

## 中国公司在美国投资房地产项目的法律研究

据美国《华尔街日报》统计，自2004年以来，中国民营企业和非国有上市企业的海外并购数量一直稳步增长。其中，美国的房地产市场更是引得不少中国商业巨头纷至沓来。2011年，海航集团（HNA Group）购买了纽约时代广场一家名为Cassa Hotel的精品酒店。2013年6月，SOHO中国董事长潘石屹及CEO张欣夫妇牵头成立的一家财团以7亿美元购入纽约通用汽车大厦40%的股权；同年10月，复星国际以7.25亿美元的价格买下了纽约第一大通曼哈顿广场（One Chase Manhattan Plaza）。就在今年7月初，万达集团又宣布将投资9亿美元在芝加哥建设一座地上89层的五星级酒店及公寓项目。对于每一个希望走出国门的中国企业而言，在看到赴美投资房地产蕴藏着的无限商机的同时，也应当详细了解此类投资中涉及到的中美两国不同法律环境下产生的相互牵连的诸多法律问题，才能有效控制投资成本，实现利润最大化。为了帮助中国投资者更有效地布局和策划美国房地产业务，本文将从以下几个方面简要介绍中国公司在美国投资房地产的操作流程和法律风险，以供参考。

1 境外投资项目涉及的中国国内审批程序。这主要是指每一项境外投资项目（包括房地产项目）需要在交易完成之前向以下中国政府部门申请批准或征询意见：国家发展与改革委员会、国有资产监督管理委员会、商务部、国家外汇管理局、中国驻外

大使馆/领事馆等。只有就具体项目逐一获得上述中国政府部门的批准，投资方才能根据批准的投资金额兑换大宗的外汇，付至境外完成交易。

2 投资结构的设计。我们主要将从美国税负、项目公司注册地的选择、搭建第三国中间控股公司等方面，多角度分析跨境开展房地产业务最有效的投资结构。对于任何具体的房地产投资项目而言，投资者在交易展开之前进行合理的投资结构设计将会明显降低投资成本并增加未来退出项目的灵活性。

3 尽职调查应注意的事项。在美国，针对房地产投资项目进行的尽职调查主要包括下列内容：当地区划法规的合规性、物业产权、物业检验和环境评估、估价、测绘图纸、私人互诺等方面的调查。对于初涉美国房地产市场的投资者而言，了解尽职调查的基本内容将有助于初步把握美国房地产投资的主要风险所在，以便于全面、客观地评判和甄选投资项目。

4 交易细节的法律风险提示。一旦展开对具体投资项目的交易谈判，每一步交易环节中细节的把握也将长期影响到投资项目的成功与否以及回报率的高低。我们将从交易价格、权属报告、交割的先决条件、定金与违约金条款、交割后的赔偿责任、土地使用限制、特殊的预提税等方面逐一分析，探讨美国房地产项目交易谈判的策略。

## 一、 境外投资项目涉及的国内审批程序

通常情况下，中国企业赴海外开展投资项目之前，都需要向下列中国政府部门就每一项具体的投资申请批准或征询意见，具体包括：国家发展与改革委员会、国有资产监督管理委员会(适用于中央企业)、商务部、国家外汇管理局、中国驻外大使馆/领事馆。因为，只有逐一获得上述批准的项目，投资方才能根据批准的投资金额兑换大宗的外汇，付至境外完成交易。中国企业在美国投资房地产项目也不可避免地需要通过上述层层审批，而这其中的时间成本和审批结果的不确定性常常给投资方造成不小的压力。近期，国家外汇管理局出台了《境外担保外汇管理规定》，该规定为跨境投资者以国内资产为担保获得境外贷款的融资方式提供了许多便利。这将有望使境外投资项目能够方便地在投资东道国获得贷款或其他方式的融资来完成交易，也有可能减轻国内审批程序给投资方带来的种种压力。

### 1. 发改委审批程序

首先，中国企业需根据其对外投资项目的具体情况向国家发展和改革委员会(以下简称“国家发改委”)进行项目备案或申请核准。根据国家发改委于2014年4月8日发布的《境外投资项目核准和备案管理办法》(已于2014年5月1日起实施)第七条的规定，中方投资10亿美元以上的境外投资项目，以及涉及敏感国家和地区、敏感行业的境外投资项目(无论其投资金额)，应由国家发改委核准。中方投资额20亿美元及以上，同时涉及敏感国家和地区、敏感行业的境外投资项目，由国家发改委提出审核意见报国务院核准。除上述第七条规定之外的境外审批项目仅实行备案管理，其中，中央管理企业实施的境外投资项目或者地方企业实施的中方投资额3亿美元及以上项目须报国家发改委备案；地方企业实施的中方投资额3亿美元以下境外投资项目，由各省、自治区、直辖市及计划单列市和新疆生产建设

兵团等省级政府投资主管部门备案。通常情况下，投资美国房地产项目不会被认为属于涉及敏感国家或敏感行业的境外投资项目。因此，投资者主要应从投资金额的角度判断具体项目涉及的国家发改委审批级别。

### 2. 国资委审批程序

中央企业开展的对外投资项目还需向相应级别的国有资产监督管理委员会(以下简称“国资委”)申请核准或进行备案。中央企业原则上不得进行非主业境外投资。根据国资委发布的《中央企业境外投资监督管理暂行办法》，中央企业以及中央企业的各级独资企业和控股子企业在境外从事投资活动应当遵守以下几项主要规定：中央企业应当根据境外投资规划编制年度计划，并报送国资委备案；对于与一家中央企业主业有关的境外投资，国资委采取逐笔备案管理制度；中央企业原则上不得进行非主业境外投资，有特殊原因确实需要投资的，中央企业从事的非主业境外投资项目应该经国资委核准，由国资委出具书面意见；在重点的境外投资项目实施过程中，出现项目内容发生实质改变、投资额重大调整和投资对象股权结构重大变化等重要情况时，中央企业应当及时报告国资委。

### 3. 商务部门审批程序

中国企业还需要根据对外投资项目的具体情况向相应级别的商务部门申请核准。根据商务部发布的、现行有效的《境外投资管理办法》的规定，对于境外投资项目，境内投资主体必须向商务部或省级商务部门提交详细的项目背景材料(包括申请表、境内投资主体的营业执照和投资决议、境外新设企业具体情况说明、章程和相关协议、国有企业需附国资委意见以及商务部门要求的其他文件等)。其中，须经商务部核准的境外投资项目包括：在与我国未建交国家的进行投资、对特定国家或地区进行投资、中方投资额1亿美元及以上的境外投资项目、涉及

多国（地区）利益的境外投资、及设立境外特殊目的公司；须经省级商务部门核准的境外投资项目包括中方投资额1000万美元及以上但低于1亿美元的境外投资、能源和矿产类境外投资、及需在境内招商的境外投资。除上述项目之外的境外投资项目，境内投资主体仅须提交《境外投资申请表》报省级商务主管部门核准。从现行有效的商务部法规来看，投资美国房地产项目所需完成的商务部审批主要应从投资金额的角度考虑具体项目涉及的审批级别。

另外，我们注意到：商务部于2014年4月16日对外公布了《境外投资管理办法（修订）（征求意见稿）》。该征求意见稿第六条规定：企业境外投资涉及敏感国别（地区）和敏感行业的，报商务部核准；企业其他情形的境外投资，报商务部和地方省级商务主管部门备案。由此可见，如同国家发改委一样，商务部也可能进一步放松对境外投资的管制规定。如果上述征求意见稿通过并实施，投资美国房地产项目可能仅需向相应的商务主管部门备案即可。但是，在新的《境外投资管理办法》正式生效之前，任何境外投资项目（包括投资美国房地产项目）仍需根据现行有效的《境外投资管理办法》取得商务主管部门的核准，

#### 4. 外汇管理部门审批程序

逐一获得上述一系列批准之后，中国企业最终得以根据批准的投资金额在国家外汇管理局申请兑换大宗的外汇，付至境外完成交易。根据由国家外汇管理局发布的《境内机构境外直接投资外汇管理规定》，国内企业在获得商务部门对境外投资项目的核准之后，应当向其所在地的外汇局办理境外直接投资外汇登记，申请时一并提交发改部门和商务部门颁发的境外投资项目核准文件原件和复印件等相关资料。外管局审核上述材料无误后，在相关业务系统中登记有关情况，并向境内机构颁发境外直接投资外汇登记证。完成外汇登记后，获准进行境外投

资的企业可以在指定银行办理境外直接投资资金汇出手续。

#### 5. 中国驻美国大使馆/领事馆的意见

除上述发改委、国资委、商务部门以及外汇管理部门的核准程序之外，中国投资主体可能还需要考虑中国驻美大使馆或领事馆对本项目的意见。根据商务部发布的《境外投资管理办法》，商务部门在审批境外投资项目过程中可以视情况征求我国驻外使（领）馆（经商处室）对审批项目的意见。实践中，中国驻美使领馆参与房地产项目投资决策的情况并不常见，除非具体的项目规模巨大或包含其他特殊性。

## 二、 投资结构的设计

### 1. 投资的税负考虑

中国企业在美国投资房地产项目时通常会新设美国子公司作为收购主体对目标公司进行收购，税收是选择设立公司的类型时的重要考虑因素。美国税法项下对有限公司（Corporation）和对有限责任公司（Limited Liability Company，简称“LLC”）的税务处理有严格的区别。

有限公司（Corporation）是一个独立的纳税实体，需就其应纳税收入缴税，然后将税后收入向股东分红；股东收到的分红应作为股东的收入纳税，因此有限公司的收入将在公司和股东层面被“双重征税”。

然而，根据美国税法，有限责任公司（即 LLC）则可以享受类似合伙企业的税收安排。除非一家 LLC 的成员（member，即股东）明确选择在联邦税收方面将该 LLC 作为独立的纳税主体处理，否则 LLC 的损益项目（如：收入、损失、扣除以及抵免等）均将直接反映在其成员的税收申报表上，LLC 本身无需就其损益承担纳税责任，因此 LLC 可以有效避免在公司和成员层面进行双重征税。

## 2. LLC 设立地的考虑

如中国企业选择采用 LLC 的形式设立美国子公司，那可以优先考虑选择特拉华州(Delaware)作为 LLC 的设立地。在美国，特拉华州注册的公司数量众多是一个显著特点，其中也包括非常多规模巨大、举足轻重的公司。据特拉华州政府称，财富 500 强中一半以上是在特拉华州注册。这是因为，特拉华州被普遍认为有着美国最完善的公司法体系。

包括《特拉华州有限责任公司法》(Delaware Limited Liability Company Act)在内的特拉华州公司法，是美国最先进、最灵活的公司法系统之一，其立法目的是让公司及其股东在处理公司事务时获得最大的灵活度，而不是处处受到限制。特拉华州公司法至今依然在不断修订和完善，及时地吸收法院诉讼中形成的判例。所以，按照特拉华州公司法治理公司，可以很大程度上避免公司诉讼。即使不可避免地被卷入公司诉讼，特拉华州法院仍是很好的选择：由于历史原因，特拉华州处理了大量的公司诉讼案件，造就了特拉华州专业高效的法庭体系和律师群体。特拉华州有独特的衡平法庭专门处理公司诉讼案件，其形成的判例丰富，这为预测潜在诉讼的判决结果创造了很大可能性。

公司选择特拉华州作为 LLC 的设立地，不仅可以享受其完善的公司法体系所带来的便利，并且在税负方面，特拉华州不对非在该州实际从事业务经营的公司征收企业所得税，也不会对非该州居民的股东征收州税。

## 3. 匿名投资的考虑

美国国税局要求外国公司披露其在全球范围内的收入，若 LLC 的直接成员（即直接股东）是外国公司，尽管外国公司不需要就美国之外的收入在美国纳税，但是该外国公司将因其 LLC 成员的身份而需要向美国税务机关提交美国纳税申报单，就其在美国

境内发生的收入交纳所得税，同时披露其在全球范围内的收入情况。这样外国公司在美国持有财产的事实将可能被公之于众。

为了避免这类强制披露，中国实体可在中国境外注册一家子公司（以下简称“中间控股公司”），再由中间控股公司在美国设立 LLC；并且，该中间控股公司应当专门为投资房地产项目而设，不再用于其他项目。增加中间控股公司看似结构复杂，实则具有明显的优势：LLC 的直接股东将是中间控股公司而不是中国实体，美国税务机关只能要求 LLC 的直接成员披露其在全球范围内的收入，因此，中国实体可以在美国匿名持有房地产；由于中间控股公司专门为本项目而设，其全球收入实际上也就只有其唯一子公司 LLC 的收入，由此成功避免中国实体除 LLC 之外的任何收入被迫披露给美国国税局。另外，在退出投资时，如果美国 LLC 被认定为“美国房地产公司”，则出售美国 LLC 股权所获得的收益还应缴纳美国 FIRPTA 法案规定的特殊的预提税（详细内容见下文第 5 页“特殊的预提税”一段）。但是，如果投资方通过出售中间控股公司的股份来间接出售美国子公司 LLC，那么，出售设于美国之外的中间控股公司股权所获得的收益则可以避免上述特殊的预提税。

## 4. 中间控股公司设立地的考虑

出于地理位置和文化认同感方面的优势以及便于公司管理的考虑，在香港特别行政区注册中间控股公司是中国投资实体设立境外控股公司的一个很好的选择。香港是居领先地位的国际性商业和金融中心，可以为企业在扩展业务的过程中，提供不同的融资及发展渠道。香港不设配额限制和关税。

另外，香港的税收制度比较优惠，税务风险较小。美国 LLC 的分红经由位于香港的中间控股公司汇回中国实体几乎不会因为增设中间控股公司而产生实质性的额外税负，具体分析如下。

- 首先，香港不存在资本利得税（capital gain tax）。因此，设在香港的中间控股公司自美国 LLC 收取的分红不会在香港被征收资本利得税。
- 其次，香港对经营利润采用“地域来源”原则征收营业税（profit tax），即只有源自香港的经营利润才须在香港缴纳营业税，而源自其他地方的经营所产生的利润则不会在香港被征收营业税。因此，对于美国 LLC 向中间控股公司汇回的分红，因其来源于美国而非香港，也不属于经营活动产生的利润，所以不会在香港被征收营业税。
- 另外，按照中国中央政府和香港特区签署的税收优惠协议，从香港汇回中国大陆的分红还能在香港免征预提所得税（withholding tax）。因此，设在香港的中间控股公司如需要将美国 LLC 的分红汇回中国实体，也不会被香港政府征收预提所得税。

## 5. 投资结构的总结

中国企业在美国投资房地产采用在香港（或其他第三地）设立子公司，以该子公司为股东在美国特拉华州设立 LLC 的投资结构，虽然在操作上略为复杂而且成本略高，但具有其他结构不可比拟的优势，主要有以下几点：

- (1) 在 LLC 的股东享受类似有限公司（Corporation）的有限责任保护的同时，LLC 的收入不会遭受有限公司（Corporation）在公司和股东层面被“双重征税”的税收安排；
- (2) 在中国境外设立的中间控股公司免除了中国投资方在美国纳税申报的需要，投资方可以在美国匿名持有收购目标的房地产；以及
- (3) 公司可享受香港作为国际性商业中心的便利及其优惠的税收制度，及美国特拉华州先进的公司法体系。

上述比较和分析是我们从公司律师的角度对跨境投资结构的一般讨论。对于具体的境外投资项目而言，跨境投资结构的搭建和其中涉及的税务问题需要根据项目的实际情况作具体的分析，还必须征询具有跨境房地产交易经验的专业税务顾问的意见。

## 三、 尽职调查应注意的事项

在完成投资项目前期审批和投资结构的设定后，投资方将进入收购的实施阶段，对目标的商业房地产项目进行尽职调查。在此过程中，除了常规的对项目及项目公司的运营、规章制度、财务、税收等方面进行调查外，还应对以下几方面予以额外的关注：

### 1. 当地区划（Zoning）法规的合规调查

美国的土地和城市规划在郊区最小可以县为单位，设有选举或任命产生的规划委员会。该委员会负责向当地市镇当局推荐规划地界，以及合适的区划法规及其修改，以保证交通便利，住宅和商业区的分隔，居民和物业的安全。在美国，各类房地产开发都将受到区划法规（zoning）的限制。区划法规中通常包含特定地块的用途限制以及特定区域内建筑物的规模、类型和结构要求等。不能完全符合区划法规的新建项目则需要向当地的市政部门申请特殊许可。市政部门将会召开听证会并邀请当地的利益团体代表（譬如社区居民）参与讨论是否就特定新建项目的颁发区划许可。甚至于，新建项目业主将被迫与当地利益团体代表进行谈判。谈判过程中新建项目业主不仅会被要求改变初始建设计划，还有可能被要求在其他方面让利来换取利益团体的妥协。另外，土地和城市规划法令可能会进行修改，如果规划法令在交割后的修改是买方在交割前未预料到的，该风险将由买方承担。

### 2. 物业产权调查（Title Search）

尽职调查过程中应对收购目标的产权状态进行审查，调查产权状态的最有效方式是聘任产权公司审

核并出具产权报告。调查的内容包括物业的产权转移记录是否连续,是否存在法院判决设置的扣押权,是否存有债务,如欠地产税、物业管理费及市政府的罚单等。产权公司会出具一份详尽的权属调查报告,将发现的产权瑕疵和其他问题列出,由卖方负责解决,如果存在不能解决的重大问题,买方可终止合同并获得返还定金。

### 3. 物业检验 (Inspection) 和环境评估

物业检验是通过专业的工程师和住宅验收人员对物业的结构,管道,供冷供热供电系统,可能存在的环境危险(石棉、白蚁及自装地下供热油管道漏油等)进行检验。环境评估的主要目的是减少潜在买家所可能面对的责任风险,环境尽职调查应包括对如下事项的完整审核:环境许可证照的状态、是否遵守环境法规、为遵守环境法规而可能存在的资本投入、由于过去或目前的行为而导致的环境责任、需要投入资金才能满足的新的环境要求以及所有相关的开销。

### 4. 估价 (Appraisal)

如果投资方需要从金融机构融资,物业估价是非常重要的环节。估价与金融机构允许放贷的数额、条款和条件,以及利率息息相关。投资方可以考虑聘请专业估值师对收购目标中的房地产进行独立估价,以确保该投资项目的经济可行性。

### 5. 测绘图纸 (Survey)

投资方应在购买之前获得收购目标的测绘图纸。测绘图纸系由工程人员绘图做出,用以确认物业边界及其他属性,例如地役权的方位、扩充、水道、洪区、侵占、连接道路等。此外,如果投资方需要从银行融资,也需要向银行提供测绘图纸。

### 6. 私人互诺 (Covenant)

除区划法规针对物业用途做出限制外,私人互诺也

可能通过对私人财产的约束限制物业用途。私人互诺是房产所有者之间为限制房产使用或为房产使用设定义务的协议,这些限制往往“附着于土地”,意味着对房产的后续购买者也同样有约束力。

## 四、交易细节的法律风险提示

投资方在完成初步尽职调查后,会就该商业房地产项目的交易细节进行商业谈判。对于此类投资项目谈判中常见的争议焦点和法律风险,我们会从交易价格、房地产权属、交割的先决条件、定金与违约金条款、交割后的赔偿、土地使用限制、特殊的预提税这七个方面进行分析和讨论。

### 1. 交易价格

商业房地产投资项目中买卖双方就交易价格发生争议是很常见的。对于已处于运营状态的物业,影响购买价格的因素主要包括转让财产的范围和流动资金的分配。另外,交易价款的支付方式也是重点谈判的内容之一。

#### (1) 转让财产的范围

对于购买已处于运营状态的商业物业(如商场、酒店等),买售交易的标的物通常不仅只是土地和房屋,还应包括房屋内的设备和装置、商业名称和商标等无形资产、日常供给品存货、客户名单等保密信息以及特定的经营许可证(如酒类经营许可证)等。在买售合同中详细列明标的物范围内的各类财产可以避免双方未来就特定物品是否包含在交易价格中发生争议。

#### (2) 流动资金的分配

购买已处于运营状态的商业物业,买售合同的交易价格可能并非固定不变。卖方除了转让财产还将向买方转让取得运营收益的权利。自合同签订日到交割日期间,商业物业仍然在运营中,交易标的物中的日常供给品、设施和装备等财物的价值也将一直

不断变化。通常以交割日作为分界线，买卖双方对有关物业经营的流动资金项目进行分配。因此，在交易交割时，双方需要根据标的物在合同签订日和交割日的价值差异对交易价格进行调整。

### (3) 交易价款的支付

交易价款何时支付、一次性支付或分期支付、直接付至卖方或付至监管账户，这些问题并不存在法律上的强制规定，而是取决于买卖双方之间的谈判结果。对于购买在建的期房物业，卖方可能会要求交易价款随着建设工程的进度逐步分期支付，以保障建设工程完工后卖方能够充分获得付款。然而，对于买方而言，在标的物房地产尚未转移所有权之前，分期款项付入监管账户而不是直接付给卖方是较为有利的做法。

## 2. 权属报告

对于购买商业房地产项目，卖方交付的物业权属是否明确、是否附着任何权利负担不仅会影响到房地产的评估价值，也会影响到物业的商业运营。如果买方没有针对权属采取保护性的步骤而草率购置房地产，买方可能会面对财产权属的争议，甚至有可能丧失部分或全部财产。我们将在本段中介绍在美国投资房地产时，买方为了避免发生权属争议而通常会采取的一些措施。

### (1) 权属报告 (Title Report)

了解物业权属状态的最有效方式是获得房地产权属报告。权属报告由权属公司 (Title Company) 提供。权属公司一般会搜集地方政府备案的房地产公开信息中的相关记录，进行产权调查 (Title Search)。具体调查内容已在前一节的物业产权调查部分介绍，在此不做赘述。

### (2) 权属保险 (Title Insurance)

权属报告有时并不能毫无遗漏地说清某一处房地产

上存在的全部权属问题，因为地方政府备案的房地产公开信息可能存在登记差错，某些私人互诺协议可能没有公开登记，也有可能之前某次产权转移存在诈骗等。因此，在美国购买房地产时，很多买方会购买权属保险。如果购得的房地产存在上述权属调查中未能被发现的权属瑕疵，购买权属保险的买方则可以要求保险公司就该等损失进行理赔。

### (3) 土地批租

虽然大多数的商业房地产项目都以买方购得土地所有权继而进行开发的形式存在，但是，特定情况下也可以承租土地进行开发，即所谓的土地批租。承租人在一定期限内取得土地的使用权，被允许在土地上进行开发、兴建房屋和运营物业。另外，承租人也可以选择暂时批租土地进行开发建设，同时与土地所有人约定承租人对土地所有权享有优先购买的权利。这样的安排可以使承租人在项目开发时减少资金投入（因为无需准备土地购买资金）。因此，对于投资项目获得的是土地使用权还是土地所有权这个问题，投资方在任何项目的洽谈初期都应当予以确认。

## 3. 交割的先决条件

就商业房地产项目来说，无论买售标的物是以已处于运营状态的物业还是正在建设开发中的期房物业，对于买方而言，最理想的安排是物业在交付后可立即投入运营或不间断地持续运营。为了达到这一理想状态，买方应考虑在合同约定的交割先决条件中尽可能详细地列出该物业运营所需的各项重要条件。下文所列的四项内容是美国商业房地产交易中常见的几项交割先决条件。

### (1) 加盟协议 (适用于酒店项目)

如果投资的酒店项目将以加盟连锁酒店品牌的方式运营，那么，能否成功签署加盟协议应当作为一项交割先决条件。购买已经建成并在运营中的酒店时，

该酒店现有的加盟协议能否转让、转让流程和时间要求、转让失败情况下的备选方案都应当由买卖双方事先协商约定。

#### (2) 酒类经营许可证

对于包含酒店在内的综合性商业房地产项目，买方能否取得酒类经营许可证也应当作为一项交割先决条件。能否出售酒类产品对于酒店类的商业物业的营利能力影响很大，因此也是不少买家决定是否购买某个物业的关键评估内容。

#### (3) 道路使用权

对于新建的商业房地产项目，买方也可能需要取得对相邻土地的道路使用权，以便为出入商业设施提供最便利的途径。出入的便利性有时也是酒店、商场等商业项目能否成功的关键因素。

#### (4) 解除抵押权

在美国，利用银行贷款资金进行房地产开发和运营是十分常见的做法。如果买方计划购买的是在建的期房物业，买方应详细了解卖方是否已将土地和在建工程抵押给银行作为建设贷款的担保。即使投资方购买的是已经处于运营状态的物业，卖方也有可能是通过银行的授信额度维持物业运营，并已将土地、房屋等资产抵押给银行作为银行授信的担保。因此，除非买方自愿承担相关的建设贷款、银行授信和抵押权，买卖双方应当约定将解除标的物房地产上的抵押权作为买售交易的一项交割先决条件。

### 4. 定金与违约金条款

#### (1) 定金条款

通常来说，在签订买售合同之时买方通常会被要求向卖方支付定金。定金条款会规定，如果交割的某项先决条件无法成就或者非因买方原因而使买售合同终止，那么，买方已支付的定金应当予以返还。然而，买卖双方有可能对于“先决条件无法满足”

或者“非因买方原因”有着不同的理解。买卖双方很可能对此类情况持不同意见，由此对于是否应当返还定金发生争议。

定金付至监管账户对买方而言是较为有利的做法。这样的安排至少在买方与卖方就终止交易是否合理产生意见冲突时，可以保持双方处于平等的谈判地位。然而，即使买卖双方在合同中约定买方可以自行决定无理由终止买售合同并取回定金，此类约定可能会被某些美国法院认为不可执行。因为，此类自由终止协议的约定事实上给予了买方自由选择履行或不履行协议的权利，基于美国合同法的合理对价原则，买方应就其获得的自由选择权向卖方支付合理对价。无合理对价的自由选择权将有可能被认定为不可执行。

#### (2) 逾期违约金

对于购买期房物业的投资者而言，建设工程能否保质保量按时在预算内完工和交付也是法律风险所在和易产生争议之处。约定由卖方承担逾期违约金是逾期交房风险控制措施中常见的一项。买方甚至可以要求直接从完工担保或买方付至监管账户的分期付款款项中扣除已经发生的逾期违约金。我们在此需要特别提醒的是，根据美国法律，不合理的巨额违约金可能被法院直接认定为无效。这一点与中国法下的相关规定不同，中国法院可以自行调整约定过高的违约金，进而判决根据调整后的违约金金额进行赔偿，但美国法律对于约定不合理的过高逾期违约金将判决为无效，即被违约方无法得到任何逾期违约金。

### 5. 交割后的赔偿责任

即使进行充分的尽职调查，交易标的物上也会有未能被发现的法律风险。对于交割时间紧迫的交易，也会发生尽职调查中已发现的法律风险未能在交割前全部解决的情况。对此，买售合同中通常会约定：



对在交割后买方遭受的某些损失，卖方应承担赔偿责任。此类交割后的赔偿责任也是容易引起买卖双方之间发生争议之处。

### (1) 环境责任

在美国，大多数商业房地产的买家都会在交易完成之前取得一份房地产所在地的环境评估报告，之前尽职调查章节也有提到。因为，根据美国法律，如果某一块土地含有有害物质，这片土地的历任所有权人以及在这片土地上从事业务经营的人等都会被推定为有义务清理和移除有害物质。由于法律并没有对此类环境责任划分历任土地所有权人的责任范围，而是要求其相互之间承担连带责任，因此，买方为了减少自己的责任，应该在买售合同中与卖方约定：对于交割之前已经存在的有害物质，即使在环境评估中被遗漏，卖方也应当全面承担清除该等有害物质的责任，并赔偿买方因此遭受的其它损失。

### (2) 质保权利的转让

卖方通常只愿意向买方赔偿因在交割之前房地产上已经存在的瑕疵引起的损失。但是，如果买方购买商业房地产是新建物业，建设物业的总承包方通常会在一定期限内对物业承担质量保证义务。总承包商提供的质量保证不仅涵盖交割前物业上已经存在的瑕疵，也包括交割之后物业上出现的质量问题。由此可见，总承包商提供的质保范围一般大于卖方向交付的标的物质量所作的保证范围。因此，买方应当要求卖方将质保权利转让给买方，以此保障买方在质保期内可以直接要求总承包方维修物业的权利，而无论发生质量问题的原因存在于交割之前还是之后。

### (3) 披露清单

商业房地产日常经营本身也存在法律风险。这主要来自于卖方与第三方（如商铺租户、机械维修工人等）之间的协议。买售交易交割时，卖方通常会通

过向买方提供一份披露清单来揭示上述与经营本身相关的法律风险，并要求免除卖方对该等法律风险的责任。对于买方而言，应考虑在买售合同中约定：披露清单中所列的法律风险一旦实际发生，如果买方遭受的损失超过一定金额，卖方仍应承担赔偿责任。

## 6. 土地使用限制

在美国，土地在使用方面的限制可能来自于法律规定，也可能是基于私人之间的约定。对于购买正在建设的期房物业而言，卖方就土地使用限制是否充分披露、特定使用限制的影响力超出预估情况下双方如何分摊责任都可能导致买方与卖方之间发生争议。除了在尽职调查章节中已提及的区划法规和私人互诺，对于新建的商业房地产项目，项目所在地是否已经具备基本的市政配套设施也会间接地限制土地使用。在美国，市政配套设施的建设资金通常由当地政府通过发行债券的方式筹措。为了偿还债券和相关利息，当地政府很可能会向市政配套设施惠及的物业征收额外的税费。额外的税费将是任何商业物业运营中的长期负担。

## 7. 特殊的预提税

根据美国《外国投资房地产税务法案》（Foreign Investment in Real Property Tax Act，简称“FIRPTA 法案”）仅向外国个人/实体征收的额外的房地产处置税也值得中国投资者在美国购买房地产时特别关注并筹划相应的投资前策略。

FIRPTA 法案是 1980 年制定的一项美国税法，旨在针对处置美国房地产权益（U.S. Real Property Interest）的外国个人或实体征收金额相当于处置对价总额 10%的预提税。这里所指的外国个人或实体包括非居民外国个人（nonresident alien individual）、外国公司（foreign corporations）、外国合伙企业（foreign partnership）和外国信托

和地产 (foreign trust and estate)。FIRPTA 法案中所称的“美国房地产权益”不仅包括对美国的土地、房屋等典型房地产的直接所有权，还包括在美国房地产公司 (United State Real Property Holding Corporation) 中的股权。根据 FIRPTA 法案，“美国房地产公司”是指在任何时候其总资产中有超过 50% 的资产为美国的土地、房屋等典型房地产的美国国内公司。FIRPTA 法案要求：自外国个人或实体处购买美国房地产权益的购买方有义务扣除交易价格中的 10% 作为预提税 (withholding tax) 上缴至联邦国税局。

FIRPTA 法案规定的这项特殊预提税对在涉及外国交易者的房地产交易中确定交易价格和投资结构都会产生重要影响。因此，中国投资者无论在购买或出售美国房地产权益时都应对交易涉及的美 国税务予以特别关注。作为购买方时，中国投资者应当在确定交易价格之前要求卖方签署一份 FIRPTA 证书，如实披露其是否属于外国个人或实体，以便决定是否需要将 FIRPTA 法案下的预提税核算入交易成本。作为出售方时，采用前文提及的在第三国设立中间控股公司间接持有美国房地产公司的投资结构是对

中国投资者较为有利的操作方法。因为，根据 FIRPTA 法案，转让美国房地产公司的股权也需要缴纳上述预提税，而转让非在美国设立的中间控股公司的股权则一般不需要。所以，中国投资者如能够选择出售中间控股公司 (而非美国房地产公司) 的股权来转让美国房地产的间接所有权，则可以避免就其出售所得根据 FIRPTA 法案缴纳特殊的预提税。

上述有关 FIRPTA 法案的分析是我们从公司律师的角度进行的一般讨论。对于具体的外国人投资美国房地产项目，其所涉及的美 国税务责任需要根据项目的实际情况作具体的分析，还必须征询具备相关经验的专业税务顾问的意见。

## 五、 结语

在美国投资房地产项目涉及到比较复杂的各类法律问题，同时由于美国房地产方面的法规 (包括成文法和判例法) 主要以各州立法为准，本研究报告中所作的分析只能以各州大体上相同的法律原则为依据，可能会存在某些州与原则不一致的例外情况。以上讨论由于篇幅所限，只能做总体性的介绍，希望能对读者在美国考察房地产项目有所帮助。

郝 勇 合 伙 人 电 话： +1 646 797 5704 邮 箱： haoy@junhe.com  
杜 江 合 伙 人 电 话： +1 212 703 8702 邮 箱： duj@junhe.com  
范 祎 沁 律 师 电 话： +1 646 205 9966 邮 箱： fanyq@junhe.com

---

本文仅为分享信息之目的提供。本文的任何内容均不构成君合律师事务所的任何法律意见或建议。如您想获得更多讯息，敬请关注君合官方网站“[www.junhe.com](http://www.junhe.com)”或君合微信公众号“君合法律评论”/微信号“JUNHE\_LegalUpdates”。

