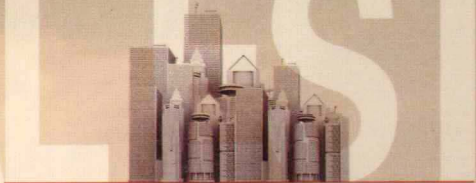


REAL ESTATE



PRACTICAL ANALYSIS OF
LEGAL RISKS PREVENTION AND CONTROL OF
REAL ESTATE PROJECT DEVELOPMENT

房地产项目开发 法律风险防控实务解析

彭彤 欧阳宇翔 曾令佳 文钰◎著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

REAL ESTATE

PRACTICAL ANALYSIS OF
LEGAL RISKS PREVENTION AND CONTROL OF
REAL ESTATE PROJECT DEVELOPMENT

房地产项目开发 法律风险防控实务解析

彭彤 欧阳宇翔 曾令佳 文钰◎著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

房地产项目开发法律风险防控实务解析/彭彤等著. —北京:北京大学出版社, 2013.6

ISBN 978-7-301-22519-6

I. ①房… II. ①彭… III. ①房地产业-法律-研究-中国 IV. ①D922.181.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 098814 号

书 名: 房地产项目开发法律风险防控实务解析

著作责任者: 彭 彤 欧阳宇翔 曾令佳 文 钰 著

策 划 编 辑: 曾 健

责 任 编 辑: 陈 康

标 准 书 号: ISBN 978-7-301-22519-6/D·3335

出 版 发 行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.yandayuanzhao.com>

新 浪 微 博: @北大出版社燕大元照法律图书

电 子 信 箱: yandayuanzhao@163.com

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788

出版部 62754962

印 刷 者: 北京大学印刷厂

经 销 者: 新华书店

730 毫米×1020 毫米 16 开本 13 印张 262 千字

2013 年 6 月第 1 版 2013 年 6 月第 1 次印刷

定 价: 35.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子信箱:fd@pup.pku.edu.cn

序

依法治国,建设社会主义法治国家是我国的基本治国方略,也是一项关系我国未来长治久安和繁荣昌盛的伟大事业,需要包括法官、检察官、律师及法学家在内的法律职业共同体肩负历史使命,共同努力来推动。法律职业共同体的形成和发展是建设社会主义法治社会过程中不可或缺的,一个健康成长的法律职业共同体,对社会主义法治建设的推动作用也是不可忽视的。律师作为我国法律职业共同体的有机组成部分之一,在社会经济生活中的作用日益凸显,在社会纠纷的调处、公民权利的维护、公平正义的实现、商事交易的促进、知识产权的保护等方面发挥着越来越重要的作用。

经过三十多年的发展,在北京、上海、广东等法律服务业发达的地区,律师行业的发展已逐步走上专业化、综合化、品牌化的良性轨道,执业律师人数逐年增加,律师专业素养不断提高,律师行业日渐成熟。湖南省作为中部省份,由于地域因素影响,律师行业的整体发展水平与发达地区相比还存有一定的差距。当前,湖南省正在全面实施建设“法治湖南”战略,作为司法行政主管部门,我们需要进一步积极采取各种措施,努力推动湖南省律师行业发展,加强律师队伍建设,提高律师业务水平,充分发挥律师在“法治湖南”建设中的积极作用。令人欣喜的是,近年来,在湖南省律师界逐渐涌现出了一批教育背景好、专业素养优、业务能力强、政治觉悟高、执业操守好的优秀律师。他(她)们或著书立作,或开坛论讲,或传道授业,通过各种形式将自己的学习心得、研究成果、执业经验、发展理念等充分展示给年轻的同行,在帮助同行进步和成长的同时,也推动了湖南省律师行业的发展和进步,我们对此给予充分的支持与鼓励。

002 房地产项目开发法律风险防控实务解析

此次,由上海协力(长沙)律师事务所的彭彤、欧阳宇翔律师等人撰写的《房地产项目开发法律风险防控实务解析》一书就是其中的典型代表之一。该书系作者多年来房地产法律服务实践的经验总结,系统阐述了房地产项目拿地、规划设计、工程建设、房屋销售、物业管理等各个环节的法律风险控制要点,既有一定的理论深度,又不失现实操作性,对广大法律从业人员及房地产从业人员均具有较高的借鉴参考价值。

是为序!

万传友
2013 年 3 月

目 录

第一章 开发商在项目开发过程中的法律风险防范与控制概述

第一节 开发商法律风险概述	001
一、开发商法律风险的定义	002
二、开发商法律风险的特点	002
第二节 开发商的法律风险防控方法	003
一、树立“事前预防,事中控制,事后补救”的法律 风险意识,建立企业法律风险防控体系	003
二、配备专业的法律人才	003
三、实现法律人才与房地产专业技术人才的充分对接	004

第二章 建设用地使用权的法律风险防控

第一节 土地使用权出让的风险及控制	005
一、主体问题	005
二、土地出让价款问题	006
三、出让方式问题	007
四、土地交付时应注意的问题	008
第二节 土地使用权转让的风险及控制	008
一、土地使用权转让时关于投资开发的限制条件	008
二、合作开发中的土地使用权转让	009
三、出让方无土地使用权或土地使用权存在权利瑕疵	009
四、土地使用权转让合同签订前的“预约”问题	010
五、土地使用权转让合同效力与转让登记的关系应当明确	010
第三节 土地使用权抵押的法律风险	011
一、土地使用权抵押权与优先权的冲突与处理	011
二、关于破产案件中对土地抵押权的限制问题	011
三、《物权法》的颁布为不动产抵押权的善意取得确立了 法律依据	013

002 地产项目开发法律风险防控实务解析

第四节 农村土地法律风险	014
一、宅基地使用权的流转	014
二、“小产权房”的法律问题	014

第三章 规划和设计阶段的法律风险控制

第一节 规划设计阶段成本控制的法律方法	022
一、通过招标方式选择成本意识强的设计单位	022
二、在设计合同中明确约定设计单位进行限额设计的义务	023
第二节 签订设计合同时的注意事项	023
第三节 城市规划变更的法律风险及其防范对策	026
一、城市规划变更法律风险概述	027
二、防范措施	028
第四节 市政工程代建的法律责任及其防范措施	029
一、开发商作为代建人的法律责任	030
二、重视代建合同的签订,防范市政工程代建风险	033

第四章 工程建设阶段的法律风险防范与控制

第一节 施工招标过程中的法律风险概述及其防范措施	052
一、施工招标阶段法律风险概述	052
二、防范招标风险的对策与措施	057
第二节 签订监理合同的注意事项	061
第三节 施工单位工程转包行为的认定及其防范	064
第四节 工程签证的注意事项	066
第五节 工期延误损失的约定	068
第六节 防范农民工工资风险	069
第七节 施工合同纠纷应诉策略	073
第八节 《湖南省建设工程施工合同(示范文本)》通用条款解读	075

第五章 商品房销售阶段的法律风险防范与控制

第一节 商品房销售前期事宜的法律风险防范与控制	138
一、关于“诚意金”的收取	138
二、关于商品房认购协议	138
三、关于商品房销售广告	139
四、关于“捂盘惜售”	139

第二节 开发商在银行按揭贷款中的法律风险及防范措施	141
一、开发商与银行、购房人之间的按揭办理流程	141
二、开发商在按揭中的法律风险	142
三、风险防范措施	145
第三节 商品房买卖合同纠纷司法解释背景下的法律风险防范与控制	147
一、对开发商相对有利的规定	148
二、对开发商相对不利的规定	149
三、开发商面对司法解释如何趋利避害	150
第四节 规划、设计变更的法律风险防范与控制	152
一、规划局部变更的常见情形	152
二、变更规划的法律风险	152
三、相关法律、法规和商品房买卖合同示范文本的相关内容	153
四、防范和应对措施	153
第五节 《长沙市商品房买卖合同(示范文本)》条文解读	154
一、签订商品房买卖合同应注意事项	154
二、合同条款的逐条解读	155
 第六章 物业租赁过程中的法律风险防范和控制	
一、租赁合同效力的法律风险	181
二、租赁合同终止履行时装饰装修物的处理及其残值损失的承担	181
三、限制承租人滥用优先购买权	183

第一章 开发商在项目开发过程中的法律风险防范与控制概述

第一节 开发商法律风险概述

房地产业是一个高投入、高产出、高利润,同时也伴随着高风险的行业。行业的高风险性决定了房地产行业的风险控制是开发商在开发经营过程中必须应对的课题。一般认为,房地产业的风险主要包括市场风险、政策风险和法律风险三类。相对而言,前两者可能给开发商带来的风险巨大而直接,使开发商往往非常注重市场风险和政策风险的防范,突出的表现就是在房地产开发过程中开发商一般都比较注重项目的可行性论证,注意搜集市场信息,并且密切关注国际、国内经济形势和项目所在地的房地产政策的变化,随时调整开发策略。与市场风险和政策风险相比,法律风险具有潜伏期和细节性,比较隐蔽和间接地散布在房地产开发的各个环节,而且法律风险的可能性也并不代表爆发的必然性,实践中也确实有一些本身蕴含法律风险的行为,或者因为合同当事人没有“较真”,或者因为相关行政职能部门没有发现或没有认真追究等种种原因,最终各方相安无事,结局“皆大欢喜”。基于以上原因,很多开发商尤其是从事房地产开发时间不长、内部管理不够规范的开发商,对法律风险不够重视,在法律风险防控方面的投入较小。其实,市场风险、政策风险属于系统性风险,开发商往往不能控制和预见,而法律风险属操作性风险,具有可控性和可预见性的特质,因此开发商加强法律风险的控制,可以为企业避免不必要的损失,能为企业带来现实利益。遗憾的是,目前相当一部分开发商内部不设专职法律事务人员,即使外聘了律师事务所担任常年法律顾问,投入也不高,进行重大经营决策或者对外签署法律文件时,也并不咨询顾问律师的意见,法律风险的防范实质上处于虚无的状态。等到法律风险暴露出来,遭受严重的经济损失或者信誉损失时,方才如梦方醒,意识到法律风险防范的必要性,但此时损失已经造成,只能“悟已往之不谏,知来者之可追”了。实践表明,法律风险隐含在房地产开发的各个环节,对开发商的成本控制和信誉保证具有重要的现实意义。目前,国内知名房企均设有专职的法律事务部,配备了人数众多、素质较高的专职法律事务人员,除此之外,还在项目开发当地外聘专业素质较为突出、熟悉当地法律政策的专业律师担任项目法律顾问。实践证明这种做法对房地产开发过程中的风

险控制起到了重要的作用。因此,开发商应当对法律风险的防范给予足够的重视。

一、开发商法律风险的定义

对开发商而言,将房地产开发法律风险作为一个学术概念进行逻辑严密的定义显然没有必要。概括、通俗地讲,房地产开发法律风险就是指在房地产开发中,开发商因违反法律规定,或者开发经营活动不严谨、细致而存在法律漏洞,或交易活动欠缺明确的权利义务安排,从而导致自身遭受法律上的不利利益的可能性。具体表现在以下两个方面:

1. 因违反法律规定而遭受法律制裁。比如未取得施工许可证擅自进行建筑施工,可能会受到建设主管部门的行政处罚。
2. 因开发经营过程中的民事行为承担民事法律关系上的不利后果。比如因不熟悉相关法律规定签订违反法律禁止性规定的合同,导致合同无效或者被撤销,因权利义务约定不明确导致产生合同纠纷、在民事诉讼中败诉等。

二、开发商法律风险的特点

1. 多样性

房地产开发资金密集,开发周期长,涉及的当事人众多,法律关系较为复杂。房地产开发过程中开发商的相对人不仅包括发改委、国土、规划、建设、房产局、环保等众多行政部门,也包括施工单位、人数众多的购房人、勘察设计单位、监理单位、销售代理机构、咨询机构、质量检验检测机构、银行等众多行为相对人,是面临的行为相对人最多、法律关系最复杂多样的行业之一。与此相对应,开发商法律风险也呈现出明显的多样性。

2. 社会关注度高

开发商法律风险最集中体现在工程建设领域和商品房销售领域,长期以来,开发商与施工单位之间的施工合同纠纷以及与购房人之间的商品房买卖合同纠纷一直在人民法院受理案件总数中占有相当大的比例,社会关注度也一直非常高。在媒体的聚焦效应下,一起简单的纠纷处理不慎可能会对开发商造成很大的信誉损失。

3. 鲜明的行业特点

房地产开发涉及大量的房地产行业专业知识,其法律风险的表现形式也具有明显的行业特点,尤其是工程建设领域,非工程建设专业人士可能根本无法理解纠纷的具体成因和解决途径。这一特点使得房地产行业的法律人,包括开发商内部专职法律人员、律师和房地产纠纷案件的审判法官,都必须掌握一定的房地产行业相关专业知识,才可能在了解相关实施背景的基础上进行法律判断,寻求解决之道。

第二节 开发商的法律风险防控方法

根据笔者的执业经验,就开发商的法律风险防控提出以下建议:

一、树立“事前预防,事中控制,事后补救”的法律风险意识,建立企业法律风险防控体系

实践中,有的开发商认识不到位,对法律风险的危害估计不足,即使聘请了执业律师,或者配置有专门的公司法务人员,也仅仅是把法律专业人士作为“救火队”使用,有了纠纷才临时抱佛脚,让法律专业人员介入。亡羊补牢当然为时未晚,但此前已经丢失的羊毕竟无法找回,遭受了本来可以避免的损失。因此,开发商需要树立风险防控机制前置的理念,将风险控制机制前移到经营管理的前期阶段,并深入到房地产开发的每一个环节。具体表现为,在决策初期,由法律专业人士参与论证,提出法律意见,指出风险控制要点;在实施阶段,由法律专业人士全程参与合同的谈判、文本的起草、审查和修改,明确界定合同当事人的权利义务,最大限度地防止合同纠纷;在决策实施阶段,由法律专业人士密切跟踪,遇有纠纷和争议及时作出反应,采取切实有效的补救办法和处理措施。只有这样,才能切实有效地防范和控制企业的法律风险,保证房地产开发预期商业目标的顺利实现。

实践证明,“事前预防,事中控制,事后补救”的风控模式是适应我国房地产业的发展的。随着我国房地产市场的不断成熟和完善,规范化的管理对开发商的重要性将进一步体现,“事前预防,事中控制,事后补救”的风控模式今后一定会被越来越多有远见的房地产开发商所接受和采用。

二、配备专业的法律人才

1. 遴选房地产法律专业人才的标准

由于开发商法律风险具有明显的行业特点,房地产行业的法律服务不仅要求较高的法学专业知识和实务操作技巧,而且需要具备相应的房地产专业知识和经验,对房地产法律服务从业人员的要求较高。一般来说,处理房地产领域法律事务需要具备以下条件:

- (1) 熟练掌握房地产和建筑工程的有关法律、法规、地方立法和国家政策;
- (2) 熟知房地产开发流程,掌握房地产工程建设、房产销售等方面的相关专业知识,具有房地产开发法律实务操作经验;
- (3) 必要的人数规模,能够胜任较大的工作量。

2. 组建“内脑”与“外脑”相结合的人才结构

(1) 开发商应当配备专门的法务人员

开发商具有法律事务多、工作量大的特点,典型表现在施工合同方面,目前湖南省内各建设主管部门明确要求省内施工合同备案均统一采用《湖南省建设工程施工合同示范文本》,该示范文本长达97页,6万多字,按照一般人群的阅读速度,仅通篇浏览一遍就需要4个小时以上。如此之大的工作量,不配备专职法律事务人员显然难以达到良好的法律风险控制效果。因此,开发商应配备专门的法务人员,组建法务部门,作为企业的“内脑”,其主要职责是负责企业日常法律事务的处理、合同管理、相关法律事务基础材料 and 信息的搜集和管理等,并负责与企业外聘律师的工作联络和衔接,必要时配合企业外聘律师的工作。

(2) 聘请社会法律服务机构对日常法律事务进行最终把关,并为重大事项决策和重大诉讼提供法律技术支持

目前的现实情况是,开发商给予内部专职法律人员的待遇,相对于社会上真正在房地产法律服务领域有较高专业水准的执业律师的收入有不小的差距,而出于人力资源成本和其他企业内部管理方面的考虑,开发商不太可能短期内大幅提高内部法律专职人员的待遇,这使得开发商难以招聘到并挽留住真正在房地产法律事务处理上具有丰富的从业经历、专业过硬的专业法律人才。因此,与专门的社会法律服务机构相比,企业内设的法务部人员在对专业法律领域的研究、办案经验、人脉资源等方面不可避免地具有一定的局限性。为弥补企业法务部的局限性,有必要外聘社会法律服务机构作为企业的“外脑”,协助处理重大、复杂的法律事务。社会法律服务机构具备专业的团队优势以及丰富的执业经验,可以作为法务部职能的重要补充。通过内脑与外脑相结合的方式,保证企业法律人才的充分配置,才能为企业法律事务的处理提供可靠的保障。

三、实现法律人才与房地产专业技术人才的充分对接

法律属于社会学科,房地产的其他相关专业,如施工、造价等属于典型的理工学科,二者相比常令人有隔行如隔山之感。根据笔者的执业经验,很多开发商不同程度地存在法律专业人士与业务部门沟通不够充分的问题,影响了法律风险控制的效果。例如,施工合同中的造价条款,造价师可能想当然地认为合同条款的表述已经明确无误,而法律专业人士对其进行文义解释却认为存在歧义,只是限于专业知识的局限,难以用“造价语言”表述出来。这时候双方的沟通与交流就非常重要,否则就会出现风险控制的盲点,眼睁睁地看着风险控制的机会消失。要实现业务部门与法律部门的顺利沟通,法律专业人士首先应当掌握必要的房地产行业工程内施工、工程造价等方面的专业知识,同时,相关业务部门也应当尊重法律专业人士的意见和建议,向其仔细解释相关交易背景、商业意图以及专业知识,以保证法律专业人士作出准确的法律判断,提出的意见和建议更具有针对性和可操作性。只有实现法律专业人才与房地产专业技术人才的充分对接,法律风险控制才能真正落到实处。

第二章 建设用地的法律风险防控

本章围绕我国土地使用权制度,结合司法实践和笔者经手的案例,对土地使用权出让、转让、抵押及农村土地问题逐一论述。

第一节 土地使用权出让的风险及控制

按照《中华人民共和国城市房地产管理法》(以下简称《城市房地产管理法》)第8条的规定,土地使用权出让,是指国家将国有土地使用权(简称土地使用权)在一定年限内出让给土地使用者,由土地使用者向国家支付土地使用权出让金的行为。本节对实践中开发商需要特别注意的几个法律问题分析如下:

一、主体问题

土地使用权出让合同,是指市、县人民政府土地管理部门作为出让方将国有土地使用权在一定年限内让与受让方,受让方支付土地使用权出让金的协议。由此概念可以看出,土地使用权的出让方限于“市、县人民政府所属的土地行政管理职能部门”,实践中一度大量出现的市辖区和开发区所辖国土管理部门作为土地出让主体是不符合相关法律规定的。

目前,法学理论和司法实务一般认为土地使用权出让合同视作民事合同。对于不适格的出让主体问题,最高人民法院《关于审理涉及国有土地使用权合同纠纷案件适用法律问题的解释》一方面规定对不具备法定主体资格的开发区管理委员会作为出让方与受让方订立的土地使用权出让合同按无效处理,另一方面规定了补救措施,即2005年8月1日之前开发区管理委员会签订的土地使用权出让合同,起诉前经市、县人民政府土地管理部门追认的,可以认定合同有效。最高人民法院的该规定系顾及全国各地出现的开发区自行大量通过土地优惠甚至零地价招商引资的现象,避免合同大量无效的折中处理方式。但笔者认为,该规定关于补救措施的处理方式有悖法理,作为民事合同,土地出让方如果系无权处分,开发区管理委员会作为出让方签订合同系无权处分行为,出让合同也应作为效力待定合同处理。根据《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》)第51条的规定,无处分权的人处分他人财产,经权利人追认后,该合同有效。因此,笔者认为,不论是在

2005年8月1日之前或之后,不适格的出让主体签订的土地使用权出让合同应当都可以因追认而使合同有效。当然,作为开发商为防范自身风险,如在土地一级市场拿地应充分注意出让主体是否适格,或在受让土地前要求出让方取得充分的授权,避免实践处理中带来不必要的麻烦。

对于市辖区作为出让主体的问题,目前可以参考的规定只有国家土地管理局《对出让国有土地使用权有关问题请示的答复》,《中华人民共和国城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》(以下简称《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》)中规定的“市、县人民政府”,所指的“市”包括全国各级市;所指的“县”不包括市辖区。据此,开发商应特别注意市辖区没有出让国有土地的权限,土地出让合同应与市辖区所在市政府土地管理部门签署。

同时,在全国很多地方已经出现政府或其土地职能部门为招商引资,对于没有办理土地征收手续的集体土地作为出让土地,与企业就集体土地即签订招商协议,将该土地作为引资的代价,甚至有案例系以政府设立的企业作为出让方与企业达成土地出让协议,由于这些条款的设置均系无权处分行为,对于企业拿地的权益无法得到保障,作为拿地企业应当对此足够警惕,必要时先期进行尽职调查再进行决策,以免顺利拿地的目标落空。

目前的法律和司法实践中对土地受让主体没有明确限定,即使对单个宗地的特殊限制,也不得设定影响公平、公正竞争的限制条件。从法律角度来看,对受让方也没有的资质要求,法人和自然人均可作为受让方,只有对于涉及外商投资部分在其他方面的特殊要求,如2006年7月11日发布的《关于规范房地产市场外资准入和管理的意见》规定:境外机构和个人在境内投资购买非自用房地产,应先申请设立外商投资企业,经有关部门批准并办理有关登记后,方可按照核准的经营范围从事相关业务。外商投资设立房地产企业,投资总额超过1000万美元(含1000万美元)的,注册资本金不得低于投资总额的50%。根据该规定,外商和外国自然人不具备直接受让建设用地使用权的资格。

二、土地出让价款问题

作为市场主体的纯粹市场行为,商品当然是价格越低越好,根据民法原理,法律也应当尊重当事人的真实意思表示。但土地使用权出让行为虽然如前所述,从法律上系作为民事行为对待,但在土地价款的确定方面却有限制性规定,即出让土地使用权的出让金不得低于按国家规定所确定的最低价。显然,对于土地受让方来说,不是价格越低越好,而是在最低价的基础上争取最低成本。

实践中,对于出让金低于当地政府按国家规定所确定的最低价时合同效力的认定,笔者认为,最高人民法院《关于审理涉及国有土地使用权合同纠纷案件适用法律问题的解释》的规定非常合理,且具有可操作性。该解释第3条规定,经市、县人民政府批准同意以协议方式出让的土地使用权,土地使用权出让金低于订立合

同时当地政府按照国家规定确定的最低价的,应当认定土地使用权出让合同约定的价格条款无效。如此认定,没有否定土地出让合同的效力,仅对条款效力作出认定,符合保护市场交易安全的精神,有利于维护既有的市场秩序。该条第2款根据过错程度又对操作方向作出引导,即当事人请求按照订立合同时的市场评估价格交纳土地使用权出让金的,应予支持;受让人不同意按照市场评估价格补足,请求解除合同的,应予支持。因此造成的损失,由当事人按照过错承担责任。

对于采取招标、拍卖方式签订土地使用权出让合同,但由于操作原因使土地使用权出让金低于最低价的,笔者认为,此时的过错方在于出让方,其合同效力的处理原则依然可以参照协议方式处理,但在考虑过错时应偏向于保护受让方。

企业同时需要对土地出让价款的支付方式予以充分重视。由于土地出让价款事实上是对土地出让期限范围全部地租的体现,该价款原则上应当于办理土地使用证之前全部付清,但部分土地由于地价过高或其他特殊历史原因,企业可以支付部分价款后取得土地使用证,从而实现融资目的,企业在拿地之前应当对价款支付方式充分重视。如前所述,由于土地出让合同的民事合同性质,企业在签订土地出让合同后应当充分注意到逾期支付价款可能产生的后果,避免出现对企业不利的出让方单方解除合同。

三、出让方式问题

《中华人民共和国物权法》(以下简称《物权法》)第十二章关于建设用地使用权明确规定,工业、商业、旅游、娱乐和商品住宅等经营性用地以及同一土地有两个以上意向用地者的,应当采取招标、拍卖等公开竞价的方式出让。笔者认为,该经营性用地的界定存在很大的可操作性,根据2002年1月1日实施的《土地分类》,按《中华人民共和国土地管理法》(以下简称《土地管理法》)的规定将建设用地作为一级类,其所属二级类包括商服用地、工矿仓储用地、公用设施用地、公共建筑用地、住宅用地、交通运输用地、水利设施用地、特殊用地八大类,而《物权法》对于经营性用地的描述与土地分类不符,导致实践中对经营性用地的认定存在人为可操作性,从而也为部分利益主体规避招标、拍卖方式找到了突破口。

笔者同时注意到,虽然国土资源部制定的《招标拍卖挂牌出让国有土地使用权规定》已经实施多年,且挂牌方式作为与招标、拍卖并行的出让方式被广泛使用,但《物权法》及随之修改的《城市房地产管理法》均未将挂牌方式作为独立的出让方式列举。按笔者的理解,由于挂牌方式普遍存在一个问题,即挂牌后各竞买人均报价不报,直到挂牌即将截止才纷纷开始报价,导致出现挂牌截止时有两个以上的竞买人要求报价,最后仍然需要通过现场竞价的方式确定最终竞买人。因此,挂牌方式虽然具有方式简便、节省组织费用等优点,但由于其在实践中经常成为拍卖的前置程序,而不被国家法律作为独立出让方式而认可。

值得一提的是,虽然国家对土地出让方式已经强调多年,某些企业仍然热衷于

与政府签订如《县城综合运营开发协议》等,采取类似以土地换基础设施建设的方式谋求政府业绩和企业利益最大化,由于该协议书对企业关于拿地的约定在操作性方面与国家规定相悖,对于企业方来说存在极大的风险,企业采取此方式应当特别注意。

四、土地交付时应注意的问题

作为土地受让方,在办理土地交接时,应对照《付款与交地协议》和国有土地使用权出让合同约定的土地支付条件进行仔细核对,比如是否达到“七通一平”,基础设施是否到位等。如土地交付条件不符合约定的,企业应当指出,并要求交地方严格按照约定及时整改。出让土地交付时是否已经按协议完成出让土地拆迁安置方面的补偿工作也是非常重要的交地基础,当前司法实践中已经出现在被拆迁人就拆迁安置补偿向行政机关提起行政诉讼时,人民法院将开发商追加为第三人,判令开发商承担补偿责任的案例。因此我们特别提醒企业在接收土地时,应当特别注意了解出让土地范围内拆迁安置补偿是否已经完成。

同时,出让方应当在土地交付时向土地使用权受让方交付土地红线图、总规划图、国有土地使用权证等文件,同时核实如水土保持费用等是否需要交纳等问题。关于规划条件问题,目前实践中相关行政职能部门人为随意变更规划信息的现象仍未彻底杜绝,若出让土地红线范围内或周边出现道路规划变更、架设高压线、开挖隧道或涵洞等情形,可能会对出让土地的开发利用产生重大影响,企业应当向规划部门核实。

对于地块的自然状况,企业应查明出让土地地下是否存在地下管线、光缆、涵洞、隧道等设施,并在开发过程中注意相关管线的保护。

第二节 土地使用权转让的风险及控制

土地使用权转让,是指土地使用者将土地使用权再转移的行为,包括出售、交换和赠与,即土地二级市场的交易行为。土地使用权转让合同是指转让方与受让方之间订立的约定转让土地使用权并明确相互权利义务关系的协议。其特征有三点:一是标的特殊,作为合同标的的土地使用权是一种权利,是具有特殊性的无体物;二是一种债权合同,土地使用权本身的转移须依登记等物权行为公示后生效;三为要式合同,须采取书面形式。

一、土地使用权转让时关于投资开发的限制条件

《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》第19条第2款规定:“未按土地

使用权出让合同规定的期限和条件投资开发、利用土地的,土地使用权不得转让。”根据《城市房地产管理法》第39条的规定,转让以出让方式取得的土地使用权,应当具备两个条件:一是按照出让合同约定支付全部出让金,并取得土地使用权证书;二是按照出让合同约定进行投资开发,属于房屋建设工程的,完成开发投资总额的25%以上,属于成片开发土地的,形成工业用地或其他建设用地条件。根据上述规定,土地未支付全部土地出让金或未达到法定投资开发条件的,土地使用权不得转让。实践中,土地使用权在办理转让时未达到法定投资开发条件,该转让行为是否会因为违反强制性规定而无效在司法实践中认定不一,但最高人民法院在“桂馨源公司诉全威公司等土地使用权转让合同纠纷案”的〔2004〕民一终字第46号民事判决书中阐述:“……土地出让金的缴纳问题,属于出让合同当事人之间的权利义务内容,其是否得到完全履行不影响本案土地使用权转让合同效力的认定。关于投资开发的问题,《城市房地产管理法》第三十八条(现第39条——笔者注)关于土地转让时投资应达到开发投资总额25%的规定,是对土地使用权转让合同标的物设定的于物权变动时的限制性条件,转让的土地未达到25%以上的投资,属合同标的物的瑕疵,并不直接影响土地使用权转让合同的效力,《城市房地产管理法》第三十八条中的该项规定,不是认定土地使用权转让合同效力的法律强制性规定。”据此,目前的司法实践中,土地未达到法定投资开发条件,并不必然导致转让合同的无效。

二、合作开发中的土地使用权转让

由于土地使用权转让,转让双方应按规定缴纳营业税、土地增值税、契税等,加上土地价款巨大,税费也相当高,很多开发商为取得土地,同时减少交易成本,往往以合作开发之名,行转让土地之实。从笔者经手的案例来看,这种房地产合作开发事实上多数是采取一方提供土地使用权,并收取固定收益,不承担经营风险,另一方负责以自己或对方名义进行全面房地产开发经营的合作方式。根据现有司法解释,该类合作被法律认定为土地使用权转让。值得开发商注意的是,由于该类合同在签署时均以合作的名义确定,合作双方未能意识到该合同系土地使用权转让合同,没有从转让是否有效的角度来考虑可能面临的法律风险,从而导致出现未曾预料到的风险。正因为如此,笔者在为客户提供法律服务时,即提示客户要么体现合作开发的模式,由双方共担风险;要么可直接按土地使用权转让合同来签署,以给予双方合理的预期。当然,在现实中也出现过类似“黑白合同”,以便在规避政府监管的同时实现商人的目标,该做法同样无法完全解决法律障碍,但可能降低可预见范围内的风险。

三、出让方无土地使用权或土地使用权存在权利瑕疵

在土地使用权转让过程中,转让方无土地使用权或只是形式上拥有土地使用