

快评《网络数据安全条例（征求意见稿）》对企业境外上市的潜在影响

作者：段志超 | 周颖 | 蔡克蒙

2021年11月14日，国家互联网信息办公室（“网信办”）首次公布了《网络数据安全条例（征求意见稿）》（“**条例征求意见稿**”）并向社会公开征求意见。条例征求意见稿以《个人信息保护法》、《数据安全法》和《网络安全法》等法律为依据，全方位地细化了上述法律中关于个人信息和重要数据保护的规定，并回应了网信办在今年7月份发布的《网络安全审查办法》（征求意见稿）（“**办法征求意见稿**”）所留下的一些疑问。本文是汉坤关于条例征求意见稿的系列解读中的首期解读，将聚焦条例征求意见稿对企业境外上市的潜在影响。

一、网络安全审查要求：香港上市的优待和100万人个人信息触发的申报义务

此前办法征求意见稿规定第6条曾规定“掌握超过100万用户个人信息的运营者赴国外上市，必须向网络安全审查办公室申报网络安全审查”。由此带来的普遍疑问是“赴国外上市”是否包括香港上市？由于办法征求意见稿非同寻常地使用了“赴国外上市”的字眼，因此业界普遍猜测监管机构可能旨在为企业赴香港上市做出一些“优待”。

条例征求意见稿明确香港上市也可能需要申请网络安全审查。其在保留仅基于个人信息数量的赴国外上市背景下的申报网络安全审查义务的同时，对于赴香港上市作出了差异化的规定，仅规定在相应上市具有国家安全影响考量时的安全审查义务。条例征求意见稿第13条规定，“数据处理者开展以下活动，应当按照国家有关规定，申报网络安全审查：（一）汇聚掌握大量关系国家安全、经济发展、公共利益的数据资源的互联网平台运营者¹实施合并、重组、分立，影响或者可能影响国家安全的；（二）处理一百万人以上个人信息的数据处理者赴国外上市的；（三）**数据处理者赴香港上市，影响或者可能影响国家安全的；**（四）其他影响或者可能影响国家安全的数据处理活动……”

然而，遗憾的是条例征求意见稿并未对“影响或者可能影响国家安全的”范围和认定标准做出任何界定。如果条例征求意见稿按目前规定生效，企业出于谨慎考虑仍可能不得不事先申请网络安全审查，这可能导致上述对香港上市的“优待措施”在实践中出现效果受限的情况。

¹ 互联网平台运营者是指为用户提供信息发布、社交、交易、支付、视听等互联网平台服务的数据处理者。

对于赴美国等国外上市的数据处理者，只要“处理一百万人以上个人信息”即必须向网络安全审查办公室申报网络安全审查。与办法征求意见稿相同，条例征求意见稿并未明确规定处理个人信息以外的其他重要数据或者核心数据处理者赴国外上市必须申请安全审查，但这类企业的国外上市也可能属于“其他影响或者可能影响国家安全的数据处理活动”而落入安全审查的范围。

值得注意的是，相较于办法征求意见稿中宽泛地将运营者都纳入上市申报网络安全审查主体的范围内，且对于 100 万用户个人信息的触发阈值使用了“掌握”这一相对模糊的概念，条例征求意见稿将上市申报网络安全审查的主体限定在“数据处理者”，即，在数据处理活动中自主决定处理目的和处理方式的个人和组织²。但这是否意味着将在业务过程中主要接受委托处理数据（例如云服务提供商，对于客户数据而言通常并不构成条例征求意见稿意义上的“数据处理者”）的相关运营者排除在外，尚存在不确定因素，有待监管的进一步明晰。

此外，条例征求意见稿未对“上市”的概念做出澄清。对此，我们仍保持此前在办法征求意见稿出台时的观点，即除 IPO（首次公开募集股份并上市）外，中概股公司在美国上市可能采取的 SPAC（特殊目的收购公司）并购、RTO（反向兼并/借壳上市）、Direct Listing（直接上市）等方式均可能被纳入网络安全审查的范围。此外，由于中概股公司在进行香港二次上市时及上市后可能需要根据香港上市规则额外披露或提供信息，并且也将受限于香港联交所及证券监管机构的监督和调查，因此对于已经在境外上市的中概股公司而言，如赴香港二次上市存在“影响或者可能影响国家安全的”，亦将需要申请网络安全审查。

二、赴境外上市公司的年度数据安全评估及报告义务

在网络安全审查以外，条例征求意见稿亦规定了相关赴境外上市公司的数据安全评估和上报义务。第 32 条规定，处理重要数据³或者赴境外上市的数据处理者，应当自行或者委托数据安全服务机构每年开展一次数据安全评估，并在每年 1 月 31 日前将上一年度数据安全评估报告报设区的市级网信部门。我们理解，这里的“赴境外上市的数据处理者”似包括处在境外上市过程中的数据处理者以及已经在境外上市的数据处理者。

对于处在境外上市过程中的数据处理者，如其满足前述触发网络安全审查义务的条件，将需要同时考虑网络安全审查义务和数据安全评估义务。对于处理个人信息相对数量较少或者不涉及国家安全考量的数据处理者，其仍需要进行相关数据安全评估，并按规定进行上报。

而对于已经在境外上市的数据处理者，仅从条例征求意见稿文义上解读，该等规定可能意味着其不会被溯及地要求重新申报网络安全审查，但无论其是否处理一百万人以上个人信息或涉及国家安全，均需要在每年 1 月 31 日向市级网信部门提交前将上一年度数据安全评估报告。

² 条例征求意见稿第 73 条。

³ 条例征求意见稿第 73 条规定：**重要数据**是指一旦遭到篡改、破坏、泄露或者非法获取、非法利用，可能危害国家安全、公共利益的数据。包括以下数据：1.未公开的政务数据、工作秘密、情报数据和执法司法数据；2.出口管制数据，出口管制物项涉及的核心技术、设计方案、生产工艺等相关的数据，密码、生物、电子信息、人工智能等领域对国家安全、经济竞争实力有直接影响的科学技术成果数据；3.国家法律、行政法规、部门规章明确规定需要保护或者控制传播的国家经济运行数据、重要行业业务数据、统计数据等；4.工业、电信、能源、交通、水利、金融、国防科技工业、海关、税务等重点行业和领域安全生产、运行的数据，关键系统组件、设备供应链数据；5.达到国家有关部门规定的规模或者精度的基因、地理、矿产、气象等人口与健康、自然资源与环境国家基础数据；6.国家基础设施、关键信息基础设施建设运行及其安全数据，国防设施、军事管理区、国防科研生产单位等重要敏感区域的地理位置、安保情况等数据；7.其他可能影响国家政治、国土、军事、经济、文化、社会、科技、生态、资源、核设施、海外利益、生物、太空、极地、深海等安全的数据。

根据条例征求意见稿的规定，年度数据安全评估报告的内容包括：（一）处理重要数据的情况；（二）发现的数据安全风险及处置措施；（三）数据安全管理制度，数据备份、加密、访问控制等安全防护措施，以及管理制度实施情况和防护措施的有效性；（四）落实国家数据安全法律、行政法规和标准情况；（五）发生的数据安全事件及其处置情况；（六）共享、交易、委托处理、向境外提供重要数据的安全评估情况⁴；（七）数据安全相关的投诉及处理情况；（八）国家网信部门和主管、监管部门明确的其他数据安全情况。

三、境外上市过程中重组的报告义务

条例征求意见稿还新增了对于数据处理者进行架构重组时涉及重要数据和一百万人以上个人信息时的报告义务。如相关公司在上市过程中基于各种原因需进行架构重组的，可能会需要按照相关规定进行报告。条例征求意见稿第14条规定，数据处理者发生合并、重组、分立等情况的，数据接收方应当继续履行数据安全保护义务，涉及重要数据和一百万人以上个人信息的，应当向设区的市级主管部门报告；数据处理者发生解散、被宣告破产等情况的，应当向设区的市级主管部门报告，按照相关要求移交或删除数据，主管部门不明确的，应当向设区的市级网信部门报告。

对于何为“涉及重要数据和一百万人以上个人信息的”可能有不同的解释。从狭义上理解，似乎仅因合并、重组、分立等情况导致转让或“剥离”重要数据和一百万人以上个人信息的（例如在上市重组过程中涉及业务和资产转让时，将重要数据和一百万人以上个人信息从一家主体转让至另外一家主体），才需要受此条管辖⁵。然而，从广义上理解，本条可理解为如集团内有数据处理者处理重要数据和一百万人以上个人信息的，则集团的重组（即使不涉及数据在不同主体间进行转让，或者相关数据处理者的合并或分立）也需履行报告义务。如按此理解，常见的红筹架构搭建和拆除等重组活动可能均需向网信办进行报告。

四、小结

由于条例征求意见稿延续了办法征求意见稿此前设定的“一百万人以上个人信息”较低门槛，因此事先申报网络安全审查将几乎成为涉及个人信息的企业未来申请赴美上市的“标配”。对于赴香港上市而言，虽然条例征求意见稿设定了“影响或者可能影响国家安全的”这一看似较为宽松的条件，但其具体要求仍有待监管机构在实践中明确。此外，条例征求意见稿关于赴境外上市企业的年度安全评估和报告规定以及数据处理者发生合并、重组、分立等情况时的报告规定，亦将成为相关企业在赴境外上市前以及上市后必需履行的合规义务。

⁴ 根据第32条，赴境外上市的数据处理者如开展共享、交易、委托处理、向境外提供重要数据，其安全评估应当重点评估以下内容：（一）共享、交易、委托处理、向境外提供数据，以及数据接收方处理数据的目的、方式、范围等是否合法、正当、必要；（二）共享、交易、委托处理、向境外提供数据被泄露、毁损、篡改、滥用的风险，以及对国家安全、经济发展、公共利益带来的风险；（三）数据接收方的诚信状况、守法情况、境外政府机构合作关系、是否被中国政府制裁等背景情况，承诺承担的责任以及履行责任的能力等是否能够有效保障数据安全；（四）与数据接收方订立的相关合同中关于数据安全的要求能否有效约束数据接收方履行数据安全保护义务；（五）在数据处理过程中的管理和技术措施等是否能够有效防范数据泄露、毁损等风险。评估认为可能危害国家安全、经济发展和公共利益，数据处理者不得共享、交易、委托处理、向境外提供数据。

⁵ 原因在于第14条这里使用了“数据接收方”的概念，而该概念通常在数据转让的场景中使用。

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：

段志超

电话： +86 10 8516 4123

Email: kevin.duan@hankunlaw.com

周颖

电话： +86 10 8525 5512

Email: tracy.zhou@hankunlaw.com