

劳动争议证明责任倒置说之批判

袁中华

内容提要:传统观念认为,我国劳动争议领域的证明责任分配实行的是证明责任倒置。这种倒置说在司法实务界具有广泛影响,而且在法律规范和法律理论层面似乎也不缺乏支持。但这种学说其实建立在一个错误的前提“谁主张谁举证”原则之上,而且笼统地要求用人单位原则上承担证明责任也无法在个案中进行恰当分配。更为致命的是,诸多相关法条并不能为倒置说提供坚实的规范基础,而且证据偏在也绝非是实行倒置的充分理由。但如果抛弃倒置说而采用规范说,又可能在某些案件中无法恰当分配证明责任。更为合适的选择是采用修正规范说,并结合对实体法规范的解释,完全可以为劳动争议领域的证明责任问题提供恰当的解决方案。以上述分析为基础,也可以发现《劳动合同法》在立法技术上存在一定缺陷。对此应当修订相关法条,通过主文/但书的区分等方式恰当地表达证明责任分配。

关键词:劳动争议 证明责任 倒置说 修正规范说

袁中华,中南财经政法大学法学院副教授。

引言

民事诉讼中的证明责任分配问题,历来是我国法学研究的一个重要阵地。学者们投入了大量的精力对其进行深入挖掘,不仅形成了丰硕的学术成果,而且对立法和司法实践也产生了重要影响。^[1]劳动争议诉讼在我国尽管也适用民事诉讼法解决,因而也属广义的民事诉讼范畴之列,但该领域的证明责任问题似乎一直缺乏足够的关注,几乎成为一块

[1] 最为典型的是2015年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第91条,即应用了学者们广泛赞同的罗森贝格“规范说”,不过该条的表达与“规范说”其实依然存在一些细致的差别。对该条的具体分析,参见袁中华:《证明责任分配的一般原则及其适用——〈民事诉讼法〉司法解释第91条之述评》,《法律适用》2015年第8期,第47页以下。

学术研究的“飞地”。〔2〕在《劳动合同法》修法已提上日程之际,学界关注的焦点主要是无固定期限劳动合同、解雇保护等实体问题,〔3〕而对证明责任问题缺乏讨论,但这一问题绝非不重要。劳动争议领域的证明责任分配往往直接关系到劳动争议仲裁或诉讼双方当事人的举证过程、裁判者对其进行的指挥与控制乃至最终的裁判结果,无论对于当事人还是裁判者而言都尤为关键。对于该问题,目前法学界依然缺乏一个行之有效的通说。在诸多相互竞争的学说中,最具影响力的是“证明责任倒置说”(以下简称“倒置说”),即原则上要求用人单位在劳动争议仲裁和诉讼中承担证明责任。这种学说无论在学理上还是规范上都不缺乏支持,而且在司法实务中也有较大影响。但笔者认为,这种流传甚广的学说其实无论在理论上还是规范上都难以找到坚实的支撑,如果不对其进行批判而任由谬种流传,不仅在劳动争议司法实务中难以行之有效地解决纠纷,而且也无法实现该领域相关的立法技术的进步和学术研究的深入。

一 劳动争议证明责任“倒置说”及其影响

(一) 倒置说的由来

早在 1995 年,江苏省高级人民法院从审判经验出发,提出了应当在“谁主张谁举证”的前提下对劳动争议案件的处理实行证明责任倒置。其理由在于企业对职工的处理决定具有类似行政行为的性质,因此可以参考行政诉讼法的规定要求企业承担证明责任,其次是实务中存在大量的企业妨害证明的行为,对此必须证明责任倒置。〔4〕此后也有学者主张,由于劳动争议中劳动者力量有限,而企业方则掌握大量与劳动者纠纷相关的文件或凭证且常常拒绝提供,容易导致劳动者的举证不能或者举证困难,为维护劳动者的合法权益,因此有必要以证明责任的倒置(即由用人单位承担证明责任)来替代传统的“谁主张谁举证”作为劳动争议证明责任分配的基本原则。在此原则之下劳动者并非不承担任何证明责任,其在起诉时也应当提出只有自己才能掌握的证据。〔5〕上述主张几乎均肯定在劳动争议领域应当以证明责任倒置为原则,我们可以简称其为“倒置说”。

这种“倒置说”此后在规范层面也被确认。2001 年最高人民法院颁布的《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释》第 13 条规定:“因用人单位作出的开除、除名、辞退、解除劳动合同、减少劳动报酬、计算劳动者工作年限等决定而发生的劳动争议,用人单位负举证责任。”2002 年最高人民法院颁布的《关于民事诉讼证据的若干规定》第 6 条又重复了这一规则。上述两个条文一般被视为倒置说的典型体现。

此外,2005 年劳动和社会保障部《关于确立劳动关系有关事项的通知》第 2 条规定,“用人单位未与劳动者签订劳动合同,认定双方存在劳动关系时可参照下列凭证:(一)工资支付凭证或记录(职工工资发放花名册)、缴纳各项社会保险费的记录;(二)用人单位

〔2〕 作为例证的是,从 1997 年至今,所有法学核心期刊上几乎没有一篇该主题的论文发表。

〔3〕 参见钱叶芳:《〈劳动合同法〉修改之争及修法建议》,《法学》2016 年第 5 期,第 51 页以下。

〔4〕 参见江苏省高级人民法院民庭:《关于审理劳动争议案件的调查》,《人民司法》1995 年第 3 期,第 3 页以下。

〔5〕 参见但昭文、苏明益:《劳动争议案件举证责任探讨》,《法学评论》1996 年第 1 期,第 62 页以下。

向劳动者发放的‘工作证’、‘服务证’等能够证明身份的证件；(三)劳动者填写的用人单位招工招聘‘登记表’、‘报名表’等招用记录；(四)考勤记录；(五)其他劳动者的证言等。其中,(一)、(三)、(四)项的有关凭证由用人单位负举证责任。”该条也被视为证明责任倒置的依据。尽管这一通知既非法律规范也非司法解释,而且也仅针对各地劳动与社会保障部门(包括劳动仲裁机构)下发,但它对司法实务却产生了重要影响,各地法院在判断劳动关系是否成立时往往采用该通知所确立的标准。

上述条文在出台之后并未引起大的争论,证明责任倒置也常常被认为是劳动争议证明责任分配的基本原则。^[6]但鉴于这些条文未涵盖劳动争议案件中所有的证明责任问题,有学者和法官提出了进一步的完善意见。例如有学者认为,在工伤赔偿案件中,关于工伤事故和职业病认定不应当完全适用“谁主张谁举证”而应当加重用人单位的证明责任;在工资拖欠案件中,劳动者只需要举证证明其已履行劳动义务即可,而对用人单位未付工资的事实不应当负举证责任。^[7]也有法官认为应当进一步加重用人单位举证责任,具体包括要求用人单位在劳动保险纠纷、加班费纠纷、解除合同补偿金的计算纠纷、是否安排劳动者从事恰当工作等问题上承担证明责任。^[8]如果倒置即意味着用人单位承担证明责任,则上述观点即可以视为对“倒置说”的认同和理论上的进一步拓展。

(二)与之竞争的其他学说

倒置说在学界其实也不乏质疑。有学者指出,《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释》第13条确定的证明责任分配既不符合法律要件分类说,也并非一般意义上的证明责任倒置,且其范围也过于狭窄,因此理应重新构建劳动争议诉讼举证责任分配的体系。比如,因执行有关劳动基准法等内容而发生的争议、劳动者提出的用人单位侵害劳动者权益的劳动争议、因用人单位依照自己制定的规章制度对劳动者进行处理而发生的争议,由用人单位负举证责任;劳动者提出辞职、自动离职发生的争议按照“谁主张谁举证”的原则在用人单位和劳动者之间进行分配;其他情况下发生的劳动争议,则按照危险领域的控制能力、举证能力和证据距离远近等标准由用人单位负举证责任。^[9]

有学者观点也与此类似,将劳动争议划分为确认劳动关系的争议,订立、履行、变更、解除和终止劳动合同发生的争议,因除名、辞退和辞职、离职发生的争议,因劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿金或赔偿金等发生的争议等类型,并按照“谁主张谁举证”原则和“危险领域说”确定具体的证明责任分配。^[10]上述观点实际上是根据劳动争议的不同案件类型来确定各自的证明责任分配原则,因此可以简称为“案件分类说”。

就倒置说及案件分类说,有学者认为,倒置说尽管看到了劳动者在劳动关系中的弱势

[6] 参见李现平:《浅谈劳动争议案件的举证责任》,《中国劳动》2003年第3期,第41页;陈勤:《试论劳动争议案件中的举证责任倒置》,《中国劳动》2003年第3期,第42页。

[7] 参见王全兴、吴文芳:《〈最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释〉的不足及其完善建议》,《法学》2002年第10期,第58页以下。

[8] 参见上海闵行区人民法院:《劳动争议案件中的举证责任分配》,《人民司法》2005年第7期,第14页以下。

[9] 参见孙德强:《劳动争议诉讼举证责任分配》,《中国劳动关系学院学报》2006年第2期,第53页。

[10] 参见姜颖著:《劳动争议处理》,中国劳动社会保障出版社2009年版,第86-88页。

地位及对其进行保护的必要性,但要求主要由用人单位承担证明责任在许多情况下也无法做到公平和合理;而案件分类说尽管是一种很有意义的尝试,但要求在某类型案件中一方当事人承担全部的证明责任,依然过于笼统和模糊。对此,他主张借鉴德国学者普维庭的法律要件分级理论来分割证明责任,即由用人单位和劳动者分别就不同的要件事实承担各自的责任,至于分割的依据则是诉讼经济、保护弱者等原则。^[11] 这种学说,可以称之为“证明责任分割说”。

从表面上看,证明责任分割说与案件分类说存在着较大差异。对此有论者指出,尽管案件类型说笼统地要求用人单位在某些案件中承担证明责任,但并未否认某些要件事实应当根据“规范说”来进行分配,因此它与分割说仅仅只是表达上的差异,在核心观点上并无本质性的区别;但分割说的优势则在于将证明责任的分配精确到了要件事实的层面。^[12] 但或是由于不够简洁易用,或是由于理论本身不够完备,上述证明责任分割说与案件分类说对于学术理论与司法实务都未产生足够的影响力,也未被法律或者司法解释吸纳或采用。到目前为止,依然没有任何一种学说足以挑战“倒置说”的主流地位。

(三)倒置说在实务中的影响

既在学术上不乏支持,又有规范层面的依据,而且还具有容易理解、简便易行的特点,因此在劳动争议领域,“倒置说”无疑是最具影响力的学说,其对于劳动司法实务也产生了深远的影响。

这种影响在“十堰法官被刺事件”发生后的舆论风波中可见一斑。2015年9月9日,一起劳动争议案件的当事人胡某刚持刀刺伤了湖北省十堰市中级人民法院的四名法官,该事件发生后引发了社会的广泛关注,而随后媒体曝光的一审判决书则使得该案的法官裁判问题引发了巨大争议。有论者认为,一审法院错误地将部分举证责任加给了原告个人一方……根据《关于确立劳动关系有关事项的通知》,用人单位在诉讼中的举证责任较重于个人。其中第2条规定有关凭证由用人单位负举证责任。职工能提交相应的证据,主要是为了支持自己的主张,属于积极提供。但原件不可能在职工手上,而应当由企业提交这些证据,职工只能提供复印件。企业不提供,自然要承担民事诉讼中的举证不利后果。十堰市茅箭区法院将这个责任倒置了。通篇判决,没有让被告企业一方提供必须提供的法定证据。^[13] 也有论者认为,本案中法官对于证明责任的分配方式有误,其原因在于:“立法者已经看到劳动者一方的弱势地位,因此在举证责任的分配上,采取了举证责任倒置的制度安排”。^[14]

上述评论者所秉持的“劳动争议案件中实行举证责任倒置”观点,其实也就是倒置说

[11] 参见范跃如著:《劳动争议诉讼程序研究》,中国人民大学出版社2008年版,第181页。

[12] 参见杨冰:《证明责任倒置与证明标准降低的契合——论我国劳动争议诉讼证明责任制度的完善路径》,《西部法学评论》2012年第4期,第74页。

[13] 参见宋文利:《对十堰事件下劳动合同纠纷一审案件民事判决书的探讨——是谁应该举证?》,http://www.empi-relawyers.com.cn/index.php?g=law&m=Index&a=content_detail&token=vupnvd1442819132&type=article&id=1653,最后访问时间:[2017-03-02]。

[14] 刘家辉:《刀刺十堰法官嫌犯“案前案”的一审法官怠职》,http://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_1374564,最后访问时间:[2017-01-05]。

的核心论点。而评论者均为律师身份,也可以折射这种倒置说的影响力。司法实务中,持有这种观点的律师或者当事人也绝不在少数。例如某当事人在上诉理由中认为:“劳动争议纠纷案件适用举证责任倒置原则。与案件有关的应由被上诉人提供的关键证据……应由被上诉人提供,否则,就应承担对其不利的法律后果……而水城县劳动仲裁委和一审法院却……不执行举证责任倒置原则,明显偏袒被上诉人,损害了上诉人利益,作出了错误的判决。”^[15]还有当事人为这种倒置给出了自认为非常充足的理由,例如在某上诉状中,劳动者认为:“在劳动关系中,劳动者是弱者,用人单位是强者,用人单位掌握的资源远远超过劳动者,举证能力大大强于劳动者,这也是司法解释规定举证责任倒置的原因。”^[16]

尽管并不像上述劳动者或律师那样偏激,但不少处理劳动争议的法官或仲裁员往往也倾向于认为,劳动争议案件中除了涉及劳动关系是否存在的问题外,其他问题基本上都是由用人单位承担证明责任。^[17]例如在某上诉案的判决理由中,法官认为:兰某芬主张本案应适用举证责任倒置原则,由于在劳动争议案件中适用该原则的前提条件是双方存续劳动关系,而本案中双方是否存续劳动关系存有争议,故无法适用该原则,兰某芬的该项主张,本院难以采纳。^[18]易言之,该法官实际上认为,如果本案中劳动关系的存续已经明确,则就可以适用倒置。这种观点之所以在司法实务有着较大的影响力,其原因或许在于,这种简洁的处理原则,往往也有助于在证明责任问题较复杂的案件中,法官可以迅速地作出决断(即要求由用人单位而非劳动者来证明)。

二 倒置说之形式批判

所谓证明责任倒置(也称证明责任转换),本是德国司法实务中主要针对规范说无法恰当解决新型案件(侵权案件为主)中评价性要件(如过错、因果关系)的证明责任问题,所创造出来转而要求加害人承担其证明责任的司法技术。^[19]但这一技术在我国立法、司法与学术研究中,往往被过度使用。早有批评者指出,在2009年《侵权责任法》颁布之后大量的特殊侵权都已经成文化,其证明责任分配已经被法条所确定而无需法官进行裁量,在这种背景下应当尽量淡化这一概念以免引起不必要的混淆和误解。^[20]在这种技术已经逐步被民事诉讼法学界批判并抛弃之时,在劳动法领域似乎鲜见反对之声。但无论从形式角度还是实质角度来观察,倒置说其实都很难立足。

[15] 上诉人朱某华与被上诉人贵州发耳煤业有限公司追索劳动报酬纠纷一案判决书案,北大法宝引证码 CLI. C. 8357868。

[16] 罗某刚与南海市平洲平西线路五金构件厂等劳动合同纠纷上诉案,北大法宝引证码 CLI. C. 38409。

[17] 本人曾在2011至2012年间在某法院劳动争议庭及某劳动仲裁院进行了长期的调研。在调研过程中,不少法官和仲裁员都表达了相同或类似的观点。

[18] 兰某芬与上海元钛有机玻璃制作有限公司劳动合同纠纷上诉案,北大法宝引证码 CLI. C. 8325004。

[19] 参见陈荣宗著:《举证责任分配与民事程序法(第二册)》,三民书局1984年版,第64页。

[20] 相关评述参见胡学军:《证明责任倒置理论批判》,《法制与社会发展》2013年第1期,第106页;胡学军:《我国民事证明责任分配理论重述》,《法学》2016年第5期,第38页。

(一) 倒置说与“谁主张谁举证”

“证明责任倒置”是我国法上频繁使用的一个术语。但该术语之确切意涵,其实并不太容易理清。不同主体言说这个语词,所指往往并非相同。就何为“证明责任倒置”,笔者将学理和实务中的观点大致归纳为如下四种:

其一,只要是被告承担证明责任就是倒置,这是一种最为简单粗暴的理解,例如大量的教材将《关于民事诉讼证据的若干规定》第 4 条被告承担证明责任的情形一律被称为证明责任倒置。但按照规范说的原理,免责事由本来就应该由被告承担,因此其中如“(六)因缺陷产品致人损害的侵权诉讼,由产品的生产者就法律规定的免责事由承担举证责任”这样的条款,根本与所谓的证明责任倒置无关;

其二,与“谁主张谁举证”这一分配原则相区别的分配方式就是证明责任倒置,这或许是最为常见的理解;

其三,相异于一般案件(典型是一般侵权案件)的分配模式才叫倒置,例如以前就普遍认为环境侵权案件中的被告就因果关系承担证明责任是倒置;

其四,与规范说的分配方式(全部或者部分)相反的分配模式才叫倒置,^[21]这是最为学术化的理解。

上述第一种和第二种观点在司法实务中往往并无明确的界限。由于几乎任何一个诉讼都是以原告主张某种事实而开启攻击防御进程,由此是原告而非被告需要先提出某些证据来证明其事实主张。因此“谁主张谁举证”往往被很多人简单化理解为原告举证(承担证明责任)。由此一旦要求被告承担证明责任,在很多人看来也就是证明责任倒置。鉴于二者的纠缠不清,劳动争议领域所谓的证明责任倒置话语,既可能在第一种意义上被使用,也可能在第二种意义上被使用。

但如果仅仅是被告(一般指用人单位)承担证明责任就称其为证明责任倒置,这显然并不恰当。因为没有任何一个国家的法律制度仅仅要求由原告承担证明责任而不要求被告承担任何证明责任。对此可以借助于诉讼上的攻击防御理念进行说明:在诉讼之初,原告为了实现其请求而主张某种事实并辅之以相关的证据,此时原告在进行攻击由此承担这些事实的证明责任;被告如果否认则是在防御无需承担证明责任,但如果被告承认原告所主张的事实同时又提出了新的事实主张(诉讼法上称之为“抗辩”),那么此时是被告在攻击需要承担证明责任。^[22]由此可见,随着攻击防御进程的展开,原被告各自承担相应事实的证明责任。

如果采用第二种意义的倒置,也会面临许多问题。既然有倒置就有所谓的正置,关键在于何为正置?较为传统的观念认为证明责任分配原则就是“谁主张谁举证”。但首先的问题是,该原则是否能够成为证明责任分配的一般原则。在 1991 年民事诉讼法制定之时,就法条中是否应当规定提供证据的责任和举证不能的责任引发过激烈的争论,最终立法机关考虑到我国人口构成主要为农民因而举证能力低下,如果提不出证据就败诉的话

[21] 参见李浩:《举证责任倒置——学理分析与问题研究》,《法商研究》2003 年第 4 期,第 87 页以下。

[22] 参见王亚新:《诉讼程序中的实体形成》,《当代法学》2014 年第 4 期,第 148 页以下。

可能会使相当多农民的利益得不到很好保护,而且规定举证不能的责任也容易使法院忽视自己调查取证的职能,最终权衡利弊之后第64条仅规定了证据的提出责任而未规定举证不能的责任。^[23]因而“谁主张谁举证”并非规范的是客观证明责任而仅关涉证据的提出责任(一般也称为主观证明责任),这种提出责任随着诉讼的进行而在当事人之间不断来回转移,因而其承担者是双方当事人而绝非原告一方。要求被告(用人单位)承担证明责任,并不违反这一原则。鉴于该原则仅仅能表达证据的提出责任而非客观的证明责任,根本无法解决主要事实真伪不明时谁来承担败诉后果的问题,民诉法学界的主流观点基本已不再视其为证明责任分配的一般原则。^[24]因此,是否能将用人单位(被告方)承担证明责任称之为证明责任的“倒置”,实际上与“谁主张谁举证”并无关联。

总之,对于证明责任的倒置,必须理清:它应该是与证明责任的正置相对立的分配方式。而所谓的正置,学界主流观点认为,它只能是依据规范说所确定的分配方式。而且这种学界通说已经在规范层面被《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第91条所确认。由此,司法实践中对于劳动争议领域的“证明责任倒置”,无论是采用第一种还是第二种理解,都是不恰当的。

(二)倒置说在表达上的模糊

质疑者或许会主张,即使倒置说这种过于简化的称谓不恰当,但它所想表达的实质内涵并没有什么疑问:由于劳动者与用人单位在取证能力上的不对等,所以出于保护劳动者的目的,应该在绝大部分情形下由用人单位承担证明责任,而劳动者只是补充性地承担证明责任。简言之,由于证据偏在,倒置说认为在劳动争议案件中用人单位原则上承担证明责任。

但即使这种表达,在形式上依然存在不少问题。其一,既然有原则就必然有例外,也即我们要求用人单位原则上承担证明责任,那么就必然存在着劳动者承担证明责任的例外情形。但这种“原则/例外”如何进行区分,是倒置说所无法回答的。其二,这种理论也未清楚地确定用人单位就何种事实承担证明责任。任何证明责任理论,都必须追求清晰的证明责任分配,即对于每一个事实要件都必须有确定无疑的证明责任承担者,否则无法明确在某事实真伪不明时败诉风险的负担。

以规范说为例,民法的规范被分为基础规范和三种对立规范(权利发生规范、消灭规范和妨碍规范),每一种规范的事实要件都各不相同,由此双方当事人各自就其有利的规范事实要件而承担证明责任。^[25]而其他证明责任理论也无不如此,例如要件事实论将民法上的各种请求权的要件分解成“请求原因——抗辩——再抗辩”这样的层次,确定证明责任的分配。^[26]而即使被一般认为在理论上较为简略的英美法,对于证明责任的分配也

[23] 参见常怡主编:《民事诉讼法学》,中国政法大学出版社1999年版,第199-200页。

[24] 参见江伟主编:《民事诉讼法》(第4版),中国人民大学出版社2008年版,第213页;张卫平著:《民事诉讼法》(第三版),中国人民大学出版社2015年版,第250页以下;赵刚、占善刚、刘学在著:《民事诉讼法》,武汉大学出版社2010年版,第203页。

[25] 参见[德]莱奥·罗森贝格著:《证明责任论》,庄敬华译,中国法制出版社2002年版,第106-107页。

[26] 参见[日]伊藤滋夫:《要件事实讲义(节译)》,小林正弘译,载崔建远主编:《民法九人行》(第7卷),法律出版社2014年版。

往往是通过确定实体法上的诉因和抗辩的构成来完成。^[27] 因此在讨论具体的证明责任分配问题时也必须精确到某个要件由谁承担证明责任,而非仅仅简单地确定某种案件由谁承担证明责任。以善意取得制度的证明责任问题为例,学术界进行争论时并不会探讨到底是受让人还是原权利人承担原则上的或者总体的证明责任,而是探讨双方到底谁就受让人善意或者恶意这一要件承担证明责任。^[28]

如果一种理论仅仅是笼统模糊地要求用人单位在原则上承担证明责任,而无法精细地区分什么是“原则”性的情形,什么是“例外”性的情形,更无法确定用人单位和劳动者分别就何种事实承担证明责任,这显然不是一种合格的理论。由此它对司法实务问题的解决无疑也必然无法令人满意,我们也很难用它去评价或者解决具体案例。例如在“十堰法官被刺事件”中,即使我们不使用所谓倒置的说法,而且是要求用人单位原则上承担证明责任,但我们依然无法判断原告被告如此举证以及最终的裁判,是否是法官错误分配了证明责任的结果。

概言之,倒置说的形式问题体现在:(1)它将“倒置”建立在错误的前提之上;(2)即使避免这种表达,其实质性原则在形式上依然存在模糊性,以至于无法足够精确地在个案中分配证明责任。而对于倒置说的进一步质疑,则需要对两个实质性问题进行判断,其一在于其规范基础,即现行的民诉法以及劳动法上的相关规则是否支持这种倒置。其二在于其理论根基,即是否由于证据偏在就应当实行倒置。

三 倒置说之实质批判

(一)规范基础之批判

倒置说在现行法规范上可以找到的依据无外乎以下法条:《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释》第 13 条、《关于民事诉讼证据的若干规定》第 6 条、《劳动争议调解仲裁法》第 6 条以及《关于确立劳动关系有关事项的通知》第 2 条。就上述法条,以下逐条进行审视。

依照《关于确立劳动关系有关事项的通知》第 13 条与《关于民事诉讼证据的若干规定》第 6 条,我们似乎可以得出结论:在相关劳动争议中由用人单位承担证明责任,而劳动者无需承担任何证明责任。但如果以解释论的视角观察,则该结论并非必然成立。鉴于 2008 年起《劳动合同法》的施行,“开除、除名、辞退”已经变成历史性概念而非现行法概念,它们实际上已经被统一到“解除劳动合同”之下。由此用人单位解除劳动合同而发生劳动争议,依据上述条文应当由用人单位负举证责任。但这个分配规则存在两个问题:其

[27] 参见[美]史蒂文·苏本、马格瑞特·伍著:《美国民事诉讼的真谛》,蔡彦敏、徐卉译,法律出版社 2002 年版,第 92-95 页;刘哲玮:《论美国法上的证明责任——以诉讼程序为视角》,《当代法学》2010 年第 3 期。

[28] 相关讨论,参见徐涤宇、胡东海:《证明责任视野下善意取得之善意要件的制度设计——〈物权法〉第 106 条之批评》,《比较法研究》2009 年第 4 期,第 65-66 页;郑金玉:《善意取得证明责任分配规则研究》,《现代法学》2009 年第 6 期,第 111 页;吴泽勇:《论善意取得制度中善意要件的证明》,《中国法学》2012 年第 4 期,第 149 页;徐涤宇:《民事证明责任分配之解释基准——以物权法第 106 条为分析文本》,《法学研究》2016 年第 2 期,第 98 页以下。

一,该条并未明确用人单位就何种事实负证明责任,如果仅对条文做文义解释则用人单位应当对诉讼中的所有事实均承担证明责任,如此处理是否恰当?其二,司法实践中的劳动争议往往都是由用人单位解除劳动合同而引发,但这种争议不仅仅针对支付解除劳动合同所引发的补偿金或赔偿金的请求,而且还常常包括支付工资、加班费、二倍工资差额等请求。那么对于上述各类争议,是否用人单位一律需要承担证明责任?

就第一个问题,答案显然为否。证明责任分配必须具体到要件事实(或主要事实)的层面,而上述规定未能做到这一点,其在立法技术上的粗糙可见一斑。如果要求用人单位就所有的事实承担证明责任则更不合理,如果这样无疑是鼓励劳动者滥诉,并且置用人单位于极其不利的境地,根本无法实现劳动合同法“构建和谐稳定的劳动关系”的立法目的。

而就第二个问题,答案同样为否。劳动争议依据当事人所援引的法规范中的法律效果(往往是各种请求权)的不同可以分为各种类型。而根据规范说的原理,每一种争议类型的证明责任分配依所援引的不同法律规范而各不相同。由此不同要件事实的证明责任往往由不同的主体承担,而绝非由用人单位一律承担。例如加班事实的证明责任,依照《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(三)》第9条,就明确由劳动者承担。由此在解释论上,对该条中“用人单位负举证责任”就必须进行限缩,结合劳动合同法关于解除劳动合同的相关规范和比较法上的相关资料,较为恰当的做法是将其限缩解释为:用人单位就解除劳动合同的合法性负证明责任。^[29]

《劳动争议调解仲裁法》第6条试图就总体的证明责任分配原则进行规范。但该条前半句与《民事诉讼法》第64条基本一致,而前述分析已指出,这种表达实际上规定的仅仅是证据的提出责任而非客观的证明责任,无力承担证明责任分配一般原则的重任。该条后半句似乎规范的是用人单位的证明责任,而且分配方式较为接近证明责任分配学说“危险领域说”,^[30]由此似乎可以成为倒置说的规范基础。但稍加观察不难发现,该条规定的是用人单位就相关证据负提出责任,而非就某种事实承担证明责任。证明责任本身仅仅只能应用于事实层面,即我们只能说某人就某事实承担证明责任,而绝不能说其就某证据承担证明责任,所以该条后半句显然并非关于证明责任的规定。

上述法律条文的表达更为接近《关于民事诉讼证据的若干规定》第75条关于举证妨碍的规定而且较之更为严厉,而以解释学的视角进行观察,它所规范的对象其实是用人单位的“文书提出义务”,这种义务指持有文书的不负证明责任的当事人,因举证人将该文书作为证据方法使用,而负有将其提出于受诉法院以便法院进行证据调查的诉讼法上的

[29] 这种分配方式在比较法上几乎也是广为接受的,对此可参见[英]史蒂夫·哈迪著:《英国劳动法与劳资关系》,陈融译,商务印书馆2012年版,第202页;[意]T.特雷乌著:《意大利劳动法与劳资关系》,刘亦工、刘吉明译,商务印书馆2012年版,第118页;[德]沃尔夫冈·多伊普勒著:《德国劳动法》,王倩译,上海人民出版社2016年版,第268页;[德]W.杜茨著:《劳动法》,张国文译,法律出版社2005年版,第142页;张平:《法国劳动法中解雇权的变迁及其启示》,《清华法学》2012年第2期,第164页以下。但限于文章主旨,对该问题只能另行撰文详细讨论。

[30] 即当事人应当对其所能控制的危险领域中的事实负证明责任,如损害原因存在于加害人的危险领域,则加害人应当负证明责任。该学说主要适用对象是合同和侵权法上的损害赔偿请求权,其主张者是德国学者普霍斯(Prölss)。参见[德]汉斯·普维庭著:《现代证明责任问题》,吴越译,法律出版社2000年版,第279-306页。

义务,^[31]用人单位承担这种义务的原因则在于用人单位负有对于劳动关系中所产生的相关文书如劳动合同文本、加班申请表、工资单、打卡记录等负有保管的义务,因此为使法院的证据调查得以展开和诉讼的正常进行,需要在对方主张时提出相关文书或其他证据。

就《关于确立劳动关系有关事项的通知》第 2 条,笔者认为,依据该条用人单位承担的也并非证明责任。立法者在该条中试图想表达的实际上是要求用人单位承担提出相关证据的义务。规则的制定者对于证明责任和文书提出义务这两个概念未作恰当区分,由此造成了表达上的自相矛盾(双方均负证明责任)。但作为解释者,我们需要明确区分二者从而使该法条得以正当化。因此,与前述《劳动争议调解仲裁法》第 6 条的理由类似,对《关于确立劳动关系有关事项的通知》第 2 条第 2 款表达的恰当理解应该是:(一)、(三)、(四)项有关凭证,由用人单位负文书提出义务。^[32]

概言之,从解释论的视角审视上述规范,它们或是仅仅针对某个具体事实要件,或是规范的对象为证据提出责任或者文书提出义务,均未能从宏观的层面明确“原则上由用人单位承担证明责任”这样的规则,因此也就无法从规范层面上对倒置说提供足够支撑。

(二)理论基础之批判

劳动者与用人单位在举证能力上的不对等在司法实务中是广泛存在的。由于用人单位在劳动过程中对劳动者有管理职能,因此大量的文书性资料(如合同、培训资料、花名册、工资单等)不可避免地掌握在用人单位手中。这种证据集中于一方当事人的情形在诉讼法上称为“证据偏在”。倒置说者以此作为支撑其倒置的最为核心的理由。但必须反省的是,是否由于证据偏在就必须选择证明责任倒置这种法技术?或者说,我们是否还有更好的选择?

在德国法上,证明责任倒置仅仅适用于下列情形:证明妨碍、严重违反职业义务(医疗领域)、产品责任、违反合同法上阐明义务和咨询义务。^[33]劳动法领域的证据偏在绝非我国所独有,其他国家也同样面临这个难题,但德国法和日本法并未因此走向倒置之路。在劳动法领域,德国目前最为权威的学说(也是通说)依然是规范说,而日本法则从规范说发展出来要件事实论,成为实务界的通说。^[34]

德日等大陆法系国家或者地区往往采用另一种制度来解决证据偏在,这就是与前述文书提出义务相辅相成的“文书提出命令”程序。^[35]以德国法为例,文书提出命令的适用

[31] 参见占善刚著:《证据协力义务之比较法研究》,中国社会科学出版社 2009 年版,第 68 页。

[32] 具体分析参见袁中华:《文书提出义务的实践与反思——以劳动争议为视角》,《当代法学》2015 年第 2 期,第 126 页以下。

[33] 参见[德]罗森贝克、施瓦布、戈特瓦尔德著:《德国民事诉讼法(下)》,李大雪译,中国法制出版社 2007 年版,第 852 - 855 页。

[34] 参见[日]伊藤滋夫:《要件事实讲义(节译)》,小林正弘译,载崔建远主编:《民法九人行》(第 7 卷),法律出版社 2014 年版;许可著:《民事审判方法——要件事实引论》,法律出版社 2009 年版;段文波:《要件事实的理论基础——民事裁判构造理论》,西南政法大学 2007 年博士论文。

[35] 相较于大陆法系,英美法系的当事人主义色彩更为浓厚,更强调当事人或者律师通过自身的努力去解决相关的诉讼问题。就证据偏在,英美法系主要通过审前的证据开示制度,让本方律师得以取得掌握在对方手中的相关证据。参见[美]斯蒂文·苏本等著:《民事诉讼法——原理、实务与运作环境》,傅郁林等译,中国政法大学出版社 2004 年版,第 295 页以下。

条件包括:对方当事人占有文书并且根据民法规范负有向举证人交出或者提出文书的义务,或者由于他自己在诉讼中引用了该文书,举证人可以要求其提出该文书;^[36]此外法院根据阐明事实的需要可以裁量当事人和第三人承担一般性的提交义务;^[37]这里所谓的“文书”,依照德国民诉法第371条第2款,并不仅限于文书实际上也包含物证。这种命令的程序主要包括:

(1) 申请:举证人可以根据民诉法第424条提出申请,如果对方提出反驳,可以通过中间判决裁判。

(2) 命令:如果对方当事人承认占有文书或不做表示的,如果法院认为对于事实非常重要并且申请是合理的,则通过裁定命令对方当事人提交文书。

(3) 询问:对方当事人不承认占有文书,就应当就文书的下落对他进行询问,包括让他宣誓、并在传唤时敦促他仔细进行查找;法院通过询问确信他占有文书的,则命令他提交,如果法院确信了相反的情况则文书证明失败。^[38]

(4) 裁判:当事人没有遵从法院的提交文书命令或者法院得出“该当事人没有细心地探询文书的下落”这一结论,则法官可以将举证人提出的文书副本或关于该文书的性质和内容的主张视为已证明而接受。^[39]

我国在2015年之前并未明文规定这种文书提出义务及相关程序。但从解释论的立场上观察,有一些民诉法的司法解释(如《关于民事诉讼证据的若干规定》第75条)与此密切相关,而其最集中的体现反而是劳动争议领域,如上文所分析过的《劳动争议调解仲裁法》第6条、《关于确立劳动关系有关事项的通知》第2条均关涉到文书提出义务,只是相关的命令程序还比较薄弱。2015年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第112条首次明确规定了文书提出义务以及与此相关的文书提出命令程序。依据该条,承担证明责任的当事人可以申请人民法院责令对方当事人提交其控制的书证。对方当事人无正当理由拒不提交的,法院可以认定申请人所主张的书证内容为真实。

鉴于劳动争议领域的证据偏在往往都体现为与争议密切相关的书证被用人单位一方控制,劳动者如果适用文书提出命令条款就可以非常便捷地从用人单位处取得相关书证,从而极大地缓解双方举证能力的不对等。由此,倒置说所谓“由于证据偏在所以必须采取倒置”这种推理方式无疑是经不起推敲的。

[36] 民法上的文书请求权的范围,体现于《德国民法典》第259、372、402、666、667条等条文,参见姜世明著:《新民事证据法论》,学林文化事业有限公司2004年版,第15-16页。

[37] [德]罗森贝格、施瓦布、戈特瓦尔德著:《德国民诉法(下)》,李大雪译,中国法制出版社2007年版,第888-889页。

[38] 参见[德]罗森贝格、施瓦布、戈特瓦尔德著:《德国民诉法(下)》,李大雪译,中国法制出版社2007年版,第888-889页。

[39] 参见[德]汉斯-约阿希姆·穆泽拉克著:《德国民诉法基础教程》,周翠译,中国政法大学出版社2005年版,第263页;《德国民诉法》,丁启明译,厦门大学出版社2016年版,第102-103页。

四 正置的选择及其可行性检验

(一) 规范说的应用及其问题

在劳动争议领域的证明责任问题上否定倒置说,并非意味着必须采用与其相对立的正置理论(也即规范说)。在证明责任领域,尚有危险领域说、要件事实论等理论也可供选择。但一般而言,规范说似乎更为合适,其理由在于:(1)该学说已经被规定证明责任分配一般原则的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第 91 条所采用,因此在规范层面上选择它可谓有法可依;(2)该学说作为证明责任分配的主流学说,已经为许多国家或地区所采用,其可用性与权威性已被广泛承认;(3)尽管该学说也存在一些自身的问题,但其他的许多学说(如危险领域说、盖然性说)所存在的问题往往比规范说更为严重。^[40] 但笔者认为,鉴于我国劳动法在立法之时并未像德国民法一样在法条中表达证明责任(一般是通过主义但书的区分),因此直接使用罗森贝克的经典规范说在某些情形下并非一定妥当。

以司法实践中较为常见的二倍工资差额请求案件为例。劳动者在用人单位未与其签订书面劳动合同时往往援引《劳动合同法》第 82 条第 1 款提起二倍工资差额请求,该条规定:“用人单位自用工之日起超过一个月不满一年未与劳动者订立书面劳动合同的,应当向劳动者每月支付二倍的工资。”^[41] 该条前半句规定的是构成要件(更精确的说法是“请求原因”即请求权的前提要件),后半句为法律效果(请求权)。

我们可以尝试对该条的构成要件进行学理上的拆分——这也正是法解释学所常用的方法——由此可以得到以下事实要件:“用人单位与劳动者存在用工事实”、“用工事实存在超过一个月而未满一年”、“用人单位未与劳动者签订书面劳动合同”。根据规范说的原理,主张法律效果的当事人应当就该效果的前提性要件承担证明责任。因此,就上述三个要件事实均应当由主张请求权的一方(劳动者)承担证明责任。前两个要件要求劳动者去证明应该不会发生质疑,但可能成问题的是第三个要件即“用人单位未与劳动者签订书面劳动合同”。如果要求劳动者去证明该要件是非常困难的,而如果用人单位去证明该要件的反面(已签订)则更为容易。考虑到第 82 条通过惩罚性赔偿机制以强制用人单位签订书面劳动合同,其规范目的应当在于让劳动者在仲裁或者诉讼时得以提出书面合同,作为证明劳动关系成立或者劳动关系状态的证据使用,从而有利于保障其合法权益。^[42] 如果要求劳动者去证明未签订劳动合同这种要件显然难以实现这种目的。而证明责任负担的公平与否在于是否能实现法条自身的规范目的,^[43] 因此如此分配只能导向

[40] 参见[德]汉斯·普维庭著:《现代证明责任问题》,吴越译,法律出版社 2000 年版,第 259 页以下。

[41] 由于用人单位在劳动者工作期间一般都支付过工资,因此劳动者提起的请求一般并非要求二倍工资,而仅仅是要求一倍即可。司法实践中一般将这种请求称之为“二倍工资差额请求”。

[42] 实际上,由于工资是经常变动的,因此书面劳动合同对劳动关系成立的证明力较强而对劳动关系状态的证明力较弱。具体分析参见董保华著:《劳动合同制度中的管制与自治》,上海人民出版社 2015 年版,第 199 页。

[43] 参见[日]伊藤滋夫:《要件事实讲义(节译)》,小林正弘译,载崔建远主编:《民法九人行》(第 7 卷),法律出版社 2014 年版,第 303 页。

不公平的结果。

从上述示例可以看出,由于法条自身在立法技术上的缺陷,如果直接应用规范说(或者是《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第91条),并不能得到恰当的答案,这或许也是规范说在我国劳动争议领域缺乏足够关注的原因之一。

(二)修正规范说及其应用

上述分析结论绝非意味着我们必须完全抛弃规范说。更恰当的途径是保留其合理内核并进行局部修正,由此可以扬长避短。而德国学者普维庭的“修正规范说”正是这样一种学说。^[44]该学说保留了规范说的几个基本理论核心:(1)从实体法规范出发寻找证明责任分配规范;(2)法规范可以分为原则性规范(权利形成规范)与例外性规范(也称之为对立规范),后者具体包括权利妨碍、消灭、阻却规范三种规范;(3)分配的核心原则在于,主张某上述实体法规范的法律效果的当事人,需要分别就其所主张的法规范的构成要件承担证明责任。但与规范说仅仅试图通过文义解释(偶尔也考虑体系解释)寻求证明责任方案不同,修正规范说试图综合运用多种解释方法来区分民法的原则规范和例外规范,从而确定证明责任分配。^[45]笔者认为,鉴于我国实体法并非如德国法规范那样在制定之时就严肃考虑了证明责任问题,因此修正规范说应当更为契合我国国情。^[46]

如果应用修正规范说,同样以上述二倍工资差额请求案件为例。我们在对第82条第1款进行解释时就不用再过分拘泥于法条的语言表达,而应当依据规范目的对其进行更灵活的解释。如德国学者尧厄里希所言,在实体法上,某个事实被看作创设权利的事实或其反面应被看作阻却权利的事实在结果上是无所谓的。^[47]但两种措辞导致的证明责任则完全相反。^[48]例如,德国学者齐佩利乌斯认为,可以把“可归责”作为权利形成要件,也可以把“不可归责”作权利妨碍要件,从纯粹的实体法的角度这两种措词在逻辑上完全等价,但其证明责任分配结果则明显不同。根据第一种表达,债权人应当就债务人的“可归责”承担证明责任;而就第二种表达,债务人应当就自己的“不可归责”承担证明责任。

在明确上述原理后,我们可以考虑将《劳动合同法》第82条第1款替换为一种新的表达方式,这种替换在实体法上是等价的,并不会导致法律的理解和适用出现问题,但在证明责任分配上将会有本质区别。原第82条第1款将“未签订劳动合同”视为权利根据事实,而笔者则考虑将其反面视为权利妨碍事实。法条原有的表达和通过解释形成的表达的差异如下图所示。

[44] 与之类似的还有日本的要件事实论和修正法律要件分类说,均是建立在对规范说的局部修正基础之上。

[45] 参见[德]汉斯·普维庭著:《现代证明责任问题》,吴越译,法律出版社2000年版,第516页。

[46] 这种修正的必要性的论证,参见袁中华:《规范说之本质缺陷及其克服——以侵权责任法第79条为线索》,《法学研究》2014年第6期,第147页以下。

[47] 参见[德]A.尧厄里希著:《民事诉讼法》,周翠译,法律出版社2003年版,第270页。

[48] 参见[德]齐佩利乌斯著:《法学方法论》,金振豹译,法律出版社2009年版,第139页。

图:《劳动合同法》第 82 条第 1 款的两种表达方式

<p>A. 未区分原则·例外的表达: $T(t_1 + t_2 + t_3) \rightarrow R$ 请求原因(用工事实、超过一个月未满一年、未签订劳动合同)→二倍工资请求权。(第 82 条第 1 款)</p> <p>B. 原则·例外的表达: $T(t_1 + t_2) \rightarrow R$, 但非 $t_3 \rightarrow$ 非 R 请求原因(用工事实、超过一个月未满一年)→二倍工资请求权, 但已签订劳动合同的例外。</p>

显然,后一种解释更为契合于法条的规范目的,根据这种原则例外的表达所确定的证明责任分配方案(即用人单位证明已签订劳动合同)也更容易被接受。此外,需要对该方案进行进一步修正的是,司法实践中往往出现用人单位的确与劳动者存在劳动关系,但未签订劳动合同的原因是因为劳动者拒签。^[49]例如,在闫某与某贸易公司一案中,闫某 2007 年 3 月进入该公司工作但未签订劳动合同。2008 年 1 月 1 日,公司将劳动合同邮寄到该公司驻广州办事处,但闫某因对合同中提成比例不满而未在合同中签字。9 个月后闫某提出辞职,其后申请仲裁要求公司支付 2008 年 2 月至 2008 年 9 月未签订书面劳动合同的双倍工资。鉴于签约是一个双方行为,未签订劳动合同的原因可能在于用人单位也可能在于劳动者,因此将签订劳动合同视为用人单位的单方义务并不恰当。其承担的真正义务,解释学上认为其实是书面要约义务。^[50]因此,就第 82 条所规定的“用人单位……不与劳动者签订劳动合同”,应当解释为“用人单位……未履行书面要约义务”。沿用上文的分析和结论,则该条的抗辩(例外)可以修正为:“用人单位已履行书面要约义务”。由此二倍工资差额请求权案件的证明责任分配方案也得以确定:原告证明存在用工事实,且其期限超过一个月未满一年,而用人单位去证明“已履行了书面要约义务”。由此,借助于修正规范说,我们得以确定这样一个既明晰又恰当的证明责任分配方案。

(三)修正规范说的进一步展开

上述修正规范说的解释进路,绝非仅仅只能适用于二倍工资差额案件。基于劳动法上任何一种请求权,当事人均可提出给付请求从而形成一个独立的案件,抑或是在一个案件中基于多个请求权而提出多个请求。而确定证明责任分配的方法,则是针对当事人所主张的请求权,寻找其在实体法上的规范依据,而后应用修正规范说去解释这些规范正反两面的构成要件(所谓请求原因及抗辩)和法律后果,从而精确地确定原告和被告所需要

[49] 参见北京市劳动和社会保障法学研究会编:《最新劳动争议疑难案例解析》,中国法制出版社 2012 年版,第 6-9 页。就劳动者拒签的情形,《劳动合同法实施条例》第 5 条作了补充规定,但仅仅是允许用人单位解除劳动关系,而未规定是否得以免除支付二倍工资的义务。

[50] 具体分析参见李凌云:《对我国事实劳动关系立法的反思》,《华东政法大学学报》2008 年第 8 期,第 85 页。

证明的事实要件。^[51] 但限于篇幅及所关涉主题,本文无法对此展开详细论证,因此仅简略介绍其基本思路与大致结论。以劳动实体法的相关规范为依托,笔者将劳动法上最为核心的请求权进行分类并进行简要探讨。

其一,基于劳动合同的给付请求权,例如工资报酬请求权、加班工资请求权等。就主张工资报酬请求权的案件,劳动者应当证明合同的成立,但鉴于相关证据(如人员名册、工资支付记录)往往被用人单位所掌握,因此劳动者可以借助诉讼法上的文书提出命令程序或者申请法官调查取证这两种方式取得相关证据;而用人单位则可以就合同无效、已撤销、已履行、已解除或已终止等事项提出抗辩并进行证明。^[52] 就主张加班工资请求权的案件,劳动者除证明合同的成立外,还应当证明加班事实的存在。

其二,基于给付义务违反或合同解除而产生的损害赔偿请求权等,例如经济补偿金请求权、经济赔偿金请求权。就主张经济补偿金请求权的案件,如果完全依据规范说分析《劳动合同法》第46条,则应当是由劳动者证明该条中七种情形的存在,但这种分配明显加重了劳动者的证明负担因而并不合理。而采用修正规范说并对该条进行“反面解读”,所得到的分配结果是:劳动者应当证明合同已被解除或终止,而对方则证明合同的解除系劳动者主动辞职,或者劳动者存在过失(《劳动合同法》第39条)。就主张违法解雇赔偿金的案件中,如果完全依照规范说解读《劳动合同法》第87条则应当是劳动者证明解除的合法性。但采用修正规范说并借鉴民法上形成权的相关原理,所形成的分配方案应当是:劳动者需要证明劳动合同已被用人单位解除,而对方则需要证明解除的合法性。

其三,基于保护义务违反的损害赔偿请求权,如上文讨论的二倍工资差额请求权,违反竞业限制义务的损害赔偿请求权等。就主张后一种请求权的案件,用人单位应当证明竞业限制条款的存在及劳动者违反竞业限制约定,并在有争议的情形下证明自己已履行合同(即按约定支付了经济补偿)。

长期以来,在劳动争议领域,倒置说流传甚广而规范说式微,更遑论修正规范说的传播与应用。这种情况说明,司法实务界对于劳动争议领域的证明责任问题存在着诸多误解和偏见。这些误解和偏见的消除,首先需要学术界在法解释学上共同努力。鉴于长久以来在证明责任问题上劳动法学界与民法、民事诉讼法学界缺乏沟通与对话,以至于对倒置说这样不甚合理的学说缺乏足够的批判,因此有必要在未来的学术研究中融合劳动法学、民法学、民事诉讼法学等多学科的相关知识,打破学科壁垒,促进共同繁荣与进步。其次,也需要在未来《劳动合同法》的修订和相关司法解释的制定中对证明责任问题进行明晰化、科学化的努力。这种努力,具体而言至少应当包括:明确区分证明责任和文书提出义务,而不是继续混淆二者;在法条的表达中通过主文但书(原则/例外)的表达,合理地分配证明责任;有针对性地补充某些证明责任分配规则从而减少相关争议,例如可以明确要

[51] 而借修正规范说也可以对前述几种竞争学说进行简单的评述:案件分类说认识到了将案件分为不同类型去确定证明责任的必要性,但它依然不够彻底,即未能从实体法的请求权出发去确定案件类型;而证明责任分割说,尽管认识到了证明责任的分配需要具体到要件事实层面,但未能从实体法角度出发去精确地确定这些要件事实。

[52] 具体分析参见袁中华:《劳动合同争议中的证明责任分配——以劳动合同履行请求权为核心》,载《民事程序法研究》(第9辑),厦门大学出版社2013年版。

求劳动者证明合同的解除而用人单位证明解除决定的合法性。如此,才能促进立法、司法和法学研究的良性互动与共同发展。

[本文为 2014 年度国家社科基金青年项目“合同法上的证明责任问题研究”(14CFX034)的研究成果。]

[**Abstract**] According to the traditional view, China adopts the theory on inversion of the burden of proof in the field of labor disputes. This theory has a wide range of influence in legal practice, and does not seem to lack support at the normative and theoretical levels. But it is actually based on a wrong premise—namely the principle “who claims proves”—and its general requirement that the employer should in principle bear the burden of proof cannot be allocated properly in concrete cases. Even more fatal is the fact that the numerous relevant legal provisions cannot provide a solid normative foundation for the theory, nor does the fact that evidence is closer to one party constitute a sufficient reason for the implementation of the principle of inversion of the burden of proof. However, if we abandon this theory and adopt the Norm Theory, we might not allocate the burden of proof properly in some cases. The more appropriate choice is to adopt the modified Norm Theory, which, combined with the interpretation of substantive legal norms, can provide appropriate solution to any problem relating to the burden of proof in the field of labor disputes. The above analysis also reveals the defects in the legislative technique of the Chinese Labor Contract Law. China should revise the relevant legal provisions, so as to express appropriately the burden of proof through such methods as distinguishing the main text from the proviso.

(责任编辑:姚 佳)