

## 境外上市审计底稿之争或将迎来解决方案——境外上市相关保密和档案管理工作新规简评

作者：蓝洁 顾晨亮

2022年4月2日，中国证券监督管理委员会（以下称“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）（以下称“29号公告”）进行修订，形成了《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）》（以下称“《征求意见稿》”）。这无疑是为解决与美国公众公司会计监督委员会（以下称“PCAOB”）关于对中概股审计师进行检查的争议的一项重大举措和安排。

总体来看，《征求意见稿》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证券服务机构和境外机构和个人提供信息之前，避免敏感信息进入底稿，从而为与PCAOB等境外监管机构开展跨境监管合作铺平道路。

在信息提供阶段落实保密和档案管理要求的时候，《征求意见稿》首先针对不同类别信息的提供，要求境内企业履行不同的批准、报备或其他相应程序，具体而言：

- a) 涉及国家秘密、机关单位工作秘密的文件、资料，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（第三条）；
- b) 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，应当按照国家有关规定，严格履行相应程序（第四条）；
- c) 对国家和社会具有重要保存价值的会计档案或复制件，应当按照国家有关规定履行相应程序（第八条）。

同时，《征求意见稿》还在境内企业与证券服务机构的合作方式方面提出行为指引：一是要求境内企业对于上述保密和档案管理要求向证券服务机构作出书面说明，这有助于双方对于信息提供的范围和方式达成共同理解，避免日后纠纷；二是明确境内企业在履行了相应程序之后提供涉密信息的情况下，应当与证券服务机构签署保密协议；三是进一步要求境内企业和证券服务机构在国家秘密泄露或者可能泄露时，应当采取补救措施，并向有关部门进行报告。

《征求意见稿》还规定，境外会计师从事境内企业境外上市业务，应当“履行相应程序”，否则境内企业不得向其提供会计档案。这也与《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）》（以下称“《境外上市管理规定（稿）》”）第15条“证券公司、证券服务机构在境内开展境内企业境外发行上市业务，应当依法接受监督管理”的精神一致。

在落实了上述信息提供的实质批准和行为指引要求之后，在面对境外监管部门的检查和取证方面，《征求意见稿》明确了跨境监管合作的方式，展现坦诚合作的态度，不再要求“现场检查应以我国监管机构为主进行，或者依赖我国监管机构的检查结果”。

总体来看，在数据和信息保护与国家安全的要求日益突出的同时，为持续保持对外开放的态度，为继续鼓励境内企业积极利用境内和境外的资本市场提供制度保证，《征求意见稿》努力寻求安全与开放的平衡，作出了切实和有创造性的探索。我们期待，笼罩在中概股上空多时的审计检查之争的阴霾能在近日消散。

以下为《征求意见稿》和原29号公告的条款对比概览及简评。

| 条款内容摘要 | 《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 | 《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 | 简评 |
|--------|----------------------------|----------------------------|----|
|--------|----------------------------|----------------------------|----|

|                                 | 《规定》                                                                                                                                                                                                                                                                   | 《征求意见稿》                                                                                                                                                                                                                                                               | 《规定》                                                                                                                                                                                                                                                         |
|---------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 立法依据和目的                         | 一、为保障国家经济安全，保护社会公共利益，规范境内企业境外发行证券和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证券和上市活动，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《国务院关于境内企业境外发行证券和上市的监管规定》等法律法规的有关规定，制定本规定。                                                                   | 一、为保障国家经济安全，保护社会公共利益，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》和《中华人民共和国档案法》等法律法规的有关规定，制定本规定。                                                                                                                                                                                    | 增加上位法，调整境外发行上市的范围，与《境外上市管理规定（稿）》保持一致                                                                                                                                                                                                                         |
| 适用范围和总体要求                       | 二、境内企业境外发行证券和上市活动中，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工作，不得泄露国家秘密，不得损害国家和公共利益。<br><br>前款所称境内企业包括境外直接发行上市的境内股份有限公司和境外间接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、合作机构等关联机构。 | 二、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，下同）以及提供相关证券服务的证券公司、证券服务机构应当严格贯彻执行有关法律法规的规定以及本规定的要求，增强保守国家秘密和加强档案管理的法律意识，建立和完善专项规章制度，加强对有关人员的教育和管理，认真落实各项具体措施，进一步做好保密和档案管理工作。<br><br>十、本规定所称境外上市公司，是指发行境外上市外资股的境内股份有限公司。<br><br>十一、境外中资控股上市公司的境内股权持有单位以及为上述公司提供证券服务的证券公司和证券服务机构参照本规定执行。 | 1. 明确“境内企业境外发行和上市”的范围，与《境外上市管理规定（稿）》相衔接；明确负有保密和档案管理工作具体参与方范围；<br>2. 明确上市过程中保密和档案工作内容包括“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工作”，工作主旨为“不得泄露国家秘密，不得损害国家和公共利益”                                                                                                          |
| 向境外机构和人员提供涉密文件的要求               | 三、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、机关单位工作秘密的文件、资料的，应当依法报经审批权的主管部门批准，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异议的，应当报有关保密行政管理部门确定；是否属于机关单位工作秘密不明确或者有异议的，应当报有关业务主管部门确定。                                                                              | 三、在境外发行证券与上市过程中，境外上市公司向有关证券公司、证券服务机构和境外监管机构提供或者公开披露涉及国家秘密的文件、资料和其他物品的，应当依法报经审批权的主管部门批准，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异议的，应当报有关保密行政管理部门确定。                                                                                                                              | 增加对“机关单位工作秘密”的提供和披露限制；范围不清的报“有关业务主管部门”确定                                                                                                                                                                                                                     |
| 向境外机构和人员提供其他可能影响国家安全或公共利益的文件的要求 | 四、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、公开披露其他泄密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。                                                                                                                                                        | 四、在境外发行证券与上市过程中，境外上市公司向有关证券公司、证券服务机构和境外监管机构提供或者公开披露涉及国家安全或者重大利益的档案的，应当依法报经档案局批准。                                                                                                                                                                                      | 1. 原规定中，本条和上一条的适用范围不清晰；新规中增加“其他”二字，明确本条与第三条之间属于补充的关系；<br>2. 将原来的“根据国家有关规定，严格履行相应程序”，具体适用何种程序需要依情况而定，一定程度上可能增加了灵活性。由于本条适用的情形应当是“涉及国家秘密、机关单位工作秘密”之外的，一旦披露可能影响国家安全和公共利益的信息，实践中可能未必需要报档案局批准                                                                      |
| 与证券服务机构的协议和说明                   | 五、境内企业向有关证券公司、证券服务机构提供文件、资料时，应当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。<br><br>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。境内企业不得向未履行相应程序的境外会计师事务所提供会计档案。                                                                           | 五、境外上市公司在与有关证券公司、证券服务机构签订服务协议时，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，对有关证券公司、证券服务机构承担保密义务的范围等事项依法作出明确的约定；服务协议关于适用法律以及有关证券公司和证券服务机构承担保密义务的约定条款与中国有关法律法规的规定以及本规定不符的，应当及时修改。                                                                                                     | 1. 不再对与证券服务机构的服务协议本身作出要求，而是要求将执行本规定的情况向证券服务机构提供书面说明。对此证监会在答记者问中提到，“从实践情况看，企业向有关证券公司、证券服务机构提供包含涉密或敏感信息的文件、资料应属极少数情况。如因审计工作需要确有必要提供的，《征求意见稿》重申企业须按照相关法律法规履行必要的审批或备案程序，并要求企业保留履行程序和提供信息的相关记录并向中介机构提供书面说明，不会给企业带来过高的合规成本”；<br>2. 明确境外会计师从事境内企业境外上市业务的，应当履行“相应程序” |
| 保密协议                            | 六、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、机关单位工作秘密或者其他泄密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。<br><br>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。                                                                  |                                                                                                                                                                                                                                                                       | 履行相应程序后，可以提供涉及国家秘密、机关单位工作秘密或者其他泄密后可能影响国家安全或公共利益的信息，但是需要签订保密协议                                                                                                                                                                                                |
| 补救和报告                           | 七、境内企业、有关证券公司、证券服务机构发现国家秘密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                                                                                                                                                                                         |                                                                                                                                                                                                                                                                       | 增加国家秘密已经泄露或者可能泄露时的补救和报告义务                                                                                                                                                                                                                                    |

|           |                                                                                                                                                                                                                |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          |                                                                                                                                                                                    |
|-----------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|           | 出处理，并及时向保密行政管理部门报告。                                                                                                                                                                                            |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          |                                                                                                                                                                                    |
| 有保存价值的档案  | 八、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对国家和社会具有重要保存价值的会计档案或会计档案复制件的，应当按国家有关规定履行相应程序。                                                                                                                               |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          | 本条应参照档案法规定的程序，要求对于有保存价值的会计档案履行相应程序，但如有必要在本规定中重复该等原则性的规定，有待商榷。                                                                                                                      |
| 底稿的存放和出境  | 九、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。未经有关主管部门批准，不得通过携带、寄运等任何方式将其转移至境外或者通过信息技术等任何手段传递给境外机构或者个人。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。                                               | 六、在境外发行证券与上市过程中，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。<br><br>前款所称工作底稿涉及国家秘密、国家安全或者重大利益的，不得在非涉密计算机信息系统中存储、处理和传输；未经有关主管部门批准，也不得将其携带、寄运至境外或者通过信息技术等任何手段传递给境外机构或者个人。                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     | 1. 明确所有“在境内形成的”底稿未经批准不得转移至境外；<br>2. 删除涉及国家秘密、国家安全或者重大利益的底稿不得在非涉密系统中存储、处理和传输的规定；<br>3. 如何理解“在境内形成的工作底稿”的范围尚不清晰；境外上市项目中，企业和境内中介之间通过VDR、电子邮件等信息技术沟通交流和开展尽职调查是普遍做法，如果前述范围过宽将实质影响境外上市进行 |
| 境内跨部门协作机制 | 十、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证券和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。                                                                                                                        | 七、证监会、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在境外发行证券与上市过程中涉及保密和档案管理的有关事项进行监督检查。<br><br>前款所称检查，包括现场检查和非现场检查。                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                | 保留原则性规定，删除了对检查方式的具体说明                                                                                                                                                              |
| 境外调查取证和检查 | 十一、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证券和上市相关活动对境内企业以及为该等企业境外发行证券和上市提供证券服务的证券公司、证券服务机构进行调查取证或开展检查的，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。 | 八、证监会负责就在境外发行证券与上市保密和档案管理工作涉及的跨境证券监管事宜，与境外证券监管机构和其他相关机构开展交流与合作。<br><br>境外证券监管机构和其他相关机构提出对境外上市公司以及为境外发行证券与上市提供证券服务的证券公司、证券服务机构（包括境外证券公司和证券服务机构在境内设立的成员机构、代表机构、联营机构、合作机构等关联机构）在境内进行现场检查的，有关境外上市公司、证券公司和证券服务机构应当事先向证监会和有关主管部门报告，涉及需要事先经有关部门批准的事项，应当事先取得有关部门的批准。<br><br>现场检查应以我国监管机构为主进行，或者依赖我国监管机构的检查结果。<br>境外证券监管机构和其他相关机构提出对境外上市公司以及为境外发行证券与上市提供证券服务的证券公司、证券服务机构（包括境外证券公司和证券服务机构在境内设立的成员机构、代表机构、联营机构、合作机构等关联机构）进行非现场检查的，涉及国家秘密的事项，有关境外上市公司、证券公司和证券服务机构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；涉及档案管理的事项，有关境外上市公司、证券公司和证券服务机构应当依法报国家档案局批准。涉及需要事先经其他有关部门批准的事项，有关境外上市公司、证券公司和证券服务机构应当事先取得其他有关部门的批准。 | 1. 与《证券法》和《境外上市管理规定（稿）》第19条保持一致，不做额外限制；<br>2. 删除“以我国监管机构为主进行，或者依赖我国监管机构的检查结果”的约定                                                                                                   |
| 法律责任      | 十二、境内企业境外发行证券和上市活动中，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。                                                                                                           | 九、在境外发行证券与上市过程中，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。                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         |                                                                                                                                                                                    |
| 生效        | 十三、本规定自公布之日起施行。《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。                                                                                                                                             | 十二、本规定自公布之日起施行。                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          |                                                                                                                                                                                    |

2022-04-03