

## Serial Guidance on Employment Compliance of Outbound Enterprises—I. Choose the Cross-Border Employment Mode

Author: WU, Qiong, LIU, Yuxiang

### 引言

//

随着全球经济一体化进程的持续深化，中国企业出海步伐日益加快，其规模不断扩大。对于出海的中国企业而言，如何在海外市场高效搭建团队、构建适宜的全球化用工模式、确保劳动用工合规、提升雇主品牌影响力和员工忠诚度，成为出海企业面临的核心挑战，也是中国企业加速高质量全球化发展的关键要素。

海问特此推出系列文章，旨在为中国企业出海劳动用工合规提供有价值的思路及参考。本篇为该系列文章中的首篇，将探讨跨境用工模式选择这一重要议题。

中国企业出海过程中，选择适宜的跨境用工模式，不仅可以有效防范劳动用工风险，亦有助于企业实现用工成本的优化控制，为企业在海外的稳健经营与长远发展奠定坚实基础。同时，用工模式的选择，往往需要考虑业务开展、员工管理、成本控制、合规风控等多种因素，也需兼顾不同地域的实践差异和员工的个性化需求，需要“因时、因地、因人”制宜。因此，在全球化布局中，出海企业需要综合选择和搭建适宜和稳定的用工模式，同时为未来的发展预留灵活调整的空间。

根据我国相关法律法规的规定，并基于国际上跨境用工的惯常实践，目前出海企业的境外用工模式通常包括：

- （一）将境内主体雇佣的人员委派至海外投资主体进行工作（“**对外投资外派人员**”）；
- （二）特殊外派模式，包括对外劳务合作和对外承包工程外派人员；
- （三）直接在当地雇佣员工（“**属地化用工**”）；以及
- （四）无实体外包服务模式，通常简称为EOR（employer of record，即名义雇主）。

### 一、对外投资外派人员

对外投资外派人员是指对外投资企业（即出海的中国企业）向其境外子公司、关联公司、分支机构（以下统称“**境外企业**”）派出其自有员工（“**外派人员**”）。

该等模式便于中国企业对境外业务进行深入和有效管控，有利于公司输出关键技能和业务理念，常见于中国企业向境外企业派出管理人员、技术人员等关键岗位工作人员的情形。例如，根据财政部关于印发《国有企业境外投资直派财务负责人管理办法》的通知（财资〔2022〕5号）规定，国有企业的境外子公司的财务负责人，通常应当由股东单位直派，而不应采取属地化雇佣等用工方式<sup>[1]</sup>。

实践中，根据外派人员的劳动关系归属情况，这一用工模式通常存在三种具体情况：

（一）**外派人员在外派期间仅与中国企业建立或保持劳动关系，与境外企业不建立劳动关系**。在此模式下，外派人员仅与中国企业存在劳动关系，外派期间的劳动用工管理、工资发放、社会保险缴纳等均由中国企业依据中国劳动相关法律法规及双方的劳动合同约定履行，相关争议应适用中国法和中国司法管辖。在此类外派模式下，由于仅涉及中国法的适用，法律关系较为明确、直接，对出海企业来说，管理成本亦相对较低。

然而，鉴于外派人员的实际工作地点在境外派遣地，需要依照派遣地法律办理相关工作手续。因此，是否可采取此种方式、排除派遣地劳动用工相关法律法规的适用，取决于当地法律规定（包括当地工作许可和签证相关的政策要求）。换言之，如依据派遣地法律规

定，派驻人员必须与境外企业建立劳动关系，则境外企业仍应依据当地法律履行雇主义务（往往包括在当地发放工资、缴纳当地社会保险，并适用当地关于工作时间、劳动保护、解雇等规则），相关劳动争议亦可能适用派驻地法律。有鉴于此，实践中，此类外派常见于中国企业派驻管理人员或技术人员前往境外企业从事短期项目、进行短期业务指导等情形。

如采取此种模式，建议中国企业与外派员工在订立劳动合同的基础上，就外派安排进行专项约定，明确外派期限、外派期间的劳动关系归属、日常用工管理、薪酬发放、外派福利、社会保险缴纳以及外派结束后的岗位安排等事宜，以避免潜在争议和合规风险。

**（二）外派人员在外派期间仅与境外企业建立劳动关系，与中国企业不建立或解除劳动关系。**在此模式下，中国企业如已与员工建立劳动关系，则应当在外派前解除该等劳动关系，中国企业对员工的工资支付、社会保险缴纳、日常用工管理等均应当终止。类似于属地化用工，在此情形下，关于劳动关系、劳动权利义务的争议通常应适用派驻地法律。在此类外派模式下，法律关系亦相对明确、直接，但中国企业对外派人员的管理相对较弱。此外，鉴于外派人员在境内的工资发放及社会保险缴纳均终止，可能对外派人员在境内的社会保险权益造成一定的影响。

然而，如外派期间，中国企业与外派人员虽未签订（或已解除）劳动合同，但仍存在人格上、经济上、组织上的从属性（例如：发放工资、缴纳社会保险、对外派人员进行日常劳动管理等），则仍有可能被认定为与外派人员存在事实劳动关系。在此情形下，外派人员仍可能向中国企业主张相关权利，相关劳动争议亦仍可能适用中国法律和中国司法管辖。因此，建议中国企业与外派员工就解除境内劳动合同事宜进行明确约定，以避免潜在争议和合规风险。

另外，即使外派人员在外派期间与中国企业不存在劳动关系，如外派人员为中国籍，且相关争议涉及劳动者权益保护的，在现行《涉外民事关系法律适用法》和《民事诉讼法》的框架下，亦不排除基于中国社会公共利益而适用中国法律和中国司法管辖的可能。

**（三）中国企业及境外企业分别与外派人员建立劳动关系（即双重劳动关系）。**在此情形下，中国企业应当依据中国法的规定履行用人单位义务，境外企业亦应当依据当地法的规定履行雇主义务。相关争议既可能适用派驻地法律和司法管辖，亦可能适用中国法律和司法管辖，具体取决于个案中员工的诉求及劳动争议管辖机构的裁量。

在该等双重劳动关系的模式下，由于涉及多国法律的同时适用，合规复杂程度较高，亦可能存在一些内部管理方面的潜在冲突或真空替代，需要特别注意和协调安排，对公司来说管理成本及派遣成本也可能相应增加。因此，实践中，出海企业通常在境外企业创始初期等特定阶段、对于与公司有紧密合作关系的管理人员等特定岗位采取该等双重劳动关系模式。

如采取此种模式，建议中国企业及其境外关联企业在分别与外派人员订立劳动合同的基础上，亦需综合考虑和确定外派期间的特殊安排（例如薪酬福利的发放、工作时间和休假的安排、雇佣关系的处理、工作年限的计算等），与员工做出结合其用工实际情况的、针对在法律适用存在冲突或者真空情况下的细致约定。

就上述几种不同的外派模式，企业往往会综合考量企业的管理需要、派驻地的法律要求、潜在的税务和财务影响（参见下文第四部分关于税务层面常设机构的分析），以及员工的具体情况和个性化需求，选择适宜的用工模式。

## 二、特殊外派模式

### （一）对外劳务合作

对外劳务合作是指具有对外劳务合作经营资格的企业（“**对外劳务合作企业**”）根据《对外劳务合作管理条例》组织中国公民（“**劳务人员**”）赴其他国家或者地区为境外的企业或者机构（“**国外雇主**”）工作。

此种用工模式中，对外劳务合作企业、劳务人员及国外雇主三方之间的法律关系为：（1）对外劳务合作企业与国外雇主之间存在商业合作关系，双方应签订《劳务合作合同》；（2）国外雇主与劳务人员应建立受当地法律保护的劳动关系，国外雇主是劳务人员的实际雇主，对外劳务合作企业应当协助劳务人员与国外雇主订立劳动合同，并保证合同中有关劳务人员权益保障的条款与《劳务合作合同》一致；（3）对外劳务合作企业与劳务人员之间可以建立民事服务关系、签订服务合同，亦可建立劳动关系、签订劳动合同。实践中，采取前者的情况较为常见，但无论采取何种方式，对外劳务合作企业均应当协助劳务人员与国外雇主建立劳动关系、协助劳务人员维护合法权益，否则对外劳务合作企业可能面临承担损失赔偿责任的风险。

### （二）对外承包工程外派人员

对外承包工程外派人员是指具有对外工程承包资质的企业（“**对外承包工程企业**”）向其在国外承揽的工程项目派遣人员，是出海的对外承包工程企业特有的跨境用工模式。在该种模式下，对外承包工程企业必须与外派人员建立劳动关系，签订劳动合同，相关社会保险可按项目所在地的法律法规执行。外派人员的管理均由对外承包工程企业负责。

### 三、属地化用工

属地化用工是指境外企业依据当地法律规定在当地招用人员，员工仅与境外企业建立符合当地法律的用工关系，与中国企业不存在劳动关系。依据《商务部关于加强对外投资合作在外人员分类管理工作的通知》的规定，中国企业在开展对外承包工程和对外投资时，应当积极推进属地化用工，尽可能多雇佣当地员工，为当地创造就业机会，促进可持续发展。另外，很多国家和地区的法律也对企业雇佣本国员工设定了明确的人数或比例要求。

具体而言，受制于当地法律的规定，属地化雇佣常见的方式有以下几种：

（一）直接雇佣，即境外企业直接与当地雇员签订雇佣合同，包括固定期限雇佣合同、无固定期限雇佣合同、兼职合同等。关于雇佣合同的类型、期限和续订次数限制等，各个司法辖区的规定差异较大。

（二）使用第三方雇员，即境外企业和第三方专业机构（例如人力资源服务机构）签署协议，由第三方机构委派自身雇员为境外企业提供服务，包括劳务派遣、劳务外包、员工租赁、PEO（professional employer organization，即专业雇员服务）等形式。在此情形下，第三方公司作为雇员的雇主，承担全部雇主义务，用工企业是否承担部分共同雇主义务取决于当地法律要求。大多数国家和地区允许当地的雇主使用第三方雇员，但企业通常应当关注当地关于第三方公司的经营资质、使用第三方雇员的条件限制、雇主责任分担等法律要求。

（三）独立承包人，即境外企业招用以个人名义提供服务的个人。通常而言，独立承包人与境外企业之间不存在雇佣关系，不受当地劳动相关法律法规的保护，也无权享有雇员权利。大多数国家的劳动主管机关和法院在审查个人属于雇员还是独立承包人身份时，都采用“实质重于形式”的审查标准。如果个人被认定为实质属于雇员（事实上的雇佣关系），可能将直接享有劳动法上的雇员权利，境外企业还可能面临未履行雇主义务而导致的行政处罚、民事赔偿责任等。

境外企业在进行属地化用工时，应当基于实际的用工关系及所适用的当地法律法规，签订合规的劳动合同或相关协议，建立符合当地法律法规的用工制度。此外，需额外注意当地对于境外投资企业在当地雇佣人员是否有资格准入方面的相关限制规定或其他特殊规则。

### 四、无实体外包服务模式（EOR）

无实体外包服务（EOR）通常是指外国公司委托当地第三方专业机构（“**EOR服务商**”），代表外国公司在当地雇佣员工的用工方式。在此种模式下，EOR服务商作为员工的名义雇主，为员工办理在当地的合法就业手续、与员工签订符合当地法律规定的劳动合同、并履行各项雇主义务（例如为员工发放工资、缴纳当地社会保险等），而员工实际上为外国公司提供服务、接受外国公司的指导、管理和工作安排。

由于EOR服务商为员工名义上的雇主，通常情形下，关于劳动关系及劳动权利义务的争议适用当地法律规定，相关雇主责任由EOR服务商直接承担后，依据外国公司与EOR服务商之间的约定处理。

从本质上讲，EOR为外国公司在未建立当地法人实体情况下在当地雇佣人员从事一定的业务活动提供了可能性。采用EOR服务与设立当地实体相比，在前期投入、所需时间、持续成本、风险管理及退出成本方面均具有优势，因此EOR模式为希望测试新市场或设置少量远程支持团队但尚未承诺开设实体的企业提供了较大的灵活性，这使其成为出海企业在未设立当地实体情况下的常见解决方案。

实践中，大多数国家并未明确禁止EOR这一用工模式。然而，对于适用EOR模式出海的中国企业，亦需要特别关注一些潜在的法律合规风险和要点：

（一）在劳动法层面，如EOR服务商未能遵守当地劳动法相关规定、未能履行雇主责任，或不符合当地关于EOR服务商的要求或条

件，可能面临员工提出的损失赔偿或罚款，而该等赔偿或罚款的成本可能通过EOR服务商与中国企业之间的合同约定转嫁给中国企业。

此外，由于员工实际受中国企业管理，中国企业与员工之间的人身从属性较强，在与员工产生争议的情况下，如EOR服务商未能积极响应，或EOR服务商的财务状况不佳，导致员工对EOR服务商的信任不足，不能排除员工主张中国企业为实际雇主，而直接要求中国企业承担雇主责任的可能。

（二）在市场准入层面，某些国家和地区对于外国企业在未经审批或设立当地实体的情况下直接在当地开展营业活动存在禁止或限制，而在EOR模式下，员工实际接受中国出海企业的指示和管控、为出海企业在当地开展工作，不排除可能被视为对此类禁止或限制的违反。

（三）在税法层面，如果在当地法律上将中国企业视为员工的实际雇主，且中国企业通过该等员工在相关境外国家或地区开展经营活动，那么，在某些情况下，根据该等境外国家的税收法律规定及中国与该等国家签署的税收协定，中国企业有可能在相关境外国家构成常设机构（Permanent Establishment），并因此需要就归属于常设机构的所得，在相关境外国家当地缴纳企业所得税（或类似性质的税款）。

基于上述，如中国企业拟采取EOR用工模式，应当特别关注当地法律关于EOR用工模式的规定和限制，并评估可能带来的税务影响。如果决定采用该模式，建议重点关注：（1）选择具有当地法律规定资质、财务状况良好、服务经验充足且具有一定规模 and 良好声誉的EOR服务商；（2）在与EOR服务商签订的合作协议中，应当明确约定EOR服务商的义务和责任；（3）在EOR服务履行的过程中，应当监督并确保EOR服务商履行双方之间的约定及与员工的劳动合同约定、遵守当地法律法规的情况；（4）一旦发生劳动争议，中国企业应当敦促EOR服务商积极与员工协商解决相关争议，履行雇主责任。

## 五、总结及建议

结合上述分析，我们对跨境用工的几种常见模式和相应特点总结如下：



| 用工模式       | 对外派出人员       |              |                |        |            | 属地化用工       | EOR                     |
|------------|--------------|--------------|----------------|--------|------------|-------------|-------------------------|
|            | 对外投资外派人员     |              |                | 特殊外派模式 |            |             |                         |
|            | 仅与中国企业存在劳动关系 | 仅与境外企业存在劳动关系 | 双重劳动关系         | 对外劳务合作 | 对外承包工程外派人员 |             |                         |
| 劳动关系归属（雇主） | 中国企业         | 境外企业         | 中国企业和境外企业      | 境外企业   | 中国对外承包工程企业 | 境外企业（如直接雇佣） | EOR 服务商                 |
| 一般适用法律     | 中国法          | 境外法          | 中国法和境外法        | 境外法    | 中国法        | 境外法         | 境外法                     |
| 常见适用场景     | 短期外派         | 长期外派         | 特定阶段/特定岗位/特定需求 | 对外劳务合作 | 对外承包工程     | 当地实体、本地化部署  | 未设立当地实体                 |
| 备注         | 可行性受制于境外法评估  | 需妥善解除中国劳动关系  | 应注意境内外权利义务划分   | 特殊资质   | 特殊资质       | 遵守当地法律规定    | 可行性受制于境外法评估，选择合格的EOR服务商 |

如前所述，根据具体的用工场景、选择适当的用工模式，是中国企业大举出海面临的重要课题。在跨境用工模式选择和落地过程中，我们对出海企业有如下一般性建议，可供参考：

1. 充分了解当地的法律法规和劳动政策，了解当地对于外派人员以及本地化雇佣的条件和准入限制；
2. 结合业务开展、员工管理、成本控制、合规风控、员工需求等多种因素，对可能的用工模式进行合规性、可行性的分析和评估，设计和实施具体的用工方案；
3. 确保在适用的用工模式和方案下，各方签订了符合法律规定的，且能够充分保障出海企业和员工权益的合同及文件，并确保该等合同及文件在用工期间始终有效；
4. 如采取对外派出人员用工方式，应当为员工办理符合当地法律规定的各种手续，包括但不限于工作签证、居留许可、健康检查等，为员工提供必要的培训和支持，同时协调处理境外与境内的用工关系；
5. 如采取对外劳务合作、对外承包工程或EOR等与第三方合作的模式，应当确认合作方的资质合法有效，与其签订合作协议明确双方的权利义务，并持续监督其对雇员的权益保障；
6. 根据企业业务需求的变化或法律环境的调整，及时审查和优化现有的用工方案，并根据实际情况调整用工模式；
7. 必要时可寻求用工当地使领馆、中国商会以及律师等专业机构的协助和支持。

\*[1] 财政部关于印发《国有企业境外投资直派财务负责人管理办法》的通知（财资〔2022〕5号）第三十四条：“国有企业可以与派出境外企业的财务负责人直接签订劳动合同并向其支付薪酬。此类情形下，境外企业财务负责人的聘任与解聘履行派出企业内部治理程序，且其不得在境外企业重复领取

薪酬。”