

# 董事职责及 ESG 之法律发展

## 香港公司董事须知

2022 年 11 月



# 内容

前言	3
第 1 部分 - 概要	4
香港法律下的董事职责及 ESG 政策	
第 2 部分 - 详细分析	6
香港法律下董事在 ESG 相关事宜方面的责任	
A 节：简介	6
B 节：香港法律中关于董事责任的一般法律	6
C 节：香港的 ESG 监管环境	8
D 节：香港法律和法规规定的董事职责和 ESG 考虑因素	9
E 节：其他司法管辖区法律规定的董事职责和 ESG 必须考虑的因素	11
结论	13



## 前言

董事的职责经过了多年的发展及不断演化。传统上，根据香港法律对董事职责的规定，董事只对股东整体负有责任。根据全球发展和新兴趋势，考虑到利益相关者的利益，股东的短期盈利能力视角正在让位于长期或可持续的盈利能力视角。与此同时，除有限的例外情况外，某个公司对于董事履行职责的规定已经让位于《公司条例》下的更加广泛的法定权利。董事及治理专业人士应了解香港在此方面的发展。本文重点介绍董事职责领域的发展，并纳入了环境、社会和治理（ESG）发展方面的考虑，以实现可持续业务运营。

公会在此谨向 Ben McQuhae 先生及其团队对本文的贡献表示衷心感谢。同时也感谢公会前任会长马琳女士 FCG HKFCG（PE）、公会前会长和专业知识咨询小组主席陈姚慧儿女士 FCG HKFCG 以及公会副总裁高朗先生 FCG HKFCG（PE）对本文的建议及贡献。公会作为治理最佳实践的思想引领者将不时提供实务分享，以协助企业满足适用的法律和监管要求，促进“卓越治理，更佳未来”。

**李俊豪 FCG HKFCG(PE)**

香港公司治理公会会长



# 第 1 部分 – 概要

## 香港法律下的董事职责及 ESG 政策

本文将就董事职责和 ESG 方面的发展提供参考意见，但需要注意的是，不同的情况需要有不同的法律意见。总体而言：

1. 根据香港法例，香港公司的董事在履行职责时须考虑 ESG 风险及机遇（简称 ESG 考虑因素）。
2. 董事的职责经过多年的演变。它们包括具指导性的相对容易理解的法律原则 – 但必须在具体事实情景下加以考虑以确定在某特定情况下是否适当地履行了义务。香港董事负有诚信义务（例如绝对的诚信、适当的目的、避免利益冲突和具独立判断）和法定责任，以行使合理的谨慎、技能和勤勉职责。即使在缺乏明确的司法授权或法定条文（即专门要求董事在履行职责时考虑 ESG 因素）的情况下，也并不意味着 ESG 与董事适当履行其职责无关。
3. ESG 现已融入香港的政策目标和监管环境。受规管实体的董事必须遵守香港联合交易所有限公司（**联交所**）、证券及期货事务监察委员会（**证监会**）和香港金融管理局（**金管局**）的 ESG 规则和规定（如适用）。这些新规则和要求大多明确将 ESG 责任分配给董事，例如《香港联合交易所有限公司证券上市规则》（**联交所《上市规则》**），该规则现在要求所有上市公司将 ESG 纳入其治理架构。重要的是，董事全面负责 ESG 战略和报告。
4. 虽然香港的 ESG 法律和监管环境仍在发展和演变，但我们确定了 ESG 与董事职责相交的三个主要方面：
  - 所有董事在履行其诚信义务时，必须适当考虑 ESG 因素行使合理谨慎、技能和勤勉的责任和义务。董事职责范围中有关 ESG 考虑的责任可以从现有的法律原则中推断出来。
  - 上市和受监管实体的董事必须遵守并促使公司符合香港监管机构实施的 ESG 法规。香港案例法律支持以下论点，即违反《上市规则》可构成违反董事行使合理谨慎、技能及勤勉的责任。
  - 根据香港法律，董事也可能须遵守涉及 ESG 某些要素的 ESG 义务，例如，相关法例中关于环境保护相关的披露要求。违反法律可构成对董事责任的违反。
5. ESG 已成为香港公司及其董事的重要议题。尽管如此，目前并无先例可告知董事在适当履行 ESG 方面的职责的确切标准。我们提供以下意见旨在说明 ESG 考虑因素如何与董事职责相结合<sup>1,2</sup>：
  - 董事在任何时候都有义务以公司整体的最佳利益行事，并在履行其职能时保持合理的谨慎、

1 这并不是一份与 ESG 相关的董事义务的详尽清单，而是一份实用指南，帮助公司及其董事会确定其职责与 ESG 的结合点。  
2 本摘要并不包括金管局或证监会公布的与 ESG 相关的法规。受这些法规约束的香港公司的董事在履行其职责时，也必须牢记这些规定。

技能和勤勉。就涉及并影响到公司利益的 ESG 事宜，董事在履行其对公司的职责时必须适当考虑这些问题。与公司利益相关并影响公司利益的 ESG 问题至少是指对公司的财务业绩构成风险和 / 或为公司带来商机的 ESG 问题。

- 为履行合理谨慎、技能及勤勉的责任，以及持续获得及保持对公司业务的充分了解的责任，董事必须随时充分了解情况。他们至少需要通过内部或外部来源获得有关影响或可能影响公司的 ESG 的考虑因素，此类因素对公司的可能后果，以及公司目前如何监控和管理此类考虑因素的信息。
- 为履行就 ESG 考虑因素而作出独立判断的责任，董事必须确保对一般环境、社会及治理事宜有充分了解。这些信息将使使他们能够真诚地确定任何特定的 ESG 考虑因素是否影响公司的利益，并使使他们能够适当考虑、评估和监督 ESG 相关因素。此外，为行使独立判断，董事必须严格评估所收到的任何管理层和董事委员会报告和 / 或独立专家意见，以及相关 ESG 考虑因素的业务影响。
- 《上市规则》要求上市公司的董事对公司的 ESG 报告负责。董事必须确保公司披露的 ESG 陈述是适当的、真实的、准确的和没有误导性的，并避免任何错误陈述、重大遗漏和漂绿行为。董事应注意到全球范围内针对漂绿行为的监管行动激增（我们还没有发现香港有这种情况），以及监管机构对 ESG 披露进行监督的趋势日益明显，并相应管理漂绿和 ESG 诉讼风险。
- 《公司条例》附表 5 要求所有董事在年度董事报告的业务回顾部分概述公司的业务运营状况，“在了解公司业务的发展、业绩或状况所需范围内：
  - 对公司环境政策和业绩进行讨论
  - 讨论公司遵守对其有重大影响的相关法律和法规的情况；以及

- 说明公司与雇员、客户、供应商和其他对公司有重大影响的人的关键关系，以及公司的成功所依赖的关系”<sup>3</sup>。

- 董事必须确保公司的财务报表和所附的董事报告适当地反映相关和重大的 ESG 考虑因素，以便按照《公司条例》第 380 条的规定，对公司的财务状况、业绩和前景提供“真实和公平”的看法。
6. 董事应注意，随着 ESG 政策和监管环境的发展，ESG 相关义务的范围和广度肯定会扩大，包括香港采用国际可持续发展准则委员会（ISSB）（以 TCFD<sup>4</sup> 框架为基础）制定的可持续发展报告准则。
  7. 就董事职责而言，执行董事和非执行董事（包括独立非执行董事）并无区别。为履行其独立判断的职责，非执行董事应积极主动地参与并了解执行董事如何识别、评估、优先考虑、监测和管理 ESG 方面的考虑，然后再对是否赞同执行董事的决定作出自己的合理评估。
  8. 在行使合理的谨慎、技能和勤勉的职责时，预期的谨慎标准是一种客观 / 主观的双重标准。主观因素是指，因其在 ESG 事务方面的特殊知识、技能或经验而被任命的董事须遵守与其资格相称的更高的谨慎标准。客观因素要求评估一个理性的董事在特定情况下会做什么。由于环境、社会和治理方面的情况不断变化，在评估环境、社会和治理方面的考虑时，董事应注意对合理董事的合理期望的变化。如果公司将 ESG 的责任和 / 或意味着这种责任的头衔分配给现有的董事，而该董事又没有足够的知识和途径进行能力建设和获得外部建议，则显然存在风险。
  9. 董事必须管理 ESG 方面的考虑因素，并通过一个强大的 ESG 治理架构和内部报告框架充分履行他们的职责。董事们有一定的自由裁量权来做出商业决策（例如，决定任何特定的 ESG 考量是否重要）。然而，他们必须证明他们是基于可靠的假设和坚实的决策过程做出决定，并且已经达到了恰当的勤勉程度，且真诚地追求公司的利益。

3 自2015年起，这一披露要求也被纳入《上市规则》，成为附录16第28(2)(d)段和附录27第12段中对所有在联交所上市的公司强制性披露要求。

4 G20金融稳定委员会气候相关财务信息披露工作组。



## 第 2 部分 - 详细分析

### 香港法律下董事在 ESG 相关事宜方面的责任

#### A 节：简介

1. 本分析探讨了于香港注册的公司的董事在履行香港法律规定的职责时，在多大程度上需要考虑 ESG 方面的风险和机会（下文称为 **ESG 考虑因素**）<sup>5</sup>。本分析涵盖了董事在 ESG 方面的一般义务以及上市公司<sup>6</sup> 董事的进一步义务。在本分析中，董事一词是指在香港注册的有偿付能力的公司的董事。

2. B 节概述了香港法律中关于董事职责的一般法律。

C 节讨论了香港的 ESG 监管情况。

D 节考虑了香港法律和法规规定的董事职责和 ESG 必须考虑的因素。

E 节调查了其他司法管辖区法律规定的董事职责和 ESG 必须考虑的因素，这可能展示法律在这一议题上的发展方向以及其在香港可预见的未来的法律地位。

#### B 节：香港法律中关于董事责任的一般法律

3. 本节概述了香港法律规定的董事的某些主要职责<sup>7</sup>。

4. 根据香港的一般法律，董事所承担的责任可分为三大类。

(1) 诚信义务。

(2) 以合理的谨慎、技能和勤勉行事的义务；以及

(3) 披露义务。

5. 作为其诚信义务的一部分，<sup>8</sup> 董事对公司负有以下责任：

(1) 有义务以最大的诚意行事。他们必须为公司的整体利益和最佳利益而行使其权力；<sup>9</sup>

(2) 有义务只为适当目的，并且在考虑了相关事项后作出决定；<sup>10</sup>

5 请参阅“关于气候变化风险和考虑因素背景下香港法律规定的董事责任和披露义务的法律意见”，该意见对气候变化作为 ESG 问题提供了有用的参考。

6 在本分析中，上市公司一词是指在香港联交所上市的香港公司。

7 B 节中考虑的董事职责是我们认为是最相关的职责，也是在没有确认性先例或监管指导的情况下最有可能触及 ESG 考虑的职责。B 节并不打算详尽地说明董事的所有职责。

8 众多董事的职责都属于诚信义务的范围。在本分析的第 5 段中，我们采用了我们认为是最常用的诚信义务的标题。

9 Re Smith and Fawcett Ltd [1942] Ch 304 per Lord Greene MR at 306; Re Tysan Holdings Ltd [2013] 4 HKC 425 per Mimmie Chan J at para 38.

10 Passport Special Opportunities Master Fund LP & Another v eSun Holdings Ltd & Others [2011] 4 HKC 62.

- (3) 有义务避免董事的利益可能与公司的利益发生冲突的情况。他们不得通过其董事职位获得任何未披露的利润；<sup>11</sup> 以及
- (4) 除非有适当的授权，否则不得转授权力，<sup>12</sup> 以及行使独立判断的首要责任（包括不只是依赖其他董事的判断，而是独立行事的责任）<sup>13</sup> 并适当监督被转授人行使权力<sup>14</sup>。监督义务的程度以及是否履行了监督义务，取决于每个案件的事实情况。<sup>15</sup> 因此，必须注意的是，董事必须持续获得并保持对公司业务的充分认识和了解，以适当履行其职责。
6. 根据《公司条例》（香港法例第 622 章）（《**公司条例**》）第 465 条，董事也有义务以合理的谨慎、技能和勤勉行事，该条编纂并取代了以前的普通法立场：
- (1) 预期董事的谨慎标准是一个客观 / 主观的双重标准。第 465(2) 条明确规定，合理的谨慎、技能和勤勉是指 " 任何合理水平的谨慎、技能及勤勉，并具备以下条件的人在行事时会有的谨慎、技能及勤勉：(a) 可合理预期任何人在执行有关董事就有关公司所执行的职能时会具备的一般知识、技能以及经验；及 (b) 该董事本身具备的一般知识、技能以及经验。"，以及
- (2) 在考虑董事是否违反了其谨慎、技能和勤勉的义务时，普通法的因果关系、可预见性和疏远性规则通常适用。<sup>16</sup> 相比之下，在考虑是否存在违反诚信义务的情况时，则不会出现可预见性和疏远性问题。
7. 在联交所上市的公司的董事，与所有在香港的一般法律下的董事所承担的诚信义务以及谨慎、技能和勤勉的责任相同。<sup>17</sup> 《上市规则》还要求上市公司的董事，除其他事项外，应：
- (1) 确保遵守《上市规则》（包括《上市规则》中所有与 ESG 相关的披露义务）；<sup>18</sup> 以及
- (2) 积极关注发行人的事务，并对发行人业务有全面理解，在发现任何欠妥事宜时亦必须跟进。<sup>19</sup>
8. 根据香港法律，董事也可能需要履行披露义务。就公司的 ESG 事项而言，《公司条例》附表 5 规定，所有董事必须在概述公司业务经营状况的年度董事报告的业务回顾部分<sup>20</sup> 中披露，" 在对了解公司业务的发展、表现或状况属于必须的范围内：
- 对公司的环境政策及表现进行讨论
  - 讨论公司遵守对其有重大影响的相关法律和法规的情况；以及
  - 说明公司与其雇员、顾客及供应商的重要关系，以及说明与符合以下要求的其他人士间的重要关系：该人士对该公司有重大影响，而该公司的兴盛系于该人士"<sup>21</sup>。
9. 法院在判定董事是否违反董事的诚信义务或与商业决策有关的谨慎、技能和勤勉责任方面迎来明显的挑战，因此香港法院在判定时将商业判断规则纳入考量<sup>22</sup>。根据商业判断规则，只要董事们出于真诚的行使权力，而不是不相关目的，香港法院对于

11 North-West Transportation Co Ltd v James Hughes Beatty (1887) 12 App Cas 589 at 594; Chung Pui Tak v Tam Chi Leung Nolan [2021] HKCFI 242 per DHCJ Leung at paras 106-107.

12 Re Leeds Banking Co, Howard' s Case (1866) LR 1 Ch App 561; Miu Hon Kit & Others v The Stock Exchange of Hong Kong Limited [2020] HKCFI 675 per Chow J at paras 69-77.

13 Securities and Futures Commission v Wong Yuen Yee [2019] HKCU 3787.

14 Re City Equitable Fire Insurance Co Ltd [1925] Ch 407 (CA, Eng); Miu Hon Kit, supra n.12.

15 Re Copyright Ltd [2004] 2 HKLRD 113 per Kwan J at para 34; Miu Hon Kit, supra n.12.

16 Libertarian Investments Ltd v Hall (2013) 16 HKCFAR 681 per Ribeiro PJ at paras 73-83.

17 《主板上市规则》3.08条。

18 《主板上市规则》3.16条。

19 Ibid.

20 《公司条例》第388和389条。

21 自2015年起，这一披露要求也被纳入《上市规则》，成为附录16第28(2)(d)段和附录27第12段中对所有在联交所上市的公司的强制性披露要求。

22 也被称为司法不干涉原则或司法不干涉善管理决定的原则。

干预董事的商业判断和决定持保守谨慎态度<sup>23</sup>。虽然商业判断规则为董事在如何运用其判断力方面提供了一定的灵活空间，但董事应当采取措施以事先了解与公司业务有关的信息<sup>24</sup>。如果可以证明，任何合乎常理的董事都不可能合理地得出结论认为董事采取的行动方案符合公司的利益，则法院在判定时也不太可能适用商业判断规则<sup>25</sup>。我们认为，虽然在董事作出知情判断的情况下可以依赖商业判断规则，但在董事作出未知情的决定或未考虑相关问题的情下则不太可能适用该规则。

## C 节：香港的 ESG 监管环境

10. 与其他司法管辖区一样，香港的 ESG 监管环境也在迅速变化中。

11. 在香港，联交所、证监会和金管局这三个监管机构分别对其监管范围内的实体制定了 ESG 法规 -- 联交所负责上市公司，证监会负责基金经理，金管局负责授权机构。

(1) 2020 年，联交所对《上市规则》下的 ESG 披露制度进行了修订。<sup>26</sup> 现行的 ESG 披露制度载于《主板上市规则》附录 27，其要求董事表明董事对公司的 ESG 战略和报告负有整体责任。目前，《上市规则》规定了与公司 ESG 治理结构和报告有关的强制性披露要求，以及关于某些特定 ESG 问题的“遵守或解释”的披露条款。2022 年，联交所对《上市规则》下的《企业管治守则》进行了修订（《主板上市规则》附录 14）。目前，ESG 和公司治理之间有了明确的联系，即要求董事在对上市公司的风险管理和内部控制制度进行年度审查时，要考虑其 ESG 治理结构的有效性。

(2) 2022 年 8 月 20 日，《基金经理操守准则》（FMCC）关于基金经理管理和披露气候相关风险的修订开始生效。证监会在 2021 年 8 月的通告中提出了这些修正案，规定了基金经理

将气候相关风险纳入基金经理的治理、投资和风险管理程序以及对这些政策和程序进行适当披露的预期标准（**证监会通告**）。<sup>27</sup> 在证监会通告规定的要求中，基金经理的董事会或董事会委员会应监督将气候相关因素纳入基金经理的投资和风险管理程序以及解决气候相关问题的目标进展。证监会已公开表示（包括在 2020 年 10 月发布的咨询文件中<sup>28</sup>），气候相关风险只是证监会与基金经理有关的 ESG 战略的初步重点，其范围将扩大到 ESG 风险。证监会还出台了相关规定，要求基金经理对 ESG 基金承担披露义务<sup>29</sup>。

(3) 2021 年 12 月，金管局在其《监管政策手册》中引入了一个关于气候风险管理的新模块，为授权机构将气候因素纳入其治理、战略、风险管理和披露政策及程序提供了高层指导。<sup>30</sup> 董事会的监督也是所提供指导的一个主要特点。同月，金管局向授权机构发出通告，分享一些支持向碳中和过渡的良好做法。<sup>31</sup> 2022 年 6 月，金管局宣布了将气候风险纳入其银行监管程序的两年计划。<sup>32</sup>

12. 从联交所目前在《上市规则》下的 ESG 披露制度中可以得出一些重要推论：

(1) 将公司的 ESG 战略和报告的责任强加给董事会，董事在履行这一责任时不能不对 ESG 方面的考虑给予具体和彻底的考虑，这些考虑应涵盖“遵守或解释”披露条款中规定的每个 ESG 问题。

(2) 现行 ESG 披露制度下的具体披露要求，有效地要求上市公司的董事制定和实施适当的 ESG 战略，以管理重大的 ESG 方面的考虑。

(3) 披露上市公司评估“重要性”的方法的强制性要求，有效地要求上市公司董事会制定政策和程序，使他们能够识别、评估、优先考虑、监测和管理公司的相关 ESG 考虑因素。

23 Harlowe's Nominees Pty Ltd v Woodside (Lakes Entrance Oil) Co NL (1968) 121 CLR 483 at 493; Wong Luen Hang & Another v Chan Yuk Lung & Others unrep. CACV 112/2012 (30.10.2013) per Yuen JA at para 26.

24 Sanju Environmental Protection (Hong Kong) Limited v Wang Lishan and Ors [2021] HKCFI 1503 per Linda Chan J at paras 36-37.

25 Re Gresham Life Assurance Society, ex p Penney (1872) LR 8 Ch App 446; Gaiman v National Association for Mental Health [1971] Ch 317.

26 本分析侧重于主板上市规则，我们注意到创业板上市规则也有相同的 ESG 披露制度。

27 香港证监会，“致持牌法团的通函基金经理对气候相关风险的管理和披露”，2021年8月20日。

28 香港证监会，《关于基金经理管理和披露气候相关风险的咨询文件》，2020年10月。

29 香港证监会，“致证监会批准的单位信托和共同基金的管理公司的通知--ESG基金”，2021年6月。

30 金管局，“监管政策手册：GS-1气候风险管理”，2021年12月。

31 金管局，“关于支持向碳中和过渡的良好做法的通告”，2021年12月。

32 金管局，“关于将气候风险纳入银行监管的通告”，2022年6月。



13. 香港的 ESG 监管环境仍在发展，并将继续演变。2020 年 12 月 17 日，绿色和可持续金融跨机构指导小组发布了香港的绿色和可持续金融战略，其中包括计划不迟于 2025 年强制要求“相关部门”（可能包括金融机构如银行、资产管理公司、保险公司和养老金受托人）按照 TCFD<sup>33</sup> 的建议披露，并采用共同点分类法<sup>34</sup>。2022 年 6 月 21 日，该指导小组宣布，证监会和香港交易及结算有限公司（HKEX）正在评估是否准备好对上市公司实施由国际可持续发展准则理事会制定的可持续性报告标准<sup>35</sup>。在证监会于 2022 年 8 月发布的《绿色和可持续金融议程》中，证监会强调了监管机构在推动顾及到重大气候及可持续相关风险的资金分配上的重要角色。这是在地方、区域和全球倡议的背景下，列出了证监会打算采取的进一步措施，以支持向绿色经济的过渡。两个主要的重点领域包括企业信息披露和监督现有措施的实施和加强。我们认为，这些和 ESG 方面的其他发展，以及监管机构的立场，将影响和塑造香港法律下董事在 ESG 方面的职责范围。

#### D 节：香港法律和法规规定的董事职责和 ESG 考虑因素

14. 目前，香港法律没有明确的普通法授权或法定条款，要求董事在履行其职责（诚信或其他）时考虑环境、社会和治理方面的因素。

15. 然而，这并不意味着，根据香港法律，董事没有任何法律义务考虑 ESG 因素。我们认为，有三个主要的连接点，使得 ESG 的考虑因素在逻辑上与董事的职责相交：

(1) 董事在履行其诚信义务和行使合理的谨慎、技能和勤勉的义务时，必须适当考虑 ESG 因素。董事的 ESG 相关义务的范围可以从与董事职责有关的现有法律原则中推断出来。

(2) 如上文 C 节所述，香港监管机构推出的 ESG 法规越来越要求董事会对 ESG 事项进行监督。受监管实体的董事将需要遵守或促使公司遵守适用法规下的 ESG 义务，否则将面临相关监管机构的纪律制裁。

- 我们认为，根据有关董事职责的现行法律原则（见上文第 15(1) 段）和《上市规则》，上市公司的董事有义务在管理公司事务时适当考虑 ESG 因素。

- 相关 ESG 法规对董事规定的 ESG 义务可能会影响和塑造董事在 ESG 考虑方面的职责范围。鉴于目前和预期的未来监管环境，如果受监管实体的董事未能合理地考虑和 / 或管理影响公司的相关和重大的 ESG 风险，其合理行事将变得越来越复杂（如果有可能的话）。我们注意到，已经有香港的判例法支持这样的观点：违反《上市规则》的行为有可能构成对董事以合理的谨慎、技能和勤勉行事的义务的违反。<sup>36</sup>

- 虽然我们不知道有什么香港权威机构支持这样的主张，即违反《财务管理委员会》有可能构成对董事职责的违反（就像违反《上市规则》一样），但我们认为这是一个合乎逻辑的假设。

(3) 根据香港法律的某些法规，董事也可能要承担涉及 ESG 特定要素的义务，只要这些法规与公司的业务有关。

16. 如上文第 15(1) 段所述，我们认为，董事在履行香港法律规定的职责时，必须适当考虑到 ESG 方面的因素。然而，我们认识到，如果没有进一步的指引，这一声明的实际作用是有限的。我们对 ESG 已迅速成为香港公司及其董事的重要议题表示同情。然而，在香港（或者，据我们所知，在任何其他有说服力的司法管辖区）还没有先例可供借鉴，以说明董事适当履行其在 ESG 方面的职责的预期标准。

33 G20 金融稳定委员会气候相关财务信息披露工作组。

34 金管局，“跨机构指导小组推出加强香港金融生态系统以支持更绿色和更可持续的未来的战略计划”，2020 年 12 月 17 日；以及金管局，“加强香港金融生态系统以支持更绿色和更可持续的未来的战略计划”，2020 年 12 月 17 日。

35 金管局，“跨机构指导小组宣布推出信息和数据储存库，以及在推进香港绿色和可持续金融发展方面的其他进展”，2022 年 6 月 21 日。

36 例如，见 Re Styland Holdings Ltd (No 2) [2012] 2 HKLRD 325。

我们举出以下例子，说明我们对香港法律和法规下的法律原则所推断的董事可能承担的 ESG 相关义务范围的看法，<sup>37,38</sup>：

- (1) 如上文 B 节所述，董事在任何时候都有义务以公司整体的最佳利益行事<sup>39,40</sup>，并在履行其职能时保持合理的谨慎、技能和勤勉<sup>41</sup>。如果 ESG 问题与公司的利益有交叉和影响，董事在履行其对公司的职责时需要适当考虑这些问题。与公司利益相交并影响公司利益的 ESG 问题至少是指对公司财务业绩构成风险的 ESG 问题和 / 或对公司而言构成商业机会的 ESG 问题。
- (2) 为了履行以合理的谨慎、技能和勤勉行事的义务<sup>42</sup>以及获得和保持对公司业务的充分了解和理解的持续责任<sup>43</sup>，我们认为，董事必须充分了解（或至少能够通过内部或外部来源获得信息）影响或可能影响公司的 ESG 方面的考虑因素，这些考虑因素对公司可能产生的后果，以及公司目前如何监测和管理这些环境、社会和治理方面的考虑因素。为了满足充分知情的要求，董事需要积极主动地进行查询，以获得必要的信息，或在必要时寻求适当的合格和独立的专家意见。未能充分了解情况可能构成违反行使合理谨慎、技能和勤勉的责任。
- (3) 为了能够履行其对 ESG 方面的考虑作出独立判断的职责，<sup>44</sup>从逻辑上讲，董事应确保他们对环境、社会和治理事项有充分的了解。这些知识将使他们能够真诚地确定任何特定的 ESG 考虑因素是否影响公司的利益，并使他们能够适当考虑、评估和监督 ESG 考虑因素。如上所述，未充分知情和 / 或没有提出正确的问题可能构

成董事违反作出独立判断的责任以及以合理的谨慎、技能和勤勉行事的义务的依据。

- (4) 此外，作为董事行使独立判断责任的一部分，<sup>45</sup>董事应严格评估任何管理层 / 董事会委员会报告和 / 或收到的有关环境、社会和治理的考虑以及对业务的影响的独立专家意见。如果董事没有考虑或故意忽视相关代表或专家的结论，从而没有独立审查或考虑所收到的调查结果或建议，这可能会导致董事违反职责。<sup>46</sup>
- (5) 如上文第 15(1) 段所述，董事在 ESG 方面的职责范围，部分是由董事行使合理的谨慎、技能和勤勉的义务决定的。在这方面，适用客观 / 主观的双重谨慎标准。将这一责任的客观因素应用于实际情况，需要评估一个理性的董事在这种情况下会做什么，以确定董事的预期行为。不断变化的 ESG 情况（包括但不限于监管、政策、竞争、技术、气候科学等）可能会影响到理性的董事在评估 ESG 方面考虑因素时的合理预期，以及违反董事职责所造成的任何损失的可预见性。董事应注意，与 ESG 有关的义务的范围和广度无疑会扩大，包括通过在香港采用 ISSB 准则（建立在 TCFD 框架之上）。
- (6) 如上文 B 节和 C 节所述，根据香港法律和法规，董事须履行各种 ESG 报告义务。上市规则要求上市公司的董事负责公司的 ESG 报告。随着全球范围内针对漂绿行为的诉讼案件和监管行动的增加<sup>47</sup>（尽管我们还没有发现香港有这种情况），以及监管机构对 ESG 披露进行监督的趋势日益明显<sup>48</sup>，香港董事应注意并管理漂绿行为和 ESG 诉讼风险。在这种情况下，我们认为，

37 这将是董事所承担的与环境、社会和治理有关的义务的详尽清单，而是一份实用指南，帮助公司及其董事会理解当今的规则。

38 本分析不包括金管局发布的 ESG 相关法规，也不包括证监会发布的《致证监会认可的单位信托和互惠基金管理公司的通函--ESG 基金》。受这些法规约束的香港公司的董事在履行职责时也必须牢记这些法规。

39 见本分析第 5 (1) 段。

40 根据香港法律，公司的利益是指公司现在和将来的整体成员的利益；董事在考虑公司的利益时也可以考虑公司雇员的一般利益，只要这种利益最终能促进成员的利益。(Halsbury's Laws of Hong Kong (August 2022), at para. [95.0669]) 请注意，在欧盟、英国和加拿大等司法管辖区，已经引入了法定条款。这些规定允许董事在追求公司最佳利益时也考虑利益相关者的利益和环境影响（请参考本分析第 21 (1) 段）。

41 见本分析第 6 段。

42 见本分析第 6 段。

43 见本分析第 5 (4) 段。

44 见本分析第 5 (4) 段。

45 见本分析第 5 (4) 段。

46 英联邦气候与法律倡议，“董事责任与气候风险：比较文件-澳大利亚、加拿大、南非和英国”，2019年10月。

47 例如，最近在其他司法管辖区出现了对公司董事、受托人和其他受托人的诉讼，因为他们没有披露气候转型风险，如 O'Donnell 诉联邦，VID482/2020（澳大利亚联邦法院），马萨诸塞州诉埃克森美孚公司，1984CV03333（马萨诸塞州超级法院）、Ramirez v Exxon Mobil Corp., 3:16-cv-3111 (N.D. Tex. Ct.) New York v ExxonMobil, 452044/2018 (N.Y. Sup. Ct.)

48 例如，美国证券交易委员会在 2021 年 3 月成立了气候和 ESG 工作组，其任务之一是寻找重大的 ESG 错报和披露漏洞。

董事应确保公司在披露中所作的任何 ESG 陈述是适当的、真实的、准确的和没有误导性的，并避免任何错误陈述、重大遗漏和漂绿行为。董事还应该确保公司的财务报表和所附的董事报告充分和准确地反映 ESG 风险和 / 或机会。这些报表应按照《公司条例》第 380 条的规定，对公司的财务状况、业绩和前景提供 " 真实和公平 " 的看法。

17. 就董事的职责而言，执行董事和非执行董事之间没有任何区别。<sup>49</sup> 非执行董事不应该，也有责任不只是依赖执行董事的判断。为了履行其独立判断的职责，非执行董事应积极主动地参与并了解执行董事如何评估、监测和管理环境、社会和治理方面的考虑，然后再对他们是否赞同执行董事的决定作出自己的合理评估。
18. 至于董事履行合理的谨慎、技能和勤勉的义务的主观因素，由于在 ESG 事务方面的专业知识、技能或经验而被任命为董事会成员的董事须遵守与董事资格相称的更高谨慎标准。如果公司将公司的 ESG 战略、政策和程序的责任分配给现有的董事会成员及 / 或授予其意味着这种责任的头衔，在该董事没有足够的知识和途径进行能力建设及获得外部建议的情况下，存在着风险。
19. 适用商业判断规则说明，在评估董事是否适当履行职责时，决策过程比决策结果更重要。<sup>50</sup> 虽然董事在确定任何特定的 ESG 考虑是否重要时可以行使自由裁量权，但他们必须首先参与到适当的决策过程。董事必须证明，决策是基于可靠的假设和强有力的决策过程作出的，而且他们已经付诸适当的勤勉，真诚地追求公司的利益。

## E 节：其他司法管辖区法律规定的董事职责和 ESG 必须考虑的因素

20. 其他有说服力的司法管辖区在 ESG 考虑方面的法律在本质上与香港相似。

21. 以下是其他司法管辖区对董事施加的与 ESG 有关的额外义务，这些义务有可能为其在香港的法律地位的演变提供参考：

- (1) 一些司法管辖区出台了明确的法律规定，允许或责成董事在履行其对公司的诚信义务时考虑环境、社会和治理事项以及利益相关者的利益。这方面的例子包括：

- (a) 英国《2006 年公司法》第 172 条规定，董事在履行以最大诚意促进公司成功的义务时，有明确、肯定的义务要考虑若干因素。这些因素包括，除其他外，员工的利益，公司运营对社区和环境的影响，促进公司与供应商、客户和其他方的业务关系的需要，以及保持高标准商业行为的声誉的重要性。值得注意的是，香港政府在制定 2014 年生效的《公司条例》时，尽管在许多其他方面参考和照搬了英国《2006 年公司法》，但决定听取公众意见不效仿英国的做法，编纂更全面的董事职责<sup>51</sup>。在第 622 章咨询期间，香港商界对效仿英国扩大董事职责表达了 " 强烈保留意见 "，认为 " 合理的股东价值 " 的概念在香港还没有被广泛接受。随着可持续发展和环境、社会和治理现在已经牢牢扎根于香港的政策目标和监管环境中，并成为香港公司及其董事越来越重要的话题，我们认为扩大董事的职责是不可避免的。

- (b) 在加拿大，《加拿大商业公司法》第 122(1.1) 条允许董事在追求公司的最佳利益时考虑到环境和利益相关者，如雇员和消费者。这是对董事的要求的一部分，以反映公司作为经济参与者和 " 良好企业公民 " 的利益。

- (c) 欧洲联盟拟议的《公司可持续发展尽职调查指令》第 25 条规定，董事在履行其以公司最佳利益行事的义务时，有责任 " 考虑到他们的决定对可持续性事项的后果，包括在适用情况下以短期、中期和长期视角考虑到人权、气候变化和环境后果 "。

49 中国金属回收 (集团) 有限公司 (强制清算中) 及其他诉秦志伟及其他[2021]HKCU 747, 刘法官采用了福斯特法官在 Dorchester Finance Co Ltd 诉 Stebbing [1989] BCLC 498 中的判决。

50 LaVoy, K., "A Board's Guide to Oversight of ESG", 2022 年 7 月 22 日, 哈佛法学院公司治理论坛。

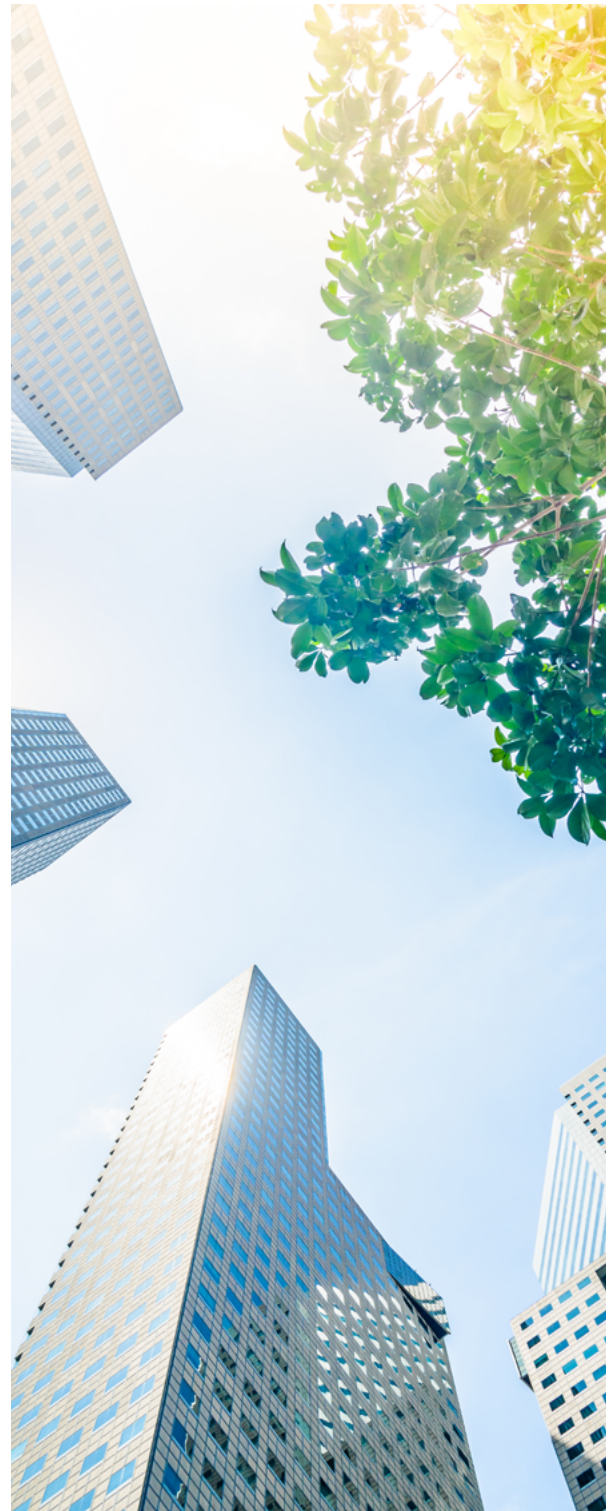
51 财经事务及库务局, "重写《公司条例》的第二次公众咨询", 2008 年 4 月, 第 3 章; 财经事务及库务局, "重写《公司条例》: 有关公司名称、董事职责、法团出任董事及押记的登记的咨询总结", 2008 年 12 月, 第 16-24 段。

(2) 在美国, "Caremark " 这一开创性案例<sup>52</sup> 确立了在以下情况下可追究董事在忠实义务下监督责任的违反: (a) 董事 " 未能实施任何报告或信息传输机制或控制 " 或 (b) 尽管有这种机制或控制, 但董事 " 有意识地未能监测或监督其运作, 从而使自己无法了解需要其注意的风险或问题 " 。

因此, 作为董事诚信义务的一部分, 董事会有责任付诸真诚的努力以实施监督系统和相关的控制系统, 并监督公司的运营能力、法律合规性和财务业绩, 如果不这样做, 可能需承担相应责任。<sup>53</sup> 评论家认为, 可以想象, 如果董事没有实施信息机制和控制措施, 让董事会考虑影响公司的重大 ESG 风险, 或忽视 ESG 风险的因素, 可能会被推断为董事故意屏蔽自己的监督责任。<sup>54</sup>

(3) 欧盟拟议的《公司可持续发展尽职调查指令》第 26 条规定, 董事有义务制定和监督对公司运营进行人权和环境尽职调查的程序和政策, 并适当考虑利益相关者和民间社会组织的相关意见。报告机制将在董事会层面上实施。董事还必须调整公司的公司战略, 以考虑在尽职调查工作中发现的实际和潜在的不利影响, 以及采取的补救措施。

(4) 在英国的 ClientEarth 诉壳牌公司董事会 (2022) 一案中, ClientEarth 对壳牌公司董事会提起诉讼, 指控其违反《2006 年公司法》第 172 和 174 条规定的董事职责, 原因是董事会未能适当管理壳牌公司的气候风险。据 ClientEarth 称, 壳牌公司的董事会未能通过和实施与《巴黎协定》气候目标相一致的气候战略。该案件仍处于早期阶段, 我们尚需等待这一论点的发展。



52 In re Caremark Int'l Derivative Litigation, 698 A.2d 959 (Del. Ch. 1996) .

53 Marchand诉Barnhill, 212 A.3d 805 (Del. 2019).

54 LaVoy, supra n.50.



## 结论

22. 无论上市与否，在香港注册的公司的董事在履行其职责时都必须考虑到 ESG 的风险和机会。随着可持续发展和 ESG 已牢固植根于香港的政策目标和监管环境，我们认为，在《上市规则》中扩大所有香港上市公司的董事职责是不可避免的，而且不论公司注册地在哪里。
23. 作为董事会在治理相关事项上的顾问，治理专业人士需要具备足够的的能力，以确保董事会定期审议 ESG 风险及其对公司业务的影响。董事们可能会发现，向包括公司秘书在内的治理专业人士寻求建议非常有益，有助于确保对 ESG 风险和影响的考虑成为一个常规议程项目。董事会和治理专业人士也需注意在必要时就 ESG 事项寻求适当且合格的帮助。
24. 全球 ESG 的监管体系继续在各司法管辖区演变和扩展。为了使董事能够在香港适当地、持续地履行其与 ESG 相关的义务，董事最好能够通过香港的监管机构和决策者的公开声明以及其他主要司法管辖区的发展情况，及时了解发展方向。现阶段有大量的公开信息可供董事参考。公会将努力提供关于最佳实践和如何遵守 ESG 重要关注点的有益先例或实务指引。

# 香港公司治理公会

## (于香港成立的有限担保公司)

香港公司治理公会（前称“香港特许秘书公会”）（公会）是在中国香港及内地颁授“特许秘书”及“公司治理师”专业资格的机构，公会会员所持有的这双重专业资格在国际上获得广泛认可。

公会已有逾 70 年历史，作为特许公司治理公会（国际总会）的中国属会，公会在国际总会的所有九个属会，以及遍布全球的约 40,000 名会员及学员中拥有广泛的专业影响力。公会是国际总会所有属会中增长最快其中之一的分会，现有超过 7,000 名会员，毕业学员 300 多名以及学员 2,600 多名，他们在上市公司和其他跨行业的治理职能中占有重要角色。

公会相信卓越治理创造更佳未来。公会的使命是在日益复杂的环境中推广良好治理，并提升公会会员在工商及公共事务有效治理与高效管理方面的领导力。作为在治理领域获广泛认可的思想引领者，公会致力于教育与倡导治理的最高标准，并推动充分考虑所有利益相关者之利益的广泛治理实践。

## Ben McQuhae & Co

Ben McQuhae & Co ([www.bmcquhae.com](http://www.bmcquhae.com)) 是一家独特的致力于可持续发展和创新的企业和商业律师事务所，只为那些保持与联合国可持续发展目标相一致从而产生积极影响的业务提供法律支持。本所被称为世界上第一家 ESG 律师事务所，并获得了 2021 年欧洲工商管理学院（INSEAD）颁发的“商业善的力量”奖。

本所核心关注领域包括 ESG 法规和漂绿、可持续金融、绿色金融技术、能源、碳市场、气候变化和去碳化、供应链和影响力基金。本所就一系列与 ESG 相关的法律和监管问题为客户提供咨询，包括上市企业和受监管的金融机构，并帮助客户探索通过 ESG 合规和最佳实践创造价值的机会。本所与多学科可持续发展战略咨询公司 Venturis ([www.venturis.eco](http://www.venturis.eco)) 联合提供其独特的法律 +ESG 服务。

### 免责声明及版权

本文并不旨在构成法律意见或减少任何人遵守有关规则和条例之责任。读者应了解本文仅供参考，并应就每个个案形成自己的意见。如有疑问，读者应在恰当时咨询自己的法律或专业顾问。本文所表达的观点不一定代表香港公司治理公会和 Ben McQuhae & Co. 的观点。本文也非详尽无遗，而是为理解相关议题提供指导。香港公司治理公会和 Ben McQuhae & Co 不对任何个人或组织因依赖本文中的任何信息或观点而承担任何责任，包括由此产生的任何损失或不利后果。

本文的版权归香港公司治理公会和 Ben McQuhae & Co 所有。本文旨在公开传播，任何对本文的引用，或全部或部分的复制，都应恰当注明来源。