

HANKUN

汉坤律师事务所

Han Kun Law Offices

汉坤专递

2022 年第 4 期（总第 180 期）

新法评述

- 1、《外商投资电信企业管理规定》2022年修订亮点快评
- 2、境外上市监管 — 保密和档案管理制度改革关键问题总结

新法评述

1、《外商投资电信企业管理规定》2022年修订亮点快评

作者：交易部二组

2022年4月7日，国务院发布《关于修改和废止部分行政法规的决定》（国务院令 第752号，以下简称“《决定》”），自2022年5月1日起施行。根据《决定》，为深化“证照分离”改革，进一步推进“放管服”改革，激发市场主体发展活力等，国务院对14部行政法规的部分条款予以修改，对6部行政法规予以废止。其中，第一项内容即为对《外商投资电信企业管理规定》（以下简称“《外资电信规定》”）实施第三次修订（本次修订后的《外资电信规定》以下简称为“2022年《外资电信规定》”）。

《外资电信规定》于2001年12月11日首次公布。2008年9月10日，国务院公布《关于修改〈外商投资电信企业管理规定〉的决定》（国务院令 第534号），对《外资电信规定》实施第一次修订，该次修订主要就国务院相关机构的名称变更等进行了相应修改。2016年2月6日，国务院公布《关于修改部分行政法规的决定》（国务院令 第666号），对《外资电信规定》实施第二次修订（该次修订后的《外资电信规定》以下简称为“2016年《外资电信规定》”），该次修订针对“先照后证”改革，通过修改第16条之规定将外商投资经营电信业务审批修改为后置审批事项。2022年4月7日实施第三次修订，与现行有效的2016年《外资电信规定》相比，2022年《外资电信规定》在与《中华人民共和国外商投资法》（以下简称“《外商投资法》”）相应衔接、明确外商投资电信领域外资持股比例突破的除外情况、放松对外方投资者良好业绩和运营经验的要求、明确电信业务经营许可申办流程并缩短法定审批时限等方面颇具亮点。本文对相关事项进行简要评述，供读者参考。2022年《外资电信规定》与2016年《外资电信规定》的条款对比整理，请见我于2022年4月9日公众号发布文章。

一、条文表述全面接轨《外商投资法》

与2016年《外资电信规定》相比，2022年《外资电信规定》对外商投资电信企业的定义与《外商投资法》进行了衔接，并删除了《外商投资企业批准证书》等由于《外商投资法》施行而不再适用的相关内容。

2020年1月1日，《外商投资法》以及《中华人民共和国外商投资法实施条例》（以下合称“外资新规”）正式生效。外资新规生效之时，《中华人民共和国中外合资经营企业法》《中华人民共和国外资企业法》《中华人民共和国中外合作经营企业法》（前述三项法律以下合称“三资企业法”）同时废止。

根据《外商投资法》，外商投资企业是指全部或者部分由外国投资者投资，依照中国法律在中国境内经登记注册设立的企业。外商投资企业的组织形式、组织机构及其活动准则，适用《中华人民共和国公司法》《中华人民共和国合伙企业法》等法律的规定。因此，2022年《外资电信规定》第2条外商投资电信企业的定义中，相应删除“同中国投资者”、“以中外合资经营形式”、“共同投资”等相关表述，而明确外商投资电信企业定义为“外国投资者在中国境内依法设立的经营电信业务的企业”。该等修改一方面使得2022年《外资电信规定》在条文表述上与上位法保持一致，另一方面使得依照三资企业法设立且目前仍处于五年过渡期内的外商投资电信企业及依照《外商投资法》设立的外商投资电信企业均可落入2022年《外资电信规

定》的范畴。

此外，2022年《外资电信规定》中删除《外商投资企业批准证书》等相关内容，回应了《外商投资法》取消对外商投资实施逐案审批的管理制度，使得2022年《外资电信规定》全面接轨外资新规等最新规定。

二、明确外商投资电信领域外资持股比例突破的除外情况

2022年《外资电信规定》对2016年《外资电信规定》中关于经营基础电信业务的外商投资电信企业的外方投资者的出资比例最终不得超过49%、以及经营增值电信业务的外商投资电信企业的外方投资者的出资比例最终不得超过50%的强制性规定，增加了“国家另有规定的除外”的表述。

上述修订与相关部委、地方人民政府发布并已生效的关于进一步开放外商投资电信领域外资比例限制的相关规定相衔接。例如：

- 工业和信息化部（以下简称“工信部”）、上海市人民政府于2014年1月6日发布《关于中国（上海）自由贸易试验区进一步对外开放增值电信业务的意见》（工信部联通〔2013〕410号），试点放开中国（上海）自由贸易试验区（以下简称“上海自贸试验区”）内部分增值电信业务的外资持股比例不得超过50%的限制。
- 工信部于2015年6月19日发布《关于放开在线数据处理与交易处理业务（经营类电子商务）外资股比限制的通告》（工信部通〔2015〕196号），决定在上海自贸试验区开展试点的基础上，在全国范围内放开在线数据处理与交易处理业务（经营类电子商务）的外资持股比例限制，外资持股比例可至100%；外商投资企业申请在线数据处理与交易处理业务（经营类电子商务）许可时，对外资持股比例要求按该通告执行，其他许可条件要求及相应审批程序按当时施行的《外资电信规定》相关规定执行。
- 工信部于2016年6月30日发布《关于港澳服务提供者在内地开展电信业务有关问题的通告》（工信部通信〔2016〕222号），允许港澳服务提供者在内地设立合资或者独资企业，提供在线数据处理与交易处理业务（仅限于经营类电子商务）、内地境内多方通信服务业务、存储转发类业务等六项增值电信业务，其中港澳资持股比例不设限制。
- 此外，根据2022年1月1日起施行的《自由贸易试验区外商投资准入特别管理措施（负面清单）（2021年版）》（国家发展和改革委员会 商务部令 第48号），对于电信公司，上海自贸试验区原有区域（28.8平方公里）试点政策推广至所有自贸试验区实行，电子商务、国内多方通信、存储转发类、呼叫中心业务不受增值电信业务的外资持股比例不超过50%的限制。

除上述示例外，海南自由贸易港和部分地区针对特定领域的电信业务外商投资也出台了进一步的开放政策。这些修订也为将来继续激发电信领域外资活力留下了充足空间，有利于进一步提高电信业务领域的对外开放水平。

三、删除外方投资者良好业绩和运营经验要求

根据2016年《外资电信规定》，经营基础和增值电信业务的外商投资电信企业的外方主要投资者应具有经营从事相应电信业务的“良好业绩和运营经验”。对经营增值电信业务的外商投资电信企业的外方主要投资者而言，2022年《外资电信规定》明确删除“良好业绩和运营经验”这一要求，构成对该等外方投资者主体条件要求的实质放松；对经营基础电信业务的外商投资电信企业的外方主要投资者而言，虽然前述

条件在本次修订中也相应删除，但由于 2022 年《外资电信规定》仍要求该等外方主要投资者需在其注册的国家或者地区取得基础电信业务经营许可证，本次删减的实质影响有限。因此，本部分论述主要针对经营增值电信业务的外商投资电信企业的外方主要投资者展开。

根据工信部现行公开的《电信业务经营许可审批服务指南》项下的申请表填写说明，为证明外方主要投资者的电信业务运营经验，其需通过文字详细描述其（或其一级母子公司）前期提供增值电信业务的有关情况，并提供相关证明文件；如其（或其一级母子公司）前期取得许可、备案或经营知名网站、APP，则需一并描述并提供截图或相关文件。受限于前述要求并无进一步细化规定，在申请增值电信业务经营许可时，外商投资企业通常需与监管部门进行个案沟通，并由监管部门作出判断，外方主要投资者是否可被认定为“具有经营增值电信业务的良好业绩和运营经验”存在一定不确定性；且对很多经营增值电信业务的外商投资企业而言，其外方股东为境外财务投资人，除投资外无其他实际业务的经营、尤其无增值电信业务的相关业绩和运营经验，因此，在 2016 年《外资电信规定》项下，实践中该类企业很可能无法满足取得增值电信业务经营许可的相关要求。

2022 年《外资电信规定》删除了该等对外方主要投资者具备“经营增值电信业务的良好业绩和运营经验”的要求，降低了外商投资企业申请增值电信业务经营许可的难度和门槛，增强了外商投资企业获批增值电信业务经营许可的可预期性，系外商投资企业开展增值电信业务，以及外资机构参与投资境内经营增值电信业务企业的重大利好。

特别地，该等对外商投资增值电信业务经营许可审批条件的放松，可能对以 VIE 架构赴港上市的企业目前采用的、以“不能满足外方投资者具备经营增值电信业务的良好业绩和运营经验的要求”来解释其突破外资持股比例限制范围而采用 VIE 架构的合理性产生影响。目前，在香港上市申请过程中，对于包含 VIE 架构的申请人，香港联交所对其 VIE 架构的使用采用“严格限缩”原则（Narrowly Tailored），具体指含 VIE 架构的赴港上市申请人只可于相关运营公司从事的业务涉及外商投资限制类业务时，方可以 VIE 架构安排解决外资所有权的限制，否则上市申请人必须直接持有运营公司的最大许可权益。就此，实践中，赴港上市申请人及中介团队常通过法规分析及监管访谈等方式，论证中外合资公司实践中难以取得增值电信业务经营许可证，从而进一步论证相关主体公司继续采用 100% 内资持股的 VIE 架构仍符合“严格限缩”原则。但是，2022 年《外资电信规定》施行后，一方面，上市申请人难以通过法条文本角度论证其外资股权结构无法符合相关许可的申请要求；另一方面，在香港联交所严格适用“严格限缩”原则的前提下，如 2022 年《外资电信规定》正式施行后，工信部进一步审批通过并发放一定数量的外商投资增值电信业务经营许可证，则赴港上市申请人可能难以继续论证一定比例的外资股权结构取得相关增值电信业务经营许可的实践难度极大，进而可能导致赴港上市申请人需根据未来实践情况对其持牌主体的股权结构进行调整。

四、明确电信业务经营许可申办流程，缩短法定审查时限

2022 年《外资电信规定》对 2016 年《外资电信规定》的第 11 条至第 16 条内容进行了大幅删改。一方面，根据在先规定，明确不再要求《外商投资企业批准证书》、《外商投资经营电信业务审定意见书》（以下简称“《审定意见书》”）作为申请电信业务经营许可的前置程序；另一方面，实质缩短了电信业务申请的法定审查期限。

根据工信部于 2020 年 10 月 15 日发布的《关于加强外商投资电信企业事中事后监管的通知》（工信部通信函〔2020〕248 号），自《关于取消和下放一批行政许可事项的决定》（国发〔2020〕13 号）于 2020 年 9 月 21 日发布之日起，工信部不再核发《审定意见书》，相应外资审查工作纳入电信业务经营许可审批环节。根据前述规定，取消《审定意见书》许可流程后，工信部和省级通信管理局应加强事中事后监管措施，包括

应在办理电信业务经营许可时，对外商投资电信企业落实持股比例限制要求进行严格把关；加强对外商投资电信企业日常经营活动的监测，督促其按要求报送有关信息；通过“双随机、一公开”监管等方式加强监管，发现违法违规行为依法查处并向社会公开结果；依法实施信用监管，如实记录违法失信行为，实施差异化监管等。2022年《外资电信规定》相应删除了2016年《外资电信规定》中与《审定意见书》相关的各项内容，与上述在先规定相衔接。

此外，根据2016年《外资电信规定》，外商投资企业需按顺序依次取得工信部出具的《审定意见书》、商务部门颁发的《外商投资企业批准证书》，并在工商行政管理机关完成企业注册登记后，方可向工信部申请电信业务经营许可。结合上述外资新规的颁布实施、“先照后证”改革等，2022年《外资电信规定》将流程简化为外商投资企业于市场监督管理部门办理完成市场主体登记后，即可根据2022年《外资电信规定》中的材料要求向工信部提起电信业务经营许可的申请。2022年《外资电信规定》的修订中，将基础电信业务经营许可和增值电信业务经营许可的申请程序进行整合，两者在申报程序上不再区分，仅在审查期限上存在不同。对申请基础电信业务经营许可而言，根据2016年《外资电信规定》，工信部应于收到申请之日起180日内作出是否批准并颁发《审定意见书》的决定，2022年《外资电信规定》明确自受理申请之日起180日内作出是否批准并颁发《电信业务经营许可证》的决定；得益于上述申办流程的简化，例如无需再经过商务部门90日的审核期限，实际上缩短了申请基础电信业务经营许可的法定审核期限。对申请增值电信业务经营许可而言，除因上述流程简化导致的期限缩短外，法定审核时限明确缩短至“收到申请之日起60日内”。

2022年《外资电信规定》的上述修改，建立了更为高效的外商投资电信业务经营许可申请流程，降低了长周期审核对企业经营的不确定性影响。

五、结语

虽然2022年《外资电信规定》刚刚发布，相关业务指引和操作指南尚未出台，但此次《外资电信规定》的修订在深化“证照分离”改革、进一步推进“放管服”改革、激发市场主体发展活力的大背景下推进，明确释放了我国对外商投资电信领域的积极态度，我们相信其实施效果值得期待。

2、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**”）¹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。

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。

¹ 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。

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《汉坤专递》的目的仅为帮助客户及时了解中国法律及实务的最新动态和发展，上述有关信息不应被看作是特定事务的法律意见或法律依据，上述内容仅供参考。

如您对上述内容有任何问题或建议，请与汉坤律师事务所的下列人员联系：

北京 金文玉 律师：

电话： +86 10 8525 5557

Email: wenyu.jin@hankunlaw.com

上海 曹银石 律师：

电话： +86 21 6080 0980

Email: yinshi.cao@hankunlaw.com

深圳 王哲 律师：

电话： +86 755 3680 6518

Email: jason.wang@hankunlaw.com

海口 朱俊 律师：

电话： +86 898 3665 5000

Email: jun.zhu@hankunlaw.com

香港 陈达飞 律师：

电话： +852 2820 5616

Email: dafei.chen@hankunlaw.com
