



国浩法律文库

新业务与新视角

XIN YE WU YU XIN SHI JIAO

金融证券律师实务

国浩律师集团事务所/编著



法律出版社
LAW PRESS CHINA

新业务与新视角

XIN YE WU YU XIN SHI JIAO

金融证券律师实务

国浩律师集团事务所/编著

编委会：吕红兵 张涌涛 李 淳 沈田丰
王卫东 刁金梅 袁 野
策 划：刘桂明
执行编辑：贾 勇



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

新业务与新视角:金融证券律师实务 / 国浩律师事务所编著.

- 北京:法律出版社,2005.3 (2006.6 重印)

ISBN 7-5036-5413-9

I. 新... II. 国... III. ①金融—代理(法律)—律师业务—基本

知识—中国②证券交易—代理(法律)—律师业务—基本知识—中国

IV ①D922.28②D926.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 019994 号

© 法律出版社·中国

新业务与新视角:
金融证券律师实务

国浩律师事务所
编著

责任编辑 戴 伟
曾 健
卞学琪
装帧设计 乔智炜

开本 787×960 毫米 1/16

版本 2005 年 5 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京中科印刷有限公司

印张 35.75 字数 653 千

印次 2006 年 6 月第 2 次印刷

编辑统筹 法学学术出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件 /info@lawpress.com.cn

网址 /www.lawpress.com.cn

销售热线 /010-63939792/9779

咨询电话 /010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店 /010-63939781/9782

重庆公司 /023-65382816/2908

北京分公司 /010-62534456

苏州公司 /0512-65193110

西安分公司 /029-85388843

上海公司 /021-62071010/1636

深圳公司 /0755-83072995

书号:ISBN 7-5036-5413-9/D·5130

定价:42.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

不知不觉间,国浩已悄然走过了六年!

七年前的六月二十六日,首都北京已烈日炎炎,而人民大会堂的气氛更加热烈——国浩律师集团事务所宣告诞生。与出生时的轰轰烈烈相反,国浩七年成长之路却不再张扬,踏踏实实,一步一个脚印实践着自己倡导的专业化、品牌化、规模化的理念。

奉献在读者面前的这本专著,正是国浩律师七年执业实践的总结。作为金融证券专业律师,在银行信托、企业融资、收购兼并、公司治理,以及电子商务、民事赔偿等方面,国浩人都能从独特的视角对其进行审视,并通过认真实践,从中提炼出最有价值的精华。有理论的思考,有国际的借鉴;有案例的评析,有立法的建议;有成功的喜悦,有失败的教训;有超然的感悟,也有耐人寻味的咀嚼——字里行间无不闪耀着国浩人的思索与睿智。或许并不严密,当然也不完美,甚至还有些偏颇之词,但它们却是真实的,并且很实在、很亲切,或许还能给你一些新的启迪。

国浩人在默默耕耘着自己的律师专业领域的同时,以更广阔的视界、以更敏锐的目光关注着律师界、律师行业、律师产业。他们有的担任了京、沪、滇、深、杭律协的会长、副会长,有的担任了全国律协理事或专业委员会负责人,都对自己赖以生存和发展的国浩律师集团乃至律师行业倾注了满腔的心血和智慧,于是有了更多更广更高的思索,这本专著就是这些思考的结晶。国浩律师集团的发展壮大离不开各界人士对我们的关心和帮助,我们也想借此来表达国浩人对社会各界的感谢之情!

路漫漫其修远兮,吾将上下而求索。

2005年5月

目 录

■ 银行信托篇

银行保理业务的律师服务分析	3
金融机构就 SWIFT 承兑通知质押、贴现的法律风险探析	8
公路收费权质押贷款的法律问题研究	13
股权质押担保的立法思考	19
试论我国融资租赁法律体系的完善	23
信托新产品及其法律分析	28
住房抵押贷款证券化的法律问题研究	36
资产证券化及其在我国不良资产处理中的运用	42
金融衍生工具概念及法律特征研究	60
金融衍生工具交易的责任承担判定	71

■ 企业融资篇

证券法律业务尽职调查工作指引	83
证券法律业务及内核制度初探	114
国有企业发起设立股份有限公司的意义和方式	122
关联交易与同业竞争的处置	141
中外合资企业上市中需要注意的若干法律问题	166
次级债券及债权人间的关系研究	171
海外创业板市场对中国的借鉴	179
内地企业香港创业板上市法律问题	203
中国公司赴新加坡上市的若干问题	211
以私募融资方式进入美国证券市场的研究	225

■ 收购兼并篇

收购与兼并之比较研究·····	235
《上市公司收购管理办法》解读·····	245
国有大型企业收购上市公司实例解析·····	255
上市公司重组的概念与形式探讨·····	265
上市公司重组基本程序的制度设计·····	274
上市公司重组中两类主体利益保护的不同取向·····	290
上市公司重组信息披露制度研究·····	304
上市公司重组与证券市场秩序的稳定·····	314
论异议股东评价补偿权制度·····	330

■ 公司治理篇

建立并强化投资者关系的法律机制·····	339
美国系列金融丑闻案的起因及其对我国证券市场的影响·····	345
上市公司治理中的相关关系研究·····	353
创业企业章程制作的有关问题·····	367
创业企业法人治理规则的制作问题研究·····	378
股东自行召开临时股东大会的程序在不同规章中的冲突及其对策·····	390
董事的责任保险与董事责任的救济·····	395
中国上市公司股权激励制度研究·····	403
期权制度在中国企业的推行·····	419
员工持股计划的法理探析·····	425
内幕交易法律研究·····	433

■ 民事赔偿篇

虚假陈述民事赔偿案件的法律问题解析·····	447
证券市场民事赔偿制度及其诉讼形式探析·····	462
证券民事赔偿中投资者损失计算方法及其比较	
——最高人民法院司法解释中投资者损失计算规定之评析·····	476
股东代表诉讼制度探析·····	490
证券法修改与我国证券民事责任制度之完善·····	517
证券市场纠纷实例研究·····	528



■ 行业发展篇

走集团化道路,创规模化品牌

——国浩律师集团事务所五年探索与发展的启示…………… 557

银行信托篇

银行保理业务的律师服务分析

随着国内各商业银行之间竞争的日趋激烈和国外金融机构的涌入,国内金融格局将发生很大变化,传统的贷款品种已经远远不能满足客户尤其是那些资本雄厚、信誉良好、市场竞争力强的优质客户和国际性客户的需要了。同样,优惠的贷款利率也不再是吸引客户的必胜砝码了。日益激烈的竞争更多地表现在中外银行在创新业务品种方面的竞争。反观客户,由于参与国际贸易活动的机会日益增多,他们对银行能否为他们提供与国际贸易相适应的新颖的金融工具也提出了更高的要求。能否满足客户的这些融资需求,对于银行而言,也成为衡量其综合服务水平、是否具有创新精神、是否具有适应时代发展需要竞争力的重要依据。

保理业务是当前在国际贸易活动中国际贸易结算阶段的一项重要的银行业务,尽管它在我国仍属于一种比较新的金融品种,但从我国经济发展和参与国际贸易活动的实际需要来看,保理业务终将得到广泛的应用。实际上,随着我国加入 WTO,这种能够增加营业额、提高风险保障、节约成本、简化手续和增加利润的金融品种已经逐渐被我国的许多银行及银行客户所接受和认可。

在国外,保理商通常是商业银行下属的从事保理业务的子公司,也有独立的保理公司。但是在我国,由于商业银行掌握了大量的客户信息,并且具有信用评定、结算以及会计处理等方面的优势,因此在我国保理业务通常是由商业银行直接办理的,有的银行甚至还为此单独设立了保理业务部门。

此外,由于人民银行鼓励国内商业银行提高对客户的服务水平,为客户提供优质高效的金融服务,鼓励银行拓展和创新中间业务,加之银行自身也逐渐认识到在保理业务中不但可以收取融资利息和管理费用,增加中间业务收入,还可以吸引优质客户,降低风险,一旦客户稳定后又能够获得存款、贷款、结算等稳定的综合收益等利益,因此,保理业务已逐渐被银行的管理层和操作层所接受。但是,保理业务作为一种融合国际贸易和法律性活动的业务,如何使其符合相关的国际规则和要求,同时,在借鉴国外操作方式的基础上使之具有中国特色,则成为摆在商业银行及其从事贸易活动的客户以及政府立法部门和律师面前的一项重要课题。

一、保理的基本内容及类型

保理实际上就是保付代理,其核心内容是保理商/银行通过收购债权的方式提供融资。办理保理业务必须以真实的商品交易或提供其他服务为基础,具体内容包括:保理商/银行向销售商提供商业资信调查、信用额度担保、贸易融资、代办托收以及应收账款管理等一系列的综合性金融服务。

从法律角度看,保理业务的核心是债权的让与。银行叙做保理业务后,销售商获得了资金融通,并将应收账款的收款权利转移给银行,银行则成为应收账款的债权人,有权以自己的名义持发票副本等单据直接向购货商收款,购货商只需届时向银行付款即已适当履行了付款义务。这表明,保理业务是以应收账款的债权让与作为其运行的法律基础的。这里的销售商是指采取商业信用形式出售货物或提供服务从而拥有应收账款债权的企业;购货商通常是指以商业信用形式购买货物或接受服务并承担付款责任的企业;而应收账款是指购销双方在真实贸易交易的基础上以商业信用形式出售货物或提供服务而产生的惟一、具体、特定和排他的无争议的合法债权。尽管现在中国人民银行还没有发布关于保理业务的管理规章,但有关“债权转让”的法律制度却早已明文规定在了我国的合同法中,因此可以将其作为银行从事保理业务的法律依据。

从目前国内银行叙做的保理业务种类上来看,大致可分为三种:

(一)融资性保理与非融资性保理

这是根据保理银行是否提供应收账款融资来划分的。融资性保理就是银行承购销售商的应收账款,并给予资金通融,同时向销售商收取贸易融资的利息、保理的手续费、承担费等费用。而在非融资性保理中,银行不向销售商提供融资,只提供资信调查、收款以及账务管理等非融资性服务,因此仅向销售商收取管理费等费用。

现在国内的保理业务中,销售商以及银行大多采用融资性保理,这样销售商可以即时解决资金周转等问题,而银行则可以在保理业务中收取利润可观的融资利息,各方都有利可图。

(二)公开型保理和隐蔽型保理

这是根据是否公开保理银行的名称来划分的。公开型保理是指债权转让一经发生,销售商须以书面形式将银行参与并受让商务合同下的应收账款债权的事实通知购货商,并指示购货商将货款直接付给银行。隐蔽型保理即指保理银行与销售商约定不向购货商披露商务合同下保理银行与销售商之间应收账款转让的事实,购货商仍向销售商付款,销售商收款后转付给银行。

由于隐蔽型保理的做法对于保理银行而言风险较大,而且,我国合同法也没有肯定只要出让人与受让人之间达成协议即可构成有效的、可约束债务人的债

权转让。相反,合同法却强调了通知债务人的必要性(合同法的第80条规定“债权人转让权利的,应当通知债务人。未经通知,该转让对债务人不发生效力”)。因此,在我国,若采用隐蔽型保理而忽略了对债务人的通知,则势必会引发债务人抗辩债权转让对其具有约束力的风险。所以,国内银行为防止这种情形的发生,在叙做保理业务时,基本倾向于采用公开型保理。

当然,根据各笔商品交易的特点,保理银行会根据客户的要求与需求提供隐蔽型保理,此时,保理银行应尤其注意对隐蔽型保理的风险防范,如在保理方案的设计上采用有追索权保理,以便有效地避免有关风险的发生。关于这一点,律师在承办保理业务的时候,应当向客户做出明确的提示和说明。

(三)有追索权保理和无追索权保理

这是根据委托方权益让渡程度的不同来划分的。有追索权保理是指销售商将符合保理协议规定并经银行认可的应收账款债权转让给银行,并取得贸易融资,应收账款管理等保理服务,银行凭受让的债权向购货商收款,购货商届时一旦拒绝付款或无力付款,银行即有权要求销售商偿还资金,即要求销售商回购所有债权。无追索权保理是指银行凭债权转让向销售商提供融资后,即放弃了对销售商的追索权利,由其独立承担购货商拒绝付款或无力付款的融资风险。

当然,对于银行而言,有追索权的保理相对风险就小,但是银行是否有追索权是一个银行与销售商谈判的结果。并且保理制度最大的优点就是可以提供无追索权的短期贸易的融资,因此许多销售商在申请保理业务时,往往会要求银行买断债权。因此现在有追索权保理和无追索权保理这两种情况在国内都采用较多,甚至还出现了有部分追索权的保理形式。这就是谈判的产物。

由于现在申请做保理业务以及银行接受叙做保理业务的客户基本上为优质客户,所以为了争取客户,银行在谈判中往往处于弱势地位。因此,对于客户的要求,银行一般会在控制风险的基础上,尽量予以满足。有鉴于此,对于无追索权的保理业务而言,如何从法律文件的条款设计中寻找保护银行利益的途径就显得尤为重要,这不仅是银行方面最为关心的,也是银行对于律师工作的基本要求。

二、律师与保理业务

目前,保理业务作为一种新颖的金融工具,已经为我国广大的贸易和金融工作者所接受,并且有了广泛的市场需求,然而有关保理制度的法律法规却并不健全。在这种情况下,如何在我国法律的框架内,使民商法律中的相关规则适用于保理业务并对其产生约束力,如何协助银行从事保理业务就成为律师应当认真考虑的问题。

表现在实际工作中,就是要求律师根据我国的法律法规、金融政策和各委托银行的内控管理制度,结合各案的特点,严格把关,仔细审查与保理有关的一系



列法律文件,包括纯粹的商务合同、保险合同等,帮助客户从法律的角度设计方案和控制风险,参与起草、修改有关文件,提供规范的保理法律文件,必要时参与有关重要谈判等。

(一)律师在介入保理业务时,首先要帮助银行审核该笔商品交易或国际贸易是否适合做保理业务,是否存在法律障碍

律师必须注意并审查或提示银行注意该笔应收账款债权是否:

1. 具有可转让性,即商务合同是否存在禁止应收账款债权转让的条款;根据商务合同所选择适用的法律,商务合同下该笔应收账款是否受到当地法律强制限制措施的控制而不能转让等。债权的可转让性,是银行保理商开展保理业务的前提条件。如果银行保理商接受的债权是不可转让的债权,就无法实现债权的有效索偿。

2. 具有合法性,即商品交易或提供的服务是否合法、有效或真实,商务合同是否因违反强行法而归于无效(即债权本身非法)。债权本身的合法性,不仅是合法转让债权的基础,而且是保理银行依法实现债权的前提。因为我国有许多法律和监管规章约束销售商出口交易的合法有效问题,如销售商是否有出口权、是否超越经营范围等都是甚为关注的问题,它们直接影响到债权的合法性,也制约着债权转让的合法性。

3. 存在权利上的瑕疵,即应收账款权属是否清楚没有争议,即是否是已经质押的应收账款;是否是商务合同下双方正在发生贸易纠纷的应收账款;该笔应收账款是否被第三人主张代位权;债权是否存在其他的权利瑕疵等。如果债权本身存在瑕疵或者与转让债权相关的权利存在瑕疵,接受债权转让的保理银行就势必会陷入债权瑕疵纠纷中去。

4. 存在其他不适合叙做保理业务的性质,包括可能发生债务抵消的应收账款;代销或者其他方式约定销售不成即可退货而形成的应收账款;因关联交易销售而产生的应收款,等等。这些都有可能对银行届时行使收款权利造成一定的法律障碍。

上述情况,作为银行律师应在审查有关商品交易的基础文件时及时发现,并提示银行进一步索取资料或进行调查,必要时,应要求境外律师针对有关问题出具法律意见书。

(二)律师保理业务的核心内容就是制作规范的保理文件

保理协议是保理业务中的重要文件,也是规定双方权利义务责任的基本法律文件。因此,银行及律师都会高度重视保理协议的制定工作,锁定合同风险。由于现在国内银行的一些标准或格式合同无法满足保理业务的文件要求,因此,银行往往会要求律师将工作重点放在拟订保理协议的环节上。对于条款,保理



协议应对保理业务的背景描述、应收账款的范围和条件、核准的信用额度、保理的期限、陈述与保证、履约承诺、费用、预付款融资及相关利息、税收处理、账户处理、追索权、应收款转让的通知、商务合同及单据副本的提交、违约事项和违约责任、纠纷处理方式、法律适用和管辖等事项作出明确的规定,并严格控制银行提供融资的前提条件。

在实际操作中,由于许多购货商为境外企业,保理银行无法直接接触,因而所谓的银行调查往往仅限于形式审查,这就存在很大的信用隐患。而律师也可能因为没有直接或较早地参与银行前期的调查、审查工作,而无法从法律角度较早的排除风险。因此这就更要求律师在制作保理文件时,考虑周全,注意设计相应的违约救济条款,以切实保护银行的利益。如将所购买债权的合法性风险、债权的可转让性风险、债权转让中的权利瑕疵风险、债权有效性及价值风险等有关内容作为销售商(保理业务申请人)在保理协议里的陈述和保证义务,将保持债权转让的完整性、债权转让的惟一性等内容作为销售商的承诺义务等等。一旦发现该笔应收账款存在不符合销售商所作的陈述与保证的情况,销售商即属于错误或虚假陈述,即构成违约;一旦销售商违反了其在保理协议里的任何承诺义务也将构成违约,都应承担违约责任,而违约责任的内容之一就是银行有权要求销售商立即清偿所有贸易融资的款项(即履行回购义务)。将有关保理业务的风险通过保理协议的条款设计转嫁到销售商身上,这在有追索权的保理业务中,对保理银行尤为重要。

(三)保理业务的担保问题以及保险问题

保理银行在叙做无追索权保理业务时,往往会要求第三人对保理业务的所有应收账款提供担保,或者要求销售商购买出口信用保险,这样银行将多一层风险保障。因此对于律师而言,在保理业务中审慎审查所有有关担保文件或保险文件的条款就成为一项重要的工作。律师应从这些文件的合法性,可执行性以及是否存在法律障碍等角度对其进行严密的审查。比如保险合同下保险公司的赔偿范围,保险公司的免责范围、保险权益转让等问题都是至关重要的审查内容。此外,保险公司提供的保险合同的条款是否与保理协议的条款与条件相匹配,是否存在冲突,哪些条款不适用于保理业务而必须进行修改等问题也是律师必须严格注意的事项。

保理作为国际贸易活动结算阶段的一项重要制度,已经引起了商业银行、销售商以及律师和政府部门的广泛重视。对于律师而言,由于我国政府对该项业务还没有制定出相应的法律法规,因而对其工作的要求就会更高,与此相应,因为缺少直接的法律依据,也给律师开展这项工作带来了更加广阔的空间。

(作者:朱蕾,国浩律师集团事务所合伙人,华东政法学院法律硕士)

金融机构就 SWIFT 承兑通知质押、 贴现的法律风险探析

随着国际贸易中远期汇票的大量采用,基于现代通信手段的日趋先进,用 SWIFT 方式承兑信用证项下远期汇票已经司空见惯。在实务操作中,国外开证行收到国内议付行的远期汇票后,通过 SWIFT 系统发出承兑通知(又称承兑电)。议付行将该承兑通知转通知给国内出口商。国内出口商为加快企业资金流动,通常以该承兑通知质押融资或者贴现。但是,在中国内地现行有效的票据法框架内,接受该承兑通知质押或贴现的金融机构注定面临着法律风险。

本文试图依循 SWIFT 格式承兑通知的质押、贴现的法律风险,结合票据法等国内法和国际私法规范,从以 SWIFT 方式承兑信用证项下汇票的承兑行为的法律适用入手,分析以 SWIFT 方式承兑汇票在票据法框架内的困难,并探讨如何解决这一困难。

一、何为以 SWIFT 方式承兑

SWIFT 是 Society for worldwide Interbank Financial Telecommunication 的缩写,全称“环球银行金融电讯协会”,也被理解为环球银行间财务通信系统。SWIFT 是一个专门从事传递各国之间的非公开性的国际金融电讯业务的组织,而 SWIFT 系统则是一套用于全世界各银行间资讯传递,调拨资金,开发信用证等业务的电信系统,并具有高性能、低成本、安全、迅速、电文标准化,以及可以与各种电脑连续作业的优点,其功能几乎可以完全取代电报作业,目前正被广泛用于银行间的业务往来。

以 SWIFT 方式承兑,是指付款人对远期汇票的承兑,是通过 SWIFT 系统将自己的承兑行为告知收款人,而不是像以往那样在票据上作成“承兑”字样后交付给收款人。两者的主要区别在于前者的承兑行为的载体与票据是分离的,而后者则不然。

二、以 SWIFT 方式承兑的汇票被质押或贴现所面临的法律风险

在形式要件上,以 SWIFT 方式承兑汇票的质押行为不符合担保法、票据法

的规定。在信用证方式的出口结算中,远期汇票被议付行交付给境外的开证行,开证行以 SWIFT 方式承兑,造成了承兑载体与汇票的分离。国内出口商仅持有承兑通知(承兑电)而非汇票本身,占有承兑通知当然不是对票据本身的占有。担保法第 76 条规定,质权人未实际占有票据等权利凭证,质押合同不生效。而票据法第 35 条规定,未在汇票上背书记载“质押”字样,该质押关系也不能成立。

在实质要件上,以 SWIFT 方式承兑汇票的票据行为是否具有法律效力也有争议。金融机构接受以 SWIFT 方式承兑汇票质押贷款或贴现,通常是基于该类汇票已被承兑。一种观点认为,SWIFT 承兑通知(承兑电)仅载有付款人承兑承诺的电子信息,该类承兑行为并不具备《中华人民共和国票据法》第 42 条所规定的“付款人承兑汇票的,在汇票正面记载‘承兑’字样和承兑日期并签章”的特征。因而承兑行为依法无效,该远期汇票将被视为未承兑。而既然承兑行为依法无效,以没有银行信用担保的票据质押贷款或贴现,风险自然不言而喻。另一种观点认为,该类承兑行为应适用国际惯例,承兑行为有效,因而不存在票据法意义上的法律风险。

笔者认为,在以 SWIFT 方式承兑的汇票被质押或贴现所面临的法律风险中,实质要件是应首要解决的问题。上述有关实质要件的分歧,实际是以 SWIFT 方式承兑信用证项下汇票的票据行为的法律冲突问题,该类票据行为应适用国际公约、国际惯例,抑或由某冲突规范援引相关准据法调整,是金融机构进行此类汇票质押、贴现业务时重要的考察内容。

三、以 SWIFT 方式承兑的汇票被质押或贴现面临法律风险的原因探析

(一)法律适用问题

涉外票据的法律适用问题属于国际私法领域的研究对象。我国票据法基于我国立法的通常做法,采取了实体法与国际私法合二为一的立法体例。票据法第 95 条规定:“涉外票据的法律适用,依照本章的规定确定。”为我国涉外票据国际私法规范提供了国内法渊源。票据法第 5 章为涉外票据的法律适用确立了如下规则:

1. 国际条约优先适用原则

票据法第 96 条第 1 款规定:“中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同本法有不同规定的,适用国际条约的规定。但是,中华人民共和国声明保留的条款除外。”目前,国际上正式生效的有关票据的公约有《日内瓦统一本票法》、《日内瓦统一支票法》、《解决汇票本票法律冲突公约》、《解决支票法律冲突公约》等 4 个,但我国均未参加。因此,相关国际公约确定的票据规则,不能适用于我国出口贸易的信用证项下 SWIFT 承兑汇票。

2. 国际惯例补充适用原则

国际惯例通常在没有相应的国内立法和国际条约规定的情况下才准许适用。票据法第 96 条第 2 款又规定:“本法和中华人民共和国缔结或者参加的国际条约没有规定的,可以适用国际惯例”。表明当前只有在票据法没有规定的情况下(国际公约因未缔结、参加而不予考虑),才可以适用《统一票据规则》、《票据统一公约》、《商业汇票代收统一规则》等国际惯例。

票据法第 42 条规定:“付款人承兑汇票的,应在汇票正面记载‘承兑’字样和承兑日期并签章”,已经对汇票承兑的行为方式予以明确。即使国际惯例承认以 SWIFT 承兑远期汇票的方式确有效力,也应首先适用票据法的规定,而不是遵循国际惯例。因此,国际惯例同样不能耸用于我国出口贸易的信用证项下 SWIFT 承兑汇票。

3. 根据冲突规范援引准据法的原则

所谓冲突规范,是指明某一涉外民事法律关系应适用何国实体法的法律规范的总称。票据法第 99 条规定:“票据的背书、承兑、付款和保证行为,适用行为地法律。”确立了涉外票据承兑法律行为的法律适用问题。根据冲突规范的结构组成,“票据的背书、承兑、付款和保证行为”是该冲突规范的范围,“适用行为地法律”是该冲突规范的系属。可见“行为地”是该冲突规范的连接点,而“行为地法律”是该冲突规范指向的准据法。

(二)法律效力问题

如前所述,在票据法所确立的三项原则中,国际条约与国际惯例均因前述原因不能适用 SWIFT 汇票承兑行为。票据当事人只能援用票据法第 99 条规定,以汇票承兑行为地的法律为准据法,适用以 SWIFT 承兑汇票的票据行为。

而以 SWIFT 承兑汇票的票据行为的法律效力,取决于汇票承兑行为地有关票据法律规定。

在中华人民共和国境内的开证行通过 SWIFT 系统发出承兑通知(又称承兑电),因其不具备票据法第 42 条所规定的“在汇票正面记载‘承兑’字样和承兑日期并签章”的特征,该票据行为不具备法律效力。

而在中华人民共和国境外的开证行通过 SWIFT 系统发出承兑通知(又称承兑电),应遵循境外开证行所在国家或地区的法律规定,判断其是否具有法律效力。如开证行当地的法律承认 SWIFT 承兑方式,则承兑行为有效;如有类似中华人民共和国票据法第 42 条之限制性规定,则该承兑行为无效;但若该国票据国际私法规范存有转致、反致等规定,则情况将更加复杂。因此,以 SWIFT 承兑出口贸易的信用证项下汇票的法律效力具有不确定性,境外的开证行以 SWIFT 方式向境内持票人承兑汇票并不当然具有法律效力。