

拟上市公司股权激励系列之四：境外架构出海企业股权激励概览和美国税务规则概要

作者：沈靖 | 霍东方 | 刘佳楠

根据本所参与的 VC/PE 项目统计数据¹，2017 年至 2022 年，境外架构²的 VC/PE 项目中每年大约有 79% 至 94% 设置了员工股权激励计划；2022 年境外架构的 VC/PE 项目中设置员工股权激励计划的比例为 77.46%。2022 年 VC/PE 项目中，实施股权激励的企业有 82.50% 选择了期权作为激励形式，而这些企业中有 83.87% 选择了直接向激励对象发行激励工具。对照我们在之前几篇文章中展示的境内结构创业企业股权激励概况，可见境内外结构企业在激励工具以及操作安排上均存在重大差异。

同时，随着近年来中国企业“走出去”节奏加快，越来越多的中外员工受聘于中国创业企业在不同司法辖区履职，境外司法辖区的法律和税收规则给拟上市公司股权激励管理亦带来不少新的挑战；而采取境外架构的中国创业企业往往是国际化的主力军，他们在实务中经常受到国际人才市场对于既有激励惯例的冲击。本文作为拟上市公司股权激励系列文章的第四篇，拟就在全球范围内实施股权激励的一些思路，以及常见的税收挑战——美国联邦所得税，做一简单分享。

一、出海企业面临的国际员工诉求给激励条款带来的影响

（一）行权条款松动

在本所 2023 年 4 月撰写的 [《备案新规实施后境外上市股权激励外汇与税务合规问题探讨》](#) 一文中指出，由于汇发[2014]37 号文第六条缺乏细则，导致境内居民作为激励对象在上市前行权难以进行外汇登记；因此，对于境外架构的拟上市公司而言，通常在制定股权激励计划时，会将可行权时间推迟到上市/公司交易之时，从而避免潜在的外汇合规风险。

但对于国际化的中国企业而言，会在境外司法辖区聘用本地员工，这些司法辖区甚少存在股权激励的外汇登记合规要求；而且从当地市场常见操作而言，也会允许激励对象在达成归属条件后就行权取得融资主体股份，这就给国际化的中国企业带来了确保股权结构简单清晰，和满足当地人才正常诉求之间的两难选择。

¹ 详见《汉坤 2022 年度 VC/PE 项目数据分析报告》；2023 年度版本正在紧张编纂中。

² 即以境外特殊目的公司作为融资主体的红筹结构。

对于这一问题，我们通常的解决方案是与该等司法辖区当地税收法律顾问沟通，明确激励对象行权/代持相关的税收法律影响；继而为激励计划设置境外员工行权后股份由创始人或者信托安排代持的机制，从而在确保激励对象享有行权带来的财产权利的同时，减少因为股份结构复杂产生的潜在纠纷。需要指出的是，根据我们的经验，美国等普通法国家/地区的税收法律一般支持此等代持安排，明确由实益所有者（即被代持人）而非名义持有人适用相应的税收法律。

（二）多司法辖区制度配套准备

虽然国际化业务中其他司法辖区少有给股权激励计划设置登记机制，但仍可能存在其他值得企业注意的法律风险。例如在澳大利亚，当地公司实施股权激励有可能产生的是雇主福利税收，纳税人是雇主而非雇员；因此激励文本中常见的“税负由雇员承担条款”是否适用就需要重新探讨。另一些司法辖区中，股权激励纠纷被明确为劳动法律管辖事项，而一旦发生当地的劳动法律纠纷因股权激励的特殊性质可能会给企业带来重大损失；此种情况下，如果企业拟在新的司法辖区大规模实施股权激励制度，亦需要提前咨询当地劳动法律顾问，并对既有的激励文件进行梳理和调整，以控制可能的风险。

（三）应对商业文化冲击

对于一家成功的国际化公司而言，中国创始团队熟悉的激励制度（本源来自中美互联网企业的长期实践）可能并不适用于其他国家和地区。在笔者参与的一宗股权交易中，来自欧洲的投资人非常疑虑为何中国的境内架构创业企业不能采取现金兑付的虚拟股票制度³，因为在欧洲这一制度是广受欢迎的激励安排⁴。类似地，中国企业在将本地市场的激励制度惯例推广至其他国家和地区过程中，也很可能会受到此类质疑甚至当地管理层的挑战。

有鉴于此，对于国际化企业股权激励规则的制定，难以采取此前国内创业高速发展期“先搞了再说”的工作方式；通常需要创始团队在外部顾问的支持下，就设计的激励方案相关法律、税收、现金流影响以及潜在价值和本土团队做明确沟通，并且设置配套机制让本土团队实际获得可见的经济收益（如上文中的及时行权安排，以及在财务状况合适时做出的激励回购安排等），方可取得比较理想的实施效果。

二、美国联邦所得税项下股权激励课税机制概要和筹划机遇

在境外架构企业实施国际化战略的过程中，无论是创始团队还是今后在其他司法辖区聘用的人才，不可避免地会涉及到美国人才团队的个人所得税事项；考虑到美国针对公民和永久居民实施全球课税制度，以及股权激励产生的潜在显著收益，了解股权激励在美课税制度以及潜在的税务规划思路对于国际化的中国企业而言十分必要。

首先，美国联邦所得税项下对于股权激励个人所得税的规范是高度基于法律原则和规则。第一，美国税法法律项下明确规定资产（包括股权）的支付视为所得的一种，纳税人应该在取得所得时根据其公允价值承担联邦所得税纳税义务；第二，根据《国内税收法典》（IRC）第 83 章（a）节，如果相应的资产支付之后，存在和资产取得人任职受雇相关的实现条件且该等资产不可转让，则联邦所得税的纳税义务应该推迟到上述条件消失时方产生；第三，根据 IRC 第 83 章（b）节，尽管资产支付后可能存在上述限制，但纳税人仍

³ 对于此等激励机制可能产生复杂财务问题，请参见本系列文章第二篇 [《激励机制设计对企业财务指标影响管窥（上）》](#)。

⁴ 据笔者推测，欧洲中小企业的投融资市场相对中美活跃度稍低，退出方式以并购为主；此种情况下企业估值增长往往并不迅速，采取虚拟股票或者增值权方案带来的潜在激励成本上升不严重，还能够及时让激励对象享受企业价值增长带来的收益，且不会对公司股权结构带来影响，所以在欧洲广受欢迎。

然可以选择在取得资产时确认纳税义务发生。

其次，基于上述规则，对于没有公开市场交易价格的期权而言，激励对象应该在行权时确认“劳动”所得（适用至多 37%税率的一般所得规则）；对于限制性股权而言，激励对象可以选择在取得股权时纳税，也可以选择限制性条件消失时纳税，仍然适用至多 37%的一般所得税税率。激励对象在出售自身所获无限制的股份时，则根据持有时间长短，适用至多 23.8%的长期资本利得税（含附加，优惠税率）或者并入一般所得课税（37%基本税率+3.8%附加税）。

再次，针对期权，如果授予的价值较少且行权价格不低于授予时公司股权公允价⁵，则有望适用 IRC 第 422 章的激励性期权（“ISO”）规则，在行权的时候无需纳税⁶，而在出售时一并按照长期资本利得纳税。而对于无法满足激励性期权规则的期权而言，通常其行权价格亦不得低于授予时公司股权的公允价值（参见 IRC 第 409A 章⁷）；否则的话，在行权时除了适用至多 37%的一般所得税税率之外，还会额外加收 20%税率，并额外加收利息，综合税率可能会接近 60%；若再考虑州所得税，可能存在接近 70%的税率。由此可见，针对美国相关人士实施激励，如果不加以恰当设计，股权激励可能带来非常显著的税负。

尽管美国税收法律制度项下对于股权激励的条文细密且征管严格，但具备相应经验和技巧的专业人士仍然可以设计出平衡客户商业诉求和美国税收法律激励安排。此处仅举二例供参考。

第一，在中国创业企业实践中，境外架构下期权的行权价格通常是 par value 或者较低水平，但考虑到美国税收法律制度，又不可能给当地员工的期权赋予“超低价”，这就造成了美国/非美国员工行权价格不均衡、苦乐不均的问题。此时可以更多考虑对美国相关激励对象实施 RSU 方案，由于 RSU 不存在期权类似的“归属-行权”递延纳税效果，一旦归属立即发股产生纳税义务，通常不会导致 409A 章节问题的产生，也不会被要求按照公允值设定行权价；如此就可以解决各国员工激励价格不统一的商业困境。

第二，对于可以持股的核心创始人团队，如果存在美籍/持有美国绿卡人士，则可以考虑提供限制性股权计划，并由其选择按照前文中第 83 章（b）节的规则“提前”纳税，由于授予限制性股权计划时公司正处于上升期，公司股权价值相对有限，预期适用 37%税率的一般所得金额可控，而今后减持时都将适用最高 23.8%的长期资本利得税率，税负有望减少近三分之一。

以上我们分享了境外架构出海企业在国际化过程中针对股权激励制度设计和实施方案的一些思考；同时又针对出海企业在实施股权激励过程中常见的美国税收法律制度做了简单的概括，以此作为本系列文章

⁵ 大体上，激励性期权的要求包括但不限于：

- a. 必须制定一个股权激励计划；
- b. 期权必须在计划通过的十年内授予；
- c. 期权的有效期为十年；
- d. 激励的发行人必须是公司（Corporation），不得是合伙企业（Partnership）；
- e. 激励对象必须是发行人员工或者关联公司员工；
- f. 期权的行权价格不得低于授予时发行人股权的公允价值；对于非上市公司，公司股权公允价值应根据评估技术确定，IRS 对此出台了专门评估规则；
- g. 任何日历年度内激励对象首次可行使的激励期权所涉及的股票的公允价值不超过 10 万美元；该等公允价值应根据授予日公司股票价值而定；
- h. 激励对象在授予后两年内以及取得股权后一年内不得出售股权；以及
- i. 持股 10%以上人士不适用于激励性期权。

⁶ 但是对于收入水平很高的激励对象而言，仍有可能设计替代性最低税（AMT）。

⁷ 本章节的立法思路是，如果一项所得的支付存在递延纳税效果（如期权在归属后激励对象实质性获得经济利益，但是可在后续行权时纳税），则美国税务当局可征收惩罚性的税款。

的结尾，希望能够对各位读者的工作有所帮助和支持；也欢迎各位就股权激励设计、实施以及合规处理方面的问题与我们一起探讨。

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：

沈靖

电话： +86 10 8524 5855

Email: gilbert.shen@hankunlaw.com