

海问观察：境外上市保密新规出台

资本市场组

前言

2023年2月24日，在《境内企业境外发行证券和上市管理试行办法》公布一周后，中国证监会会同财政部、国家保密局、国家档案局，在前期征求意见稿的基础上，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，以下称“2009年规定”）进行修订，印发了《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》（以下称“境外上市保密新规”）。

作为境外上市新规的配套制度，境外上市保密新规将与《境内企业境外发行证券和上市管理试行办法》一同于2023年3月31日起正式实施。境外上市保密新规旨在进一步加强境内企业境外发行上市相关的保密和档案管理工作，明确上市公司信息安全责任，维护国家信息安全，深化跨境监管合作。境外上市保密新规篇幅不长，一共十三条，每一条都有丰富信息含量，因此，我们就新规逐条解读如下，供与各位探讨。

逐条解读

一、【适用范围及上位法依据】为保障国家经济安全，保护社会公共利益，规范中华人民共和国境内企业直接或者间接到境外发行证券或者将其证券在境外上市交易（以下简称境外发行上市）相关保密和档案管理工作，支持企业依法合规开展境外发行上市活动，根据《中华人民共和国证券法》《中华人民共和国保守国家秘密法》《中华人民共和国档案法》《中华人民共和国会计法》《中华人民共和国注册会计师法》《中华人民共和国国家安全法》和《境内企业境外发行证券和上市管理试行办法》及相关法律法规，制定本规定。

海问解读：（1）将境内企业直接境外上市（H股模式）和间接境外上市（红筹模式）统一纳入适用范围。（2）增加上位法依据。

二、【义务主体及行为规范】境内企业境外发行上市活动中，境内企业以及提供相应服务的证券公司、证券服务机构应当严格遵守中华人民共和国相关法律法规以及本规定的要求，增强保守国家秘密和加强档案管理的法律意识，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，不得泄露国家秘密和国家机关工作秘密，不得损害国家和公共利益。

前款所称境内企业包括直接境外发行上市的境内股份有限公司和间接境外发行上市主体的境内运营实体；所称证券公司、证券服务机构是指从事境内企业

境外发行上市业务的境内外证券公司、证券服务机构。

海问解读：本条明确，在境外上市活动中，不仅境内企业，参与境外上市的中介机构也应遵守保密要求，包括增强意识，建立健全内部制度，采取措施予以落实等。就境内企业的具体所指，H股模式为发行人自身，红筹模式为上市主体的境内运营实体。

三、【提供或披露涉及国家秘密、国家机关工作秘密资料的程序】境内企业向有关证券公司、证券服务机构、境外监管机构等单位和个人提供、公开披露，或者通过其境外上市主体等提供、公开披露涉及国家秘密、国家机关工作秘密的文件、资料的，应当依法报有审批权限的主管部门批准，并报同级保密行政管理部门备案。是否属于国家秘密不明确或者有争议的，应当依法报有关保密行政管理部门确定；是否属于国家机关工作秘密不明确或者有争议的，应当报有关业务主管部门确定。

海问解读：本条明确了境内企业提供或披露涉及国家秘密、国家机关工作秘密资料的程序。（1）资料范围方面，涵盖两类，一类是涉及国家秘密的资料，另一类是涉及国家机关工作秘密的资料。（2）提供对象方面，不仅包括向中介机构提供，也包括向境外监管机构等单位和个人提供。（3）提供形式方面，不仅包括提供，也包括公开披露。（4）程序方面，落入上述范围的提供行为，应当依法报有审批权限的主管部门批准，并报同级保密行政管理部门备案；如对于是否国家秘密不好判断，则应报保密行政管理部门确定；如对于是否属于国家机关工作秘密不好判断，应当报有关业务主管部门确定。

在国家秘密的判断上，大多数情况下应无争议，涉密资料一般会有明显的密级标记。本条在实务中的难点可能主要在于是否涉及国家机关工作秘密的判断。据我们了解，目前国家机关工作秘密的范围并无明确且统一的法律规定。一般可理解为国家机关在公务活动和内部管理中产生的事项和信息，一旦泄露便会影响管理职能的正常行使，直接干扰机关单位的工作秩序。此前国家保密局曾在公开场合指出，与国家秘密的定密权限、定密依据、要素内容、专用标志均具有严格的法定性不同，机关工作秘密事项还主要由各级机关单位自行确定，缺乏统一的管理制度。因此，在境外上市实务中，如何把握某项资料是否涉及国家机关工作秘密，可能没有明确的指引，需要具体情况具体分析，不好判断的还建议寻求业务主管部门予以确认。

四、【提供或披露其他泄露后会对国家安全或者公共利益造成不利影响的资料的程序】境内企业向有关证券公司、证券服务机构、境外监管机构等单位和个人提供、公开披露，或者通过其境外上市主体等提供、公开披露其他泄露后会对国家安全或者公共利益造成不利影响的文件、资料的，应当按照国家有关规定，

严格履行相应程序。

海问解读：本条主要是将“国家有关规定”关于资料提供后会对国家安全或者公共利益造成不利影响的情况在境外上市保密新规里进行一般性的援引，明确境外上市活动也需要遵守该等规定要求履行的程序。比如，根据《网络安全审查办法》，掌握超过100万用户个人信息的网络平台运营者赴国外上市，必须向网络安全审查办公室申报网络安全审查。

五、【向中介机构提供资料的说明及留档要求】境内企业向有关证券公司、证券服务机构提供文件、资料时，应按照国家相关保密规定处理相关文件、资料，并就执行本规定第三条、第四条的情况向有关证券公司、证券服务机构提供书面说明。证券公司、证券服务机构应当妥善保存上述书面说明以备查。

海问解读：本条是对于规则执行情况的书面留档要求。境内企业向中介机构提供上述“三类资料”应向中介机构书面说明情况，中介机构应妥善保管以备查。

六、【与中介机构签署保密协议的要求及中介机构的保密要求】境内企业经履行相应程序后，向有关证券公司、证券服务机构等提供涉及国家秘密、国家机关工作秘密或者其他泄露后会对国家安全或者公共利益造成不利影响的文件、资料的，双方应当依照《中华人民共和国保守国家秘密法》等法律法规及本规定，签订保密协议，明确有关证券公司、证券服务机构等承担的保密义务和责任。

证券公司、证券服务机构应当遵守我国保密及档案管理的要求，妥善保管获取的上述文件、资料。存储、处理、传输上述文件、资料的信息系统、信息设备应当符合国家有关规定。证券公司、证券服务机构向境外监管机构和其他相关机构等单位和个人提供、公开披露上述文件、资料的，应当按照第三条、第四条有关规定履行相应程序。

海问解读：本条第一款是关于境内企业与中介机构签署保密协议的要求，规则来看，并不是所有境外上市项目都需要签署保密协议，仅在涉及“三类资料”提供，履行了法规规定的审批/同意程序后，向中介机构提供之前需要再注意的一项程序。保密协议应明确中介机构的保密义务和责任。中介机构违反保密协议的，境内企业可以追究违约责任。

第二款是关于中介机构对于保密和档案管理应履行的法定义务，包括（1）妥善保管，（2）存储、处理、传输应符合国家规定，（3）向境外监管机构等单位和个人提供的也应按规定履行相应的审批/同意程序。

七、【信息泄露的补救措施】境内企业、证券公司、证券服务机构发现国家秘密、国家机关工作秘密或者其他泄露后会对国家安全或者公共利益造成不利影

响的文件、资料已经泄露或者可能泄露的，应当立即采取补救措施并及时向有关机关、单位报告。机关、单位接到报告后，应当立即作出处理，并及时向保密行政管理等部门报告。

海问解读：本条是对于“三类资料”已经泄露或者可能泄露的情况下各方主体应采取的补救措施，包括及时处理和报告，以期最大限度的降低影响。

八、【**会计档案提供的程序**】境内企业向有关证券公司、证券服务机构、境外监管机构等单位和个人提供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。

海问解读：本条是境内企业向中介机构、境外监管机构等提供会计档案应按国家规定履行程序的规定。《会计档案管理办法》第二十五条规定：“单位的会计档案及其复制件需要携带、寄运或者传输至境外的，应当按照国家有关规定执行。”《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》第十二条第二款规定：“中国内地企业境外上市涉及法律诉讼等事项需由境外司法部门或监管机构调阅审计工作底稿的，或境外监管机构履行监管职能需调阅审计工作底稿的，按照境内外监管机构达成的监管协议执行”。

九、【**中介机构工作底档存放境内的要求**】为境内企业境外发行上市提供相应服务的证券公司、证券服务机构在境内形成的工作底稿应当存放在境内。需要出境的，按照国家有关规定办理审批手续。

海问解读：本条沿袭了2009年规定，要求中介机构在境内形成的工作底稿应当存放在境内。同时新增了需要出境的应按国家有关规定办理审批手续的规定。此处是对所有境外上市项目（而不只是涉及“三类资料”的项目）的工作底稿存放统一适用的要求。目前，H股上市实务中通常的做法是纸质版工作底稿存放境内、不得带出境外，电子版尽调资料也尽量由中介机构境内办公室派员拷贝。

十、【**境内监管机构协作机制**】证监会、财政部、国家保密局和国家档案局等有关主管部门建立协作机制，在各自的职权范围内依法对境内企业境外发行上市活动中涉及保密和档案管理的有关事项进行规范和监督检查。

海问解读：本条是关于证监会与其他主管部门建立协作机制的规定，各部门将各司其职。

十一、【**跨境监管合作机制**】境外证券监督管理机构及有关主管部门提出就境内企业境外发行上市相关活动对境内企业以及为该等企业境外发行上市提供相应服务的境内证券公司、证券服务机构进行检查或调查取证的，应当通过跨境监管合作机制进行，证监会或有关主管部门依据双多边合作机制提供必要的协助。

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检查、调查或为配合检查、调查而提供文件、资料前，应当经证监会或有关主管部门同意。

海问解读：本条是关于境外证券监管机构调查取证的规定，要求应通过跨境监管合作机制进行，证监会或有关主管部门依据双多边合作机制提供必要协助，境内企业和中介机构配合调查前应当经证监会或有关主管部门同意。此前中国证监会与美国公众公司会计监督委员会（PCAOB）关于中概股审计底稿检查之争，继中国证监会、财政部与美国PCAOB于2022年8月26日签署中美审计监管合作协议之后，本次也以国内法制度形式明确了应通过跨境监管合作机制进行。

十二、【**法律责任**】境内企业境外发行上市活动中，任何单位和个人违反《中华人民共和国保守国家秘密法》和《中华人民共和国档案法》等法律法规的，由有关部门依法追究法律责任；涉嫌犯罪的，移送司法机关依法追究刑事责任。

海问解读：按照《中华人民共和国保守国家秘密法》和《中华人民共和国档案法》等追究法律责任。

十三、【**生效日期**】本规定自2023年3月31日起施行。《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）同时废止。

海问解读：与境外上市备案新规的生效日期相同，取代原2009年发布的仅适用于H股上市的规定。

结语

总体来看，境外上市保密新规对于境外上市过程中可能涉及的涉密信息的保密义务进行了梳理和优化，意在将保密和档案管理要求落实在境内企业向中介机构和境外监管机构等主体提供信息之前，避免敏感信息进入底稿，从而为与美国公众公司会计监督委员会（PCAOB）等境外监管机构开展跨境监管合作铺平道路。在数据和信息保护与国家安全的要求日益突出的同时，境外上市保密新规作出了切实和富有创造性的探索，为继续鼓励境内企业积极利用境内境外两个资本市场提供了制度保证。