

## 境外上市监管 — 保密和档案管理制度改革关键问题总结

作者：交易部

2022 年 4 月 2 日，中国证券监督管理委员会（“中国证监会”）公布了《关于加强境内企业境外发行证券和上市相关保密和档案管理工作的规定（征求意见稿）》（“征求意见稿”），向社会公开征求意见，意见反馈截止时间为 2022 年 4 月 17 日。

我们结合征求意见稿的内容，将境内企业境外发行上市过程中需要关注的相关保密和档案管理规则予以总结。

### 一、保密和档案管理规则的修订背景

本次征求意见稿是中国证监会会同财政部、国家保密局、国家档案局对《关于加强在境外发行证券与上市相关保密和档案管理工作的规定》（证监会公告〔2009〕29 号，“**现行规定**”）的更新和修订。

这也是与目前仍处于立法程序中的境外上市备案制改革的两份核心文件（“**境外上市备案制度**”）<sup>1</sup>在立法衔接层面的积极互动和呼应：

- 《国务院关于境内企业境外发行证券和上市的管理规定（草案征求意见稿）》（“**《境外发行上市管理规定》**”）；
- 《境内企业境外发行证券和上市备案管理办法（征求意见稿）》（“**《境外发行上市备案办法》**”）。

### 二、保密和档案管理规则核心制度解析

#### （一）适用范围的明确延展

现行规定要求，在“境外发行证券与上市”过程中，境外上市公司（包括拟上市公司）以及提供相关证券服务的证券公司、证券服务机构需要遵守保密和档案管理的相关规定，这里的境外上市公司是指发行境外上市外资股的境内股份有限公司，简而言之现行规定主要适用于境内企业境外直接上市的 H 股项目。而本次征求意见稿作为《境外发行上市管理规定》和《境外发行上市备案办法》的配套制度，其适用范围也调整为与处于立法程序中境外上市备案制度保持一致，即包含境内企业境外直接发行上市和境内企业境外间接发行上市。

<sup>1</sup> 截至目前，《境外发行上市管理规定》与《境外发行上市备案办法》仍未完成立法程序且尚未生效。

**汉坤注：**关于我们就《境外发行上市管理规定》和《境外发行上市备案办法》的分析，请参见汉坤公众号于2021年12月25日发布的[《境外上市监管解析：备案制有迹可循，有规可依》](#)。

## （二）监管对象的进一步明确

因应前述适用范围的扩大，本次征求意见稿从现行规定所监管的“境外上市公司（含拟上市公司）”，调整为“境内企业”，既包括境外直接发行上市的境内股份有限公司，也包括境外间接发行上市主体的境内运营实体。

同时，征求意见稿明确定义了受其监管的“证券公司”和“证券服务机构”包括**境内外**证券公司、证券服务机构以及其在境内的成员机构、代表机构、联营机构、合作机构等，这也在现行规定的监管对象基础上进一步结合境外上市的复杂情形而进行的细化和查漏补缺。

此外，本次征求意见稿将从事境内企业境外发行上市相关审计业务的境外会计师事务所明确纳入其监管范围，境外会计师事务所从事境内企业境外发行证券和上市相关审计业务的，应当按照国家有关规定履行相应程序。根据财政部发布的《会计师事务所从事中国内地企业境外上市审计业务暂行规定》（2015年7月1日生效），中国内地企业依法委托境外会计师事务所审计的，该受托境外会计师事务所应当与中国内地会计师事务所开展业务合作，并履行在中国内地企业所在地省级财政部门报备并抄送财政部等监管程序。在本次征求意见稿正式生效后，对于境外会计师事务所的跨境执业监管是否将会进行新的监管政策调整，仍将待监管机构进一步明确。

## （三）保密和管理制度的执行要求

### 1. 保密和档案工作制度

征求意见稿要求，就境内企业境外上市活动，境内企业以及提供相关证券服务的证券公司、证券服务机构都应当严格遵守相关保密和档案管理要求，**建立健全保密和档案工作制度**，采取必要措施落实保密和档案管理责任。

需要注意的是，“是否建立健全的完备、规范的保密和档案规章制度并落实到位”是目前H股上市证监会审核要点，在递交H股上市申请时需要律师就此发表意见。我们理解在《境外发行上市备案办法》对建立保密和档案管理提出明确要求的背景下，在《境外发行上市管理规定》和《境外发行上市备案办法》落地后，拟向证监会提交备案申请的公司应在提交备案之前即已建立并落实有关保密和档案管理制度。

### 2. 涉密或涉敏感影响的监管程序

征求意见稿要求，境内企业境外发行上市过程中涉及到向证券公司、会计师事务所等证券服务机构以及境外监管机构提供、披露涉密或者涉敏感影响（对国家安全或者公共利益造成不利影响）的文件资料时，应履行相应的批准/备案等监管程序。

与现行规定相比，征求意见稿将需要报主管部门批准和保密部门备案的文件资料范围，从“国家秘密”扩展到“国家秘密和机关单位工作秘密”。相较范围比较明确的国家秘密（载体需有国家秘密标志），机关单位工作秘密是由各机关单位自行确定，没有统一的规范或者标志要求，可能包括但不限于各政府部门标注“内部文件”、“内部事项”、“内部资料”的文件资料。企业在向中介机构及境外监管机构提供从各政府部门获得的文件资料（包括与其的沟通会谈信息）时都需要关注相关 workflows 的涉密或者涉敏感问题评估。

此外，征求意见稿要求提供、披露会对国家安全或者公共利益造成不利影响的文件、资料，应当履行国家相关规定。该条修改也与近年来频繁出台的国家安全、网络和数据安全相关的法律法规呼应和统一，强调了向中介机构和境外监管机构提供与上市相关的文件、资料也应遵守监管政策要求。

### 3. 泄密报告制度

征求意见稿要求，如发现国家秘密已经泄密或可能泄密的，境内企业以及提供相关证券服务的证券公司、证券服务机构应立即采取补救措施并及时向有关机关、单位报告，也是在现行规定基础上新增的要求。

### 4. 档案管理要求

- 与现行规定相同地，征求意见稿继续要求为境内企业境外发行证券和上市提供相关证券服务的证券公司、证券服务机构**在境内形成的工作底稿**等档案应当存放在境内。同时，征求意见稿对该等底稿向境外传递，不再区分是否涉及国家秘密、国家安全或者重大利益的，均需经有关主管部门批准；
- 征求意见稿第八条规定“境内企业向有关证券公司、证券服务机构、境外监管机构等提供对国家社会具有重要保存价值的会计档案或会计档案复制件的，应当按照国家有关规定履行相应程序”；
- 征求意见稿第九条规定“涉及对国家和社会具有重要保存价值的档案或档案复制件需要出境的，按照国家有关规定办理审批手续”。何为“对国家和社会具有重要保存价值”，表述虽与《档案法》的规定保持一致，但同样均未展开描述内涵，而《档案法》则规定该等档案“严禁出卖、赠送给外国人或者外国组织”，似乎与征求意见稿的规定尚未能匹配，仍待相关部门出台实施细则后予以明晰。

## （四）监督检查协同机制

### 1. 境内监管协作机制

在现行规定要求的境内监管机构监督检查协同机制基础上，境内主管部门明确增加财政部（作为会计师事务所的主要监管部门），也是对征求意见稿本次修订内容的整体呼应。

### 2. 境外监督合作机制

征求意见稿进一步承继此前《证券法》第 177 关于建立跨境监督管理合作机制、《境外发行上市管理规定》关于按照对等互惠原则加强跨境监督合作的原则，将现行规定中“中方主导”的原则，调整为“跨境监管合作机制”的指导方向，具体而言：

#### （1）不再明确区分“现场检查”和“非现场检查”

在现行规定下，境外证券监督管理机构和其他相关机构就境外上市公司（含拟上市公司）以及为境外发行证券与上市证券服务的证券公司、证券服务机构进行检查，按照检查方式区分为现场检查和非现场检查。现场检查，是指在境内进行现场检查，要求事前中方批准、事中中方主导、事后中方为准。非现场检查，相较于现场检查，则只有在涉及国家秘密的事项、档案管理的事项和其他需要经有关部门事前批准的事项时，才需要由境外上市公司（含拟上市公司）、证券公司和证券服务机构事先获得有关政府部门的批准。

在征求意见稿下，基于所规管的境外发行上市行为包括境内企业境外直接发行上市和境内企业境

外间接发行上市，也结合跨境审计监管合作的国际惯例，检查行为不再作出地域和检查方式的明确区分，统一以跨境合作机制为基础进行，这也是《证券法》第 177 条关于“境外证券监督管理机构不得在中华人民共和国境内直接进行调查取证等活动”规定的回应和深化，将境外证券监督管理机构及有关主管部门对境内企业境外发行上市的调查、检查和取证，统一落实在跨境合作机制中。

另外，征求意见稿要求，境内有关企业、证券公司和证券服务机构，在配合境外证券监督管理机构或境外有关主管部门调查、检查或提供文件资料前，应当事先向证监会或有关主管部门报告。我们倾向于认为，这一报告义务是在境外证券监督管理机构或境外有关主管部门通过跨境监管合作机制进行调查取证或开展检查、证监会或有关主管部门依据机制对该等行为予以协助的前提下，一定程度上相当于将证监会的事先同意转由境外证券监督管理机构或境外有关主管部门依合作机制取得，与上位法《证券法》第 177 条关于“未经国务院证券监督管理机构和国务院有关主管部门同意，任何单位和个人不得擅自向境外提供与证券业务活动有关的文件和资料”制度中的原则一致，对于没有跨境监管合作机制的国家和机构，则直接适用《证券法》第 177 条的规定。

## **(2) 境外发行上市申请有别于跨境监管合作下的资料提供**

在《证券法》颁布后，针对《证券法》第 177 条的规定，就向境外证券交易所和境外证券监督管理机构递交境外上市申请，是否需要获得中国证监会和国务院有关主管部门的事前同意，曾经引起了市场的热烈讨论以及境外证券监督管理机构的问询。由于《证券法》第 177 条处在第十二章证券监督管理机构的章节，且《证券法》第 177 条第一款强调的是建立跨境监督管理合作机制，第二款的第一句也是强调境外证券监督管理机构不得直接在境内调查取证，因此，业内通行观点认为《证券法》第 177 条第二款中所规管的向境外提供与证券业务活动有关的文件和资料，倾向于不包括向境外证券交易所和境外证券监督管理机构提交上市申请文件。

《境外发行上市管理规定》和《境外发行上市备案办法》对境内企业境外上市发行所应进行的备案进行了明确规定，而征求意见稿则规范在跨境监管合作机制下调查、检查和提供文件资料的报告制度，制度体系间形成了联动机制。

我们理解，前述的法规政策调整安排，将对中国监管机构与境外监管机构针对跨境审计监管尽早达成一致意见起到积极的推动作用，也将为在境外上市的中概股的发展构建积极的监管环境。

## 特别声明

汉坤律师事务所编写《汉坤法律评述》的目的仅为帮助客户及时了解中国或其他相关司法管辖区法律及实务的最新动态和发展，仅供参考，不应被视为任何意义上的法律意见或法律依据。

如您对本期《汉坤法律评述》内容有任何问题或建议，请与汉坤律师事务所以下人员联系：

### 薛冰

电话： +86 755 3680 6568

Email: [bing.xue@hankunlaw.com](mailto:bing.xue@hankunlaw.com)

### 王瑾

电话： +86 10 8525 5542

Email: [jin.wang@hankunlaw.com](mailto:jin.wang@hankunlaw.com)

### 吴晓雪

电话： +86 21 6080 0566

Email: [dana.wu@hankunlaw.com](mailto:dana.wu@hankunlaw.com)

### 赵婉媚

电话： +86 755 3680 6549

Email: [wanmei.zhao@hankunlaw.com](mailto:wanmei.zhao@hankunlaw.com)