

## 土地一级开发业务风险防范

文/朱玉明，广东广大

朱玉明，广东广大律师事务所合伙人，主要执业领域为中国境内房地产买卖及开发、基础设施、建筑工程项目中的法律事务，包括房地产开发及建筑项目的买卖、收购、重组、合作开发、工程承包及分包以及与此相关的诉讼、仲裁业务等。擅长处理与知识产权相关的纠纷，通过诉讼、仲裁及行政手段，在中国珠三角地区成功办理过诸多知识产权纠纷案件。电子邮件：[ymzhu@gdlawyer.com](mailto:ymzhu@gdlawyer.com)

企业参与政府土地一级开发，已成为房地产投资的热点之一。但对于企业投资土地一级开发的相关法律规定还不完善，各方面的做法和认识也不一致。

### 盈利模式存在法律和政策风险

据《土地储备管理办法》，负责土地储备（包括土地前期开发，即所谓的一级开发）的实施机构是土地储备中心或授权行使土地储备中心职权的相关政府机构。实质上，企业参与土地一级开发是接受政府委托，按市场化运作的方式，完成土地前期开发行为。可见，政府与从事一级开发企业间的关系符合民事法律关系中的委托合同和承揽合同关系。根据相关合同关系的基本特征，受托人接受委托人的委托后，应根据委托人的指示、要求及相应的标准、方式处理、完成委托事项。委托事项完成后，应按照约定的标准交委托人验收，委托人按照约定支付受托人报酬。

土地一级开发常见的盈利模式包括基本收益和浮动收益。基本收益包括开发企业受托进行一级开发的应得报酬、垫资开发的银行利息；浮动收益为在完成土地一级开发后，进行土地出让时，出让所得与约定的基准价之间的差额分成。

企业筹资进行土地一级开发，在法律性质上类似于建筑施工企业垫资施工行为。参照最高人民法院相关规定，企业垫资开发，约定收取银行贷款利息合乎法律的基本精神。

然而，企业投资参与土地一级开发的关键在于，虽然相关政策精神鼓励吸引社会资金通过市场化运作模式，参与土地一级开发，但对于如何界定及保障开发企业的投资收益尚未见明确规定。《北京市土地储备和一级开发暂行办法》规定原则上“利润率不高于预计成本的8%”，实际上是将企业的筹资开发当成是垫资开发来对待。

常见的操作模式是约定企业投资一级土地开发承担投资风险，同时，由企业负责土地一级开发的管理并按照承担市场风险的方式体现收益，类似的约定符合投资行为的主要法律特征。但对于由企业来进行投资，约定承担风险及分享土地出让收益，目前尚缺乏明确的法律或者政策依据，存在很大不确定性。

而国务院办公厅《关于规范国有土地使用权出让收支管理的通知》规定，土地出让收入应全部缴入地方国库，各地的土地储备机构无权自行处理。因而，企业在与土地储备机构或者授权行使相关职权的部门签订《土地一级开发委托协议》中，约定的企业参与土地出让收益分成存在一定的法律和政策风险。

对相关问题企业应有清醒的认识，积极而不失稳妥地推进土地一级开发业务。此外，实践中还存在其他形式的投资收益模式，如约定一级开发企业参与竞投受让国有土地使用权进行商业开发等。

---

## 如何防范业务风险

据过往项目的实际情况,主要法律风险的控制环节包括以下几个方面——

首先,按照《国务院关于投资体制改革的决定》,属于使用政府性资金投资建设的项目及基础设施建设项目,仍应通过立项审批。另外,就拟开发的土地尚需取得建设用地规模、指标,使后续工作具备合法前提和基础。

其次,应通过合法途径确定开发企业的土地一级开发主体资格。按照《招标投标法》规定的原则,凡涉及市政建设、动用国家资金进行建设的项目,必须通过招投标方式确定中标单位。因此,开发企业在取得具体土地一级开发业务时,需要通过公开招投标程序进行。若非通过招投标方式获取一级开发项目,建议将相关项目申报当地政府部门,取得其书面批复同意,或者会议纪要(包括确定相关土地一级开发主体资格和合作主要原则),以避免因主体资格问题而可能带来的风险。

同时,建议开发企业考虑申请办理工程总包资质,以便于在一级开发过程中以工程总包形式接受委托及对外分包专项工程。

最后,保障资金安全。建议开发企业在签订的《土地一级开发委托协议》中,约定企业出资的前提条件,如将当地政府对确定土地一级开发的主体地位、土地一级开发内容、合作方式、投资收益模式、资金保障等原则事项的批复同意列为出资的前提条件。

在项目实施前,寻求将收益分成分配事项纳入今后项目土地出让收入地方基金支出的预算管理,从而保障资金及投资收益安全。开发企业也可通过金融机构委托贷款的方式投入资金,在此过程中,完善资金担保手续。在条件成熟的前提下,建议探索生地出让、储备土地抵押担保融资的模式,以确保投入资金的安全。在土地一级开发项目竣工、验收、结算后,需要按照规定办理审计手续。

版权所有 © SGLA 2008。

此出版物仅供阁下参考和兴趣阅读之用,无意作为完整全面的信息,并不构成亦不应予以依赖为法律意见。请根据自身情况寻求专门咨询。