从而有力回应了传统股东中心主义的质疑。<sup>⑤</sup>

有效的 ESG 投资有赖于科学的 ESG 评级,机构投资者需要依据 ESG 评级筛选投资标的,国际主流的 ESG 评级机构已经将职工权益和人力资本管理作为社会议题的核心指标,如知名的明晟(MSCI) ESG 评级中,人力资本是社会议题的 4 个二级指标之一,具体涵盖健康与安全、人力资本开发、劳工管理和供应链劳工标准。ESG 评级对人力资本的评价体系通常涵盖风险与机遇两个维度,其中风险是指公司对特定议题下具体指标的风险敞口及风险管理能力,要在一个关键议题上取得好评分,管理能力需要与风

① 叶温平:《可持续金融实施范式的转型:从 CSR 到 ESG》,《东方法学》2023 年第 4 期;朱慈蕴、吕成龙:《ESG 的兴起与现代公司法的能动回应》,《中外法学》2022 年第 5 期;郭雳、武鸿儒:《ESG 趋向下的公司治理现代化》,《北京大学学报(哲学社会科学版)》2023 年第 4 期;楼秋然:《ESG 信息披露:法理反思与制度建构》,《证券市场导报》2023 年第 3 期。

② 赵万一:《论我国〈公司法〉的绿色愿景及其法律实现》,《法学评论》2023 年第 2 期;侯东德、韦雅君:《生态型公司法的理论证成及制度实现》,《当代法学》2022 年第 5 期。

③ Hayden, Grant M., and Matthew T. Bodie. (2020). The Corporation Reborn: From Shareholder Primacy to Shared Governance. *Boston College Law Review*, 61(7),2419-2486.

④ 陈骁、张明:《通过 ESG 投资助推经济结构转型:国际经验与中国实践》,《学术研究》2022 年第 8 期。

⑤ 玉琳璘等:《ESG 表现对企业价值的影响机制研究》,《证券市场导报》2022 年第 5 期。

险水平相称，人力资本方面高风险的公司需要有更强大的人力资本管理能力。

为了满足机构投资者对 ESG 评级与 ESG 投资的现实需求，一些非政府 ESG 标准组织也构建了多个 ESG 信息披露框架，要求上市公司提供具体、可比较的重要 ESG 信息。例如，全球报告倡议组织（GRI）基于双重重大性标准，要求特定公司披露员工权益保护和人力资本管理方面的信息，涵盖一般性雇佣状况、职业健康与安全、培训与教育、多元化与平等机会等多项关键指标，而可持续发展会计准则委员会（SABA）则主要基于长期财务重大性标准，结合行业差异要求公司披露具有财务重大性的人力资本相关信息，例如，在职工健康和安全的类别下，建筑材料行业公司需披露硅肺病（silicosis）的报告病例数。更具影响力的国际可持续准则委员会（ISSB）已于 2023 年 6 月发布了《国际财务报告可持续披露准则第一号——可持续相关财务信息披露一般要求》和《国际财务报告可持续披露准则第二号——气候相关披露》。在此基础上，ISSB 发布了《议程优先事项的咨询（意见征询稿）》，旨在确定未来两年工作的优先事项，ISSB 提出四项优先研究的项目，其中就包含人力资本的披露。24 家管理超过 1 万亿美元机构投资者请求 ISSB 将人力资本作为未来的优先考虑事项，巴西、日本等证券监管机构也要求将人力资本作为 ISSB 的优先任务，人力资本可能成为继环境议题后 ISSB 制定的首个社会议题下的信息披露框架。

各国政府也在积极应对 ESG 挑战，逐步提高了金融机构、上市公司等 ESG 信息披露的要求。例如，美国证交会 2020 年发布了人力资本管理披露规则，如果这些披露信息达到对于整体理解公司经营是重大的程度，则要求公众公司在 10-K 表中“描述公司的人力资本资源，包括公司在经营管理中所注重的人力资本度量或目标”。而欧盟则制定了《可持续发展报告指令》，并采用双重重大性标准，不仅要求特定公司披露可持续相关主题如何影响企业财务，也要求披露企业可持续相关策略、目标等如何影响利益相关者。欧盟可持续发展信息披露框架涵盖环境和社会议题，在社会议题下，除了要求遵守人权及相关国际公约外，其主要内容就是员工利益相关内容的披露，涵盖以下内容：（1）平等对待和机会，包括性别平等和同工同酬、培训和技能发展、雇佣和包容残疾人、应对工作环境中侵犯和骚扰的措施以及多元化政策；（2）工作条件，包括稳定的工作、工作时间、充分的报酬、社会对话、结社自由、存在企业委员会、集体谈判、员工信息、咨询和参与权、工作与生活的平衡以及健康和安全。中国证券监管机构也正在指导沪深交易所研究制定 ESG 信息披露框架，在国资委的推动下，央企控股的上市公司被要求逐步披露 ESG 报告。由此可见，强制性的人力资本相关信息披露将成为上市公司信息披露的重要组成部分。在 ESG 投资、ESG 评级和 ESG 信息披露等市场、法律与社会压力下，各国上市公司也需要积极应对包括人力资本管理在内的 ESG 风险与机遇。

## （二）上市公司董事会应对 ESG 挑战的实践与困境

为了提升 ESG 评级，吸引 ESG 投资，减少 ESG 相关监管与诉讼风险，提升公司社会形象，越来越多的上市公司将 ESG 议题上升为公司董事会的决策事项，确定公司需要优先考虑与应对的 ESG 风险与机遇，制定长期的战略目标与行动计划。在此背景下，人力资本不仅是公司日常管理的事项，也是公司董事会战略规划与风险监控的重要内容，董事会需要构建有效的劳动合规体系，积极应对人力资本方面的风险，如是否设置员工持股计划，如何保障员工健康与安全。一些注重 ESG 绩效的上市公司已经积极探索改革公司治理结构以有效提升 ESG 表现与评级，主要体现在以下方面：第一，很多上市公司专门设置董事会 ESG 委员会或工作小组，明确 ESG 委员会的议事规则和相应职权，处理广泛的 ESG 议题；第二，一些公司将传统上仅处理高管薪酬的薪酬委员会的职权拓展为关注人力资本管理的人力资本与薪酬委员会，除了高管薪酬外，人力资本与薪酬委员会也评估与审核公司人力资本的风险与机遇，讨论普通员工薪酬的公平性与合理增长等问题；<sup>①</sup> 第三，越来越多的公司主动做出 ESG 绩效方面的承诺，或设定相应

<sup>①</sup> Leo E. Strine, Jr., et al. (2020). Toward Fair Gainsharing and a Quality Workplace for Employees: How a Reconceived Compensation Committee Might Help Make Corporations More Responsible Employers and Restore Faith in American Capitalism. *The Business Lawyer*, 76(1), 31-58.

的长期目标,积极寻求国际 ESG 标准制定者的认证,如中国很多上市公司都做出了碳减排、碳中和的承诺,并取得了科学碳目标倡议(SBTi)的碳中和认证,也有公司承诺健康与安全生产,并且通过了国际标准化组织(ISO)的 ISO30414 认证;第四,很多公司意识到高管薪酬标准与 ESG 战略目标之间的关联,明确高管薪酬与 ESG 指标挂钩,以激励公司管理层积极规划与处理 ESG 事务,如高管获得股权激励以安全生产为前提<sup>①</sup>;第五,在还没有采取强制性 ESG 信息披露的法域,也有越来越多的公司自愿按照国际组织的通行标准披露 ESG 报告,提升 ESG 报告的信息含量,中国 2021 年以来披露 ESG 报告的上市公司明显增多,相较于一般的公司社会责任报告,披露 ESG 报告的公司在职工相关信息披露的内容更为具体,更多采用定性和定量相结合的披露方式<sup>②</sup>。

实践表明上市公司董事会正在积极应对 ESG 投资和监管的挑战,但因 ESG 评价体系仍然处于探索和发展阶段,上市公司的 ESG 治理仍然面临诸多困境:首先,ESG 评价体系涵盖复杂而广泛的指标,公司需要根据法律环境、商业模式以及长短期利益平衡等多重角度识别和评估公司在 ESG 方面的重要风险与机遇,ESG 指标与传统财务指标存在差异,面向不确定的将来,需要进行短期、中期和长期的风险评估与压力测试,公司董事会存在 ESG 专业知识和能力的诸多欠缺,例如,碳排放数据的核查以及气候风险的评估需要更专业的知识,而供应链劳工状况的评估也需要劳动基准和实践状况的调查和了解;其次,公司董事会缺乏科学评估与监控 ESG 风险的有效信息,以职工权益及人力资本管理为例,公司董事会中的执行董事与员工利益存在冲突,可能为了短期经营业绩牺牲员工健康与安全,不愿积极调查和回应公司劳动合规及人力资本发展的长期需求,忽视劳资关系紧张造成的不利影响,而独立董事因不参与公司的经营管理,缺乏了解人力资本相关状况的有效信息;再次,虽然越来越多的公司披露 ESG 信息,但因 ESG 信息本身的复杂性以及外部鉴证机制的缺失,导致 ESG 承诺及信息的可信度和质量较低,一些公司为了提升自身社会形象,出现选择性披露和误导性披露,存在所谓的洗绿(green-washing)和洗社会问题(social-washing),如扩大公司在员工权益方面的绩效,而对公司人力资本风险和 Challenge 方面的信息披露严重不足。<sup>③</sup>总之,上市公司在应对职工议题等 ESG 挑战方面仍然存在诸多困境,导致 ESG 治理缺乏可信度,这将阻碍 ESG 投资的发展,也为公司招致 ESG 诉讼和监管风险埋下了隐患。

### (三) 职工董事提升上市公司职工权益与人力资本治理能力的制度潜能

在 ESG 挑战下,相比于其他制度设计,职工董事能够发挥自身的制度优势,助力上市公司提升 ESG 治理能力。

其一,职工参与(employee engagement)本身就是 ESG 评级中社会议题的重要考虑因素,而职工董事作为董事会中的正式成员,相比于职工咨询、职工代表大会等参与形式,是更高级别与层次的职工参与,能够直接在治理层面监控公司的 ESG 决策、目标与战略,增强了上市公司积极应对职工权益保障及人力资本管理的可信度。传统上不采用职工董事的英美法系国家近年来也认识到职工参与的重要性,英国财务报告委员会在 2018 年修订了公司治理准则,首次要求上市公司至少采用如下三种职工参与机制之一:由公司职工选任一名董事;设立一个正式的员工咨询小组;指定一名非执行董事负责搜集员工意见及交流信息。如果公司没有采用上述任何一种方式,就需要解释采取了什么替代措施,并说明其有效性。过去四十年,美国公司将大量利润用于股票回购提升股价,而在公司面临困境时,则首选降薪和裁员,导致劳动者在劳动生产率大幅提高的情况下,其薪酬一直停滞不前。<sup>④</sup>针对这一现象,美国公司法学界和

① Walker, D. I. (2022). The economic (in)significance of executive pay ESG incentives. *Stanford Journal of Law, Business & Finance*, 27(2), 318-352.

② 北京证监局课题组:《关于上市公司环境、社会责任及公司治理(ESG)信息披露的研究》,《财务与会计》2021 年第 11 期。

③ 例如,在某上市公司 2022 年企业社会责任报告中,仅提到“关注员工的培训与发展,关注员工权益和健康,为员工建立收入增长和个人成长的双通道”等模糊表述。

④ Palladino, Lenore. (2018). Shareholder Primacy and Worker Prosperity: A Broken Link. *University of Kansas Law Review*, 66(5), 1011-1032.

立法者开始反思股东中心主义的弊端。<sup>①</sup>例如，商业圆桌会议2019年取消了股东中心主义的表述，要求公司管理者关注包括职工在内的利益相关者利益。由此说明，职工董事完全契合ESG背景下重视职工权益保护和人力资本管理的发展趋势。

其二，职工董事具有职工与董事双重身份，是真正的利益相关者代表，相较于执行董事和独立董事更能代表职工利益，提升职工的信任感和忠诚度。虽然利益相关者理论主张董事应该向利益相关者负担信义义务或设置利益相关者代表董事，但这些主张存在理论与实践的诸多困难，并没有成为各国公司治理的主流模式，仅有职工董监事制度得到理论与实践的肯定。因为具有专用性的人力资本对于公司生存与发展是不可或缺的，职工对公司的贡献更为直接和确定。<sup>②</sup>而且，职工是公司的内部利益相关者，与公司之间的联系更为紧密，职工在知识、经验以及技能方面具有特殊优势，能够降低控股股东和管理者的短视主义。此外，相比于变动的消费者、供应商，一定时期内公司的职工更具有稳定性，职工内部具有较高的共同利益，具备通过选举代表等方式参与公司决策的可操作性。因此，由职工选任的职工董事更能理解公司的劳动政策、文化与员工诉求，可以为董事会科学合理设定人力资本的战略、目标等提供异质性视角，增强董事会监控ESG风险的能力。

其三，职工董事具有更准确的员工相关信息，能够增强ESG相关承诺与信息披露的可信度。相比于公司管理者和独立董事，职工董事来源于公司内部的经营管理，能够与职工代表及工会密切沟通，中国职工董事通常担任工会领导或人事部门职务，接受地方工会的指导与培训，具备相应的知识与能力，能够为董事会在评估和选择职工关键议题及设定人力资本管理目标提供有用信息，增强决策的科学性。此外，ESG报告经过职工董事的相应审核与验证，也能够增强ESG报告中职工相关信息的可信度，提升ESG报告的质量。

其四，职工董事也契合中国提升初次分配的公平性，有利于完善中国式ESG评价体系，促进共同富裕的价值目标实现。ESG评价体系具有国际性与本土化的双重特性，中国ESG评价体系的建立更需要立足本国实践与特色，服务国家重大战略目标。构建和谐劳动关系和共同富裕是中国式现代化的重要组成部分，而劳动收入是大多数家庭财富的主要来源，工作场所的幸福感、成就感也是大多数人精神富裕的重要组成部分。<sup>③</sup>目前，中国初次分配整体上仍然处于“资强劳弱”的局面，劳动报酬占比下降或长期处于低位徘徊，可能会带来一系列问题，甚至诱发经济、社会危机。<sup>④</sup>不同于资本主义国家，构建和谐劳动关系是中国社会主义政治与经济制度的内在要求，这意味着中国必须摒弃英美国家通过激烈的劳资对抗处理劳资分配失衡的路径。职工董事有助于改善劳动条件，评估公司的员工福利政策和员工持股计划的公平性、合理性，提出适当建议，在提升劳动生产率的同时实现合理的收入分配。

总之，职工董事制度契合ESG投资、评级和监管的内在要求，具备有效助力董事会处理职工权益保护及人力资本管理的制度潜能。因此，中国应从上市公司应对ESG挑战的现实需求出发，充分发挥职工董事在ESG治理中的作用。

### 三、ESG视角下中国上市公司职工董事的制度再定位

如前所述，本轮公司法修订引发了对职工董事制度定位的质疑与批评。其中，职工董事是否应强制纳入审计委员会发挥监督职能成为重要的争议点，下文将结合ESG相关理论与实践探究职工董事的制度定位与具体路径。

① Goshen, Zohar, and Doron Levit. (2022). Agents of Inequality: Common Ownership and the Decline of the American Worker. *Duke Law Journal*, 72(1), 1-69.

② 周其仁：《市场里的企业：一个人力资本与非人力资本的特别合约》，《经济研究》1996年第6期。

③ 张璟龙、刘李红：《共同富裕视阈下协调配套的分配制度体系——思想渊源、演进历程与实践进路》，《经济学家》2023年第2期。

④ 张广科、王景圣：《初次分配中的劳动报酬占比：演变、困境与突破》，《中州学刊》2021年第3期。

## （一）职工董事的角色再定位

### 1. 不应强化职工董事的监督者角色

本轮公司法修订后，上市公司将更多采用审计委员会模式，职工董事很可能成为上市公司职工参与的主要形式，在二审稿草案分组审议中，有委员建议，把修订草案二审稿的第 68 条和第 69 条结合起来，明确董事会的审计委员会应当有职工代表，发挥职工监事的功能。刘俊海教授也主张，当公司不设监事会无职工监事时，董事会审计委员会应将职工监事自动转型为审计委员会委员。<sup>①</sup>可见，这些观点仍然是将职工董事定位为对现行公司法下职工监事的替代，主要发挥监督功能，忽视了职工董事与职工监事的差异，也未认识到长期以来职工董监事制度在监督效果方面的不足。笔者认为，应该按照二审稿的逻辑，由公司自主选择是否将职工董事纳入审计委员会。

第一，既有职工监事制度的实践表明，职工监事无法有效发挥上市公司日益复杂的监督职能。<sup>②</sup>中国监事会的主要职能是财务和业务监督，但现行公司法和公司法修订草案未赋予职工监事特别职权，作为少数派的职工监事难以有效监督控股股东和公司管理层的财务和业务合规性。而且，监事会的监督具有滞后性，职工监事较少有机会了解和参与公司经营决策，在公司董事会或经理已经作出决策的情况下，难以在事后采取补救措施。此外，职工监事缺乏财务方面的信息和专业能力，越来越难以胜任复杂的财务和业务监督工作，导致一些上市公司的职工监事由此承担了公司虚假陈述的行政责任。事实上，正因职工监事等监事会成员对控股股东的监督作用有限，证监会才引入独立董事弥补监事会独立性的不足。同样，审计委员会也主要发挥监督作用，若强制要求职工董事参与审计委员会，职工董事也将面临和职工监事类似的监督困境。

第二，职工董事不参与审计委员会也不会削弱公司的监督体系。二审稿规定审计委员会的人员中必须有过半数为独立董事，而上市公司通过会计专业的独立董事等制度设计保障了监督的独立性与专业性。而且，职工董事不同于职工监事，属于董事会决策成员，能够在董事会审议财务报告和做出重大经营决策时发挥监督作用，也能够与独立董事等审计委员会成员展开沟通与协作，无需专门参与审计委员会。

第三，职工董事无法通过参与审计委员会有效保障职工利益。中国 1993 年公司法首次引入职工监事制度，并在 2005 年公司法中明确了三分之一的比例，除了充分发挥职工在监督公司运营中的作用外，还旨在切实维护公司职工的合法权益，但是，因现行公司法和二审稿都仅在财务和业务监督方面赋予监事会职权，未赋予职工监事和职工董事保护职工利益的专门职权，作为少数派的职工监事和职工董事难以通过监事会或审计委员会有效纠正公司的劳动合规问题。审计委员会同样以监督为核心功能，虽然可以间接或附带发挥保护职工作用，但其效果并不明显，反而会分散职工董事的有限精力，引致职工董事在虚假陈述等方面的行政与民事责任风险，削弱普通职工参选职工董事的积极性。

因此，本轮公司法修订后，职工董事仅作为董事会成员负责一般监督，不需要作为专门的审计委员会成员加重其监督职责，这有利于职工董事集中处理其更擅长的人力资本相关议题。

### 2. 职工董事保护职工权益和参与人力资本管理的角色定位

职工董事不参与审计委员会并不意味着职工董事被边缘化而成为摆设，在公司法修订后，为了充分发挥职工董事在提升 ESG 治理能力方面的制度优势，其主要职能应定位为表达与维护职工利益，敦促董事会构建劳动合规监控体系，促进公司人力资本管理与披露。相较于财务监督等专业事项，职工董事有能力和动力积极维护职工利益，识别和审核公司的人力资本风险，积极参与公司 ESG 报告的制定与审核。在职工董事的制度定位上，有学者提出“一仆二主”的困境，认为职工董事可能导致股东利益与职工利益的冲突。但是，这是机械和短期主义的观点，从公司可持续发展和长期利益的角度，职工董事的参与

<sup>①</sup> 刘俊海：《职工参与公司治理的体系化设计：立法宗旨、制度重构与股权纽带的三重视角》，《北方法学》2023 年第 4 期。

<sup>②</sup> 黄来纪等主编：《完善中德职工董事、职工监事法律制度研究》，北京：中国民主法制出版社，2015 年，第 27 页。

不仅能够维护职工利益，也有利于股东价值的创造。职工董事通过人力资本的有效管理，能够提升公司人力资本的价值，提高劳动生产率，减少劳资纠纷和声誉损失。在 ESG 视角下，公司的目的不是股东利益最大化，也不是职工利益最大化，而是公司长期利益最大化，由此促进公司的可持续发展。从长期视角而言，公司利益既包括股东利益，也包括职工利益，中国公司法修订草案三审稿第 20 条也已明确公司应当充分考虑职工利益。由此也表明，立法者已经承认职工利益是公司利益的重要组成部分，应有真正独立的职工代表参与公司决策，职工董事有权根据自身的独立判断汇集职工信息和意见，代表职工做出合理决策维护职工利益。与其他股东提名的董事一样，职工董事能够根据公司现实情况和自身的信息，独立做出最大化公司利益的决策。无论是股东选派的董事还是职工选派的董事，都应对公司承担信义义务，不得将个人利益置于公司利益之上。因此，将职工董事定位为职工利益保护和人力资源管理者角色不仅契合公司法的内在体系，也能够发挥职工董事的独特优势。

## （二）职工董事发挥职工利益保护与人力资本管理作用的可行路径

现行公司法和本轮公司法修订虽然肯定了职工利益保护的必要性，但仍然未规定具体的实施机制，结合 ESG 治理理论以及中国上市公司应对 ESG 挑战的实践，作为少数派的职工董事要积极有效发挥职工利益保护和人力资本管理的作用，仍然需要改进职工董事的职权配置，赋予其和制度定位相匹配的特别职权。对此，中国上市公司独立董事制度的相关规范可资借鉴，独立董事虽然在董事会中占据少数席位，且通常由控股股东提名，但证监会仍然通过相关特别职权设计增强了独立董事代表和维护中小投资者利益的能力。例如，独立董事在董事会各专门委员会中发挥重要作用，并担任召集人。同样，职工董事应该在维护公司整体利益的前提下，通过特别职权参与职工利益保护和人力资本管理。

### 1. 职工董事参与 ESG 委员会等专门委员会的职权配置

为了有效应对 ESG 投资和监管，越来越多的上市公司设置了专门的 ESG 委员会，负责环境、社会和治理议题的设定与 ESG 信息披露重大性指标的选择，如前所述，职工董事参与 ESG 委员会能够提升董事会处理社会议题的能力。也有一些上市公司将传统的薪酬委员会扩大为人力资本与薪酬委员会，而职工董事参与人力资本与薪酬委员会能够为相关专业委员会评估与设定人力资本相关议题提供有益的信息，及时与职工沟通，了解公司在劳动合规和员工福利方面存在的问题，增强员工持股计划的合理性。中国很多上市公司为了规避股权激励的严格条件，大多采用在价格和行权条件上更为宽松的员工持股计划，公司用高价回购的股权以低价甚至零对价的方式实施员工持股计划，但高管大多是员工持股计划的主要对象，对于员工持股计划的行权未设条件或条件很低，普惠性不足，变相成为高管福利，既损害了中小投资者的利益，也未能提升普通员工的福利。实践中，员工持股计划通常为 1 到 3 年，且多通过资产管理机构的配资加杠杆，容易受到短期股价波动的影响，员工持股计划因股价下跌被强制平仓，造成员工损失。人力资本与薪酬委员会的设置能够减少不合理的员工持股计划，应该结合上市公司 ESG 治理的实践，积极鼓励设置职工董事的上市公司改革薪酬委员会的职能，将人力资本管理作为其重要任务。因此，相较于审计委员会，职工董事应该参与 ESG 委员会或人力资本与薪酬委员会，才能聚焦职工利益保护和人力资本管理的目标。在具体制度设计上，证监会可以修订上市公司治理准则，要求上市公司披露职工董事的具体职能，明确职工董事应参与 ESG 委员会或者人力资本与薪酬委员会，定期披露职工董事的履职情况。这样的制度设计能够增强上市公司在员工利益保护及人力资本风险管理方面的可信度，提升上市公司的 ESG 绩效。

### 2. 职工董事提升 ESG 信息披露质量方面的职权配置

越来越多的上市公司披露 ESG 报告，其中涵盖了职工相关信息，但是虚假陈述的风险也逐渐增加，导致投资者对 ESG 信息质量的担忧。欧盟《可持续发展报告指令》首次要求上市公司对可持续相关信息做出外部验证，但考虑到外部验证的复杂性与困难性，也设置了相应的过渡期。中国上市公司社会责任报告和 ESG 报告仍然缺乏强制性的披露框架，职工信息披露的内容和质量参差不齐，很多公司主要以图

文方式介绍了公司职工的活动，未细致披露重大的人力资本管理信息。在 ESG 信息披露的探索阶段，中国应该发挥职工董事在 ESG 信息披露方面的作用。在具体制度设计上，证监会可以要求职工董事对 ESG 报告或社会责任报告中员工相关议题的选择及重大性标准作出说明，对职工相关的信息进行独立审核并发表意见，职工董事认为有必要的，可以聘请人力资源管理方面的专业人士，相关费用由公司承担。职工董事发现公司劳动合规体系缺失或者 ESG 报告存在虚假陈述，不能做出保证的，可以通过交易所或企业公示系统提出异议，并说明理由。在此基础上，若公司披露的职工相关信息存在虚假陈述，监管机构可以要求职工董事承担与其职权和能力相适应的责任，避免陷入财务信息虚假陈述中权责不统一的困境，以此提升 ESG 信息披露的质量。

### 3. 职工董事履行劳动合规监控义务的职权配置

为了应对公司劳动合规体系缺失，严重加班及过度获取个人信息等侵害职工利益的行为，对于职工人数 300 人以上的公司，应要求董事会对公司的劳动合规政策、程序及执行情况做出专门报告，并且要求职工董事就公司发生的劳动侵权、安全事故等发表意见。对于公司执行董事及经理层明显违反劳动法及社会保障法的行为，职工董事应当制止，并且有权通过信息披露方式对外发表异议，以此强化公司董事会的劳动合规监控义务。<sup>①</sup>类似于独立董事，职工董事也应该单独披露年度履职报告，内容包括与职工交流以及与公司管理层沟通的形式、程序及频率，公司对员工意见的反馈及采纳情况等，从而减少公司管理层违反劳动法的可能性。

## 四、中国上市公司职工董事有效履职的保障规则设计

职工董事发挥 ESG 作用不仅需要清晰的制度定位、合理的职权配置，更需要为职工董事的有效履职提供制度保障与激励，增强职工董事的履职积极性。但是，中国职工参与公司治理的规则设计较为笼统，未对职工董事的资格、独立性等作出具体规定。本轮公司法修订未规定职工董事的比例，相较于职工监事，董事会中职工董事的力量有所下降，更应该充分保障职工董事的履职能力，避免控股股东或管理层的不当干预。

### （一）现行法下职工董监事履职保障规范的缺失

中国职工董监事在维护职工利益方面存在较多履职障碍，很大程度上源于企业工会的内在缺陷，造成职工董监事的独立性不足。中国职工董监事通常由企业工会的主席、副主席担任，工会委员会同时是职工代表大会的日常执行机构。<sup>②</sup>改革开放以来，中国维持了全国总工会、地方各级总工会以及基层工会（企业工会）的结构，职工代表大会和职工董监事主要依赖企业工会运作。但是，企业工会在资金、劳动关系等方面高度依赖于企业主，担任职工董监事的工会领导通常兼任公司办公室主任或中层经理职务，无法独立代表基层职工的利益。在劳资群体性事件中，由于企业工会无法表达职工利益，职工群体的各种利益诉求只能通过非常规的体制外手段激烈表达，最终不得不依靠政府及上级地方工会的斡旋解决劳资矛盾，出现“上代下”的现象。<sup>③</sup>在工资集体协商中，企业工会的谈判地位和信息能力也处于弱势地位，在提高职工报酬方面的作用有限。由此可见，中国目前的企业工会不仅无法充分代表职工利益，而且也导致职工代表大会、职工董监事制度的功能不能充分发挥。虽然全国总工会的相关指导意见在一些方面填补了职工董监事制度的规则空白，但其法律层级较低，缺乏责任追究机制。实践中，很多公司甚至选任高管作为职工董事，而一些上市公司的控股股东则将职工董事作为反收购措施保护自身的控制权。<sup>④</sup>中国职工参与制度可能参考了德国职工监事的立法，但两者在保护职工利益方面的作用差别较大：首先，

① 陈景善：《董事合规义务体系——以董事会监督机制为路径依赖》，《中国法律评论》2022年第3期。

② 谢玉华：《中国劳动关系的治理变革——产业民主与职工参与》，北京：中国工人出版社，2016年，第93页。

③ 闻效仪：《“上代下”：工会改革逻辑与多样化类型》，《社会学评论》2020年第5期。

④ 萧伟：《被边缘的民主——中国A股上市公司职工董监事调查》，《董事会》2011年第9期。

德国双层制监事会不同于中国平行治理下的监事会，德国公司法赋予监事会选任、解聘董事，批准公司重大决策，决定董事薪酬等重要权力。其次，德国《1976年共决法》第33条要求职工人数2000名以上的公司必须聘任1名劳工经理（人事董事），负责劳动安全、培训等人事相关的事务，由此保障了职工在经营管理阶段的利益。再次，德国的职工监事有产业工会及企业委员会的强力支持，而德国产业工会强势的谈判地位和专业能力强化了职工监事的话语权。因此，本轮公司法修订后，证监会应该制定具体的规则，加强上市公司职工董事的独立性，为职工董事设置相应的保护机制。

## （二）职工董事履职保障规则的完善

### 1. 职工董事任职资格与人选规则

首先，应该明确职工董事的任职资格，上市公司的控股股东、高管及其关联方不得担任职工董事，上市公司应该披露职工代表大会选任职工董事的规则、程序。其次，在职工代表董事人选方面，中国应该改变仅由企业内部职工担任职工董事的单一模式。中国企业工会的独立性较弱，企业工会领导担任的职工董监事受到公司控股股东或管理层的制约，无法独立代表职工利益。事实上，职工代表董事旨在维护职工利益，不需要全部都是本公司职工。因三审稿未规定职工董事的比例，建议证监会和全国总工会制定具体规定，要求职工人数较多的上市公司设置1—2名职工董事，在设置1—2名职工代表董事的制度框架下，除了职工代表大会选任的具有本公司职工身份的职工董事外，应授权地方工会可以委派1名职工代表董事，或者由地方工会向职工代表大会推荐1名候选人，由职工代表大会选举产生。但这是地方工会的权利，其可以根据企业规模及企业劳动者保护水平决定是否选派。地方工会委派的代表董事可以是地方工会的专职人员，也可以是地方工会委托的律师、会计师、人力资源专家等专业人员，由此可以增强职工董事的专业履职能力。由地方工会选派职工代表董事存在如下理由：第一，中国集体劳动纠纷解决的实践经验表明，省、市、县级的地方工会在独立性、专业性、经费及维护区域劳动关系和谐方面的能力明显优于企业工会，赋予其职工董事的选派权能够大幅提高职工董事的独立地位，避免少数职工董事沦为“花瓶”。第二，欧陆国家的经验表明，除了职工选任本企业职工代表外，产业工会等独立于企业主的工会也应有选派一定比例职工代表的权利。例如，德国法规定，根据监事会规模的不同，工会有权选派2—3名代表担任监事。第三，中国地方工会在指导和推进集体协商等方面存在信息不对称等问题，难以了解公司的经营财务状况，通过行使职工董事的委派权，可以推动企业善意地开展集体协商，也可以有效监督企业工会的履职情况，而地方工会是否委派职工董事也将为外部利益相关者评估公司职工保护状况提供信号。第四，地方工会或其选派的人员在员工权益保障及人力资源方面具有相应的专业知识和经验，能够协助公司提升ESG绩效。

### 2. 职工董事履职保护与激励规则

在职工董事履职保障方面，应该总结全国总工会相关规范性文件的经验，改变其法律层级低且缺乏责任追究机制的问题。由证监会和全国总工会共同制定规则，能够增加上市公司职工董事职责保障的实效，公司法修订中应规定相应的授权条款，完善职工董事的履职保障规则。首先，为了保障职工董事免受因履行职务而被公司压制的风险，应该规定公司解除职工董事及曾担任职工董事员工的劳动合同，应该通过劳动诉讼解除，且需要具备重大事由。其次，公司应该为职工董事履职提供必要的条件，尤其是保障职工董事获取及分享信息的权利，包括对公司工厂进行实地考察，与员工交流，通过问卷调查、座谈会等多种形式，职工董事有权要求公司总经理、主管公司人力资源的部门经理提供公司职工利益相关的信息。这些人员有义务积极配合，不得拒绝，阻碍或隐瞒。再次，为了激励职工积极担任公司职工董事并履行职责，应该参照独立董事的津贴制度，给予职工董事适当的津贴。津贴的标准应当由董事会制定预案，股东大会审议通过，并在公司年报、社会责任报告等文件中予以披露。总之，应该改变仅由全国总工会发布职工参与机制规范性文件的现状，由证监会和全国总工会相互协调配合，共同制定上市公司职工董事的实施细则，对职工董事的人选、资格、履职保障等方面作出具体规定，各证券交易所也应当根据自身的自

律监管职能，制定职工董事信息披露的规则，协同提升职工董事的履职能力。

## 五、结 语

本轮公司法的修改将对互相关联的制度产生体系性效应，公司监督模式的调整引发了对职工董事角色定位的争议。人力资本已经成为 ESG 评级体系中社会议题的核心指标，基于 ESG 理论、实践与立法的发展与现实需要，公司法立法者和证券监管机构应该重新认识职工董事制度在职工利益保护与人力资本管理方面的积极作用，为职工董事参与 ESG 治理及 ESG 信息披露配置相应的职权，完善职工董事的履职保障规则。本文为职工董事制度定位的厘清提供了一个全新的视角，比较了职工董事在监督职能与职工保护职能之间的优劣势，能够有效回应股东中心主义的否定论和本轮公司法修订中对职工董事被边缘化的质疑。因本轮公司法的修订尚未完成，职工参与的形式尚未定论，ESG 理论与实践也处于探索与发展阶段，因此，职工董事在上市公司 ESG 治理中的功能、职权等问题也有待 ESG 实践的展开与 ESG 立法的完善。

### **The Institutional Positioning and Functional Restructuring of Employee Directors in Listed Companies from an ESG Perspective**

LIU Dong-hui

(School of Civil, Commercial and Economic Law, China University of Political Science and Law, Beijing, 100088)

**Abstract:** The current round of company law revision has adjusted the company supervision mode, and employee directors will become the main way of employee participation in listed companies, which has triggered the controversy over the positioning of the employee director system. The practice and legislation of ESG investment, rating and information disclosure show that the protection of employees' rights and interests and the management of human capital have become the key issues of ESG governance, and listed companies have carried out a useful exploration on the handling of risks and opportunities of human capital. The listed companies have made useful explorations in dealing with human capital risks and opportunities, but they also face the dilemma of insufficient professionalism and information. Based on their employee status and information advantages, employee directors can realize the unique institutional value of employee interest protection and human capital management. Employee directors should not be forced to participate in audit committees because of their professional and competence deficiencies in financial and operational supervision. The main institutional functions of employee directors are the protection of employee interests and human capital management. Regulators should allocate special powers for employee directors to participate in ESG committees or human capital and compensation committees, evaluate and review human capital-related information disclosure, and build labor compliance systems. To give full play to the function of employee directors in ESG governance, the SEC and the National Federation of Trade Unions need to work together to formulate a system of rules to ensure that employee directors are independent and diligent in performing their duties to enhance the ability of employee directors to perform their duties.

**Keywords:** ESG, Listed Companies, Employee Directors, Human Capital Management, ESG Committee

[ 责任编辑：陈慧妮 ]