

劳动合同解除争议之证明责任分配

——基于法教义学的分析

袁 中 华^{*}

摘要:司法实践中的具体案例显示,劳动合同解除争议的证明责任问题往往缺乏统一的分配原则。在原有的法规范均存在不足的情形下,《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条所采用的“规范说”等法教义可以成为恰当的分析工具。对其进行适当修正并用于解释劳动合同法相关规范,得到的最终分配方案为:就解雇补偿金争议,劳动者应当证明合同已被解除而用人单位证明系过失解雇或劳动者主动辞职;就违法解雇赔偿金争议,劳动者应当证明解雇的存在而用人单位证明解雇的合法性。上述法教义学的分析和结论不仅可以为劳动争议的公正解决提供方法论引导,而且可以成为劳动合同法修法工作的重要参考依据。

关键词:劳动合同解除 解雇补偿金 违法解雇赔偿金 证明责任分配

在劳动关系中,劳动合同的解除无疑是一个非常敏感而又关键的问题。为维护劳动者的合法权益,《中华人民共和国劳动合同法》(以下简称《劳动合同法》)规定了较为严格的解雇保护制度,具体包括解雇条件(第39、40、42条),解雇程序(第43、89条等)、解雇救济(第46、87条等)。在用人单位作出解雇决定或者劳动者被迫离职(《劳动合同法》第38条规定的情形)之后,劳动者往往会依据《劳动合同法》第46或87条,通过劳动仲裁和诉讼要求对方支付劳动合同解除补偿金(以下简称解雇补偿金)或者违法解除劳动合同赔偿金(以下简称违法解雇赔偿金),这类争议笔者统称为劳动合同解除争议。^① 在这类争议的处理过程中,常常出现劳动者与用人单位就合同是否已经解除、谁先提出解除合同要求等事项各执一词而又都缺乏充足证据的情形,裁判者一方面需要在劳动仲裁或者诉讼中确定谁来举证以引导程序的进行,另一方面需要在双方辩论终结时依然无法充分举证的情形下进行裁判。由此,这类争议处理过程中证明责任如何分配,往往成为裁判者倍感棘手而又不得不面对的问题。笔者拟以“规范说”这种证明责任领域的法教义为基础,并结合对《劳动合同法》中相关实体法规范的法解释学分析及相关具体案例的研讨,期待为这类争议的公正处理寻求恰当的解决方案。而以这种法教义学分析为基础,也可以探索我国劳动争议领域在证明责任问题上方法论变革的必要性和价值,并反思《劳动合同法》及相关司法解释中所存在的疏漏或谬误,从而为其进一步的修改完善提供有益的建议。

一、案例与问题

案例1:“孔某与装饰公司解雇补偿金案”^②

^{*} 中南财经政法大学法学院副教授

基金项目:国家社会科学基金项目(14CFX034)

^① 严格来说,这类争议应当称之为“基于劳动合同解除或者终止的经济补偿金争议和基于违法解除劳动合同的赔偿金争议”,但由于它们主要基于劳动合同的解除而引发,因此简称其为“劳动合同解除争议”。同时必须注意的是,司法实践中劳动合同解除事实上引发的争议往往还包括二倍工资差额、未休年假双倍工资等许多其他类型的争议,而本文所谓“劳动合同解除争议”仅指将劳动合同的解除作为构成要件事实并主张相应的请求权的那些争议。

^② 参见北京市石景山区人民法院(2011)石民初字第624号民事判决书。

孔某于2009年10月22日到某装饰公司(以下简称A公司)工作,双方签有2009年10月22日至2010年12月31日的劳动合同。2010年9月,孔某向北京市石景山区劳动争议仲裁委员会(以下简称S仲裁委)申请仲裁,主张A公司负责人于2010年7月5日口头通知其不用再来公司上班,并承诺按照国家规定的补偿金给予其补偿,但截至申请之时仍未收到补偿金,因此要求A公司支付2009年10月21日至2010年7月6日解除劳动关系经济补偿金3000元及50%额外补偿金1500元。A公司在仲裁过程中主张系孔某主动提出离职申请,因此无需支付经济补偿金。后S仲裁委支持了申请人的请求。2011年1月,A公司不服仲裁起诉到石景山区人民法院,称S仲裁委在裁决书中依据《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(一)》(以下简称《劳动争议解释一》)第13条之规定认定解除劳动合同的举证责任在用人单位,但依此规定,如果是用人单位提出与劳动者解除劳动合同,那么应当由用人单位负举证责任;而如果是劳动者提出与用人单位解除劳动合同,那么用人单位是不负举证责任的,而本案恰恰是作为劳动者的被告主动向原告提出解除劳动合同,S仲裁委却将举证责任强加给原告,认定原告应当承担解除劳动合同的举证责任,明显是适用法律错误。

上述案例属于司法实践较为常见的类型,就解雇补偿金请求权而言,这类案件应当具有一定的代表性。但就该案中的事实问题,由于一方主张“口头解雇”而对方主张“主动离职”,且双方均缺乏充分证据,因此往往需要借助证明责任方能进行裁判。该案中仲裁委认定“解除劳动合同的举证责任在用人单位”,更准确地说应当是“解除劳动合同到底属于辞职还是解雇的举证责任在用人单位”,而用人单位对此认为本案中属劳动者离职因而不应当适用《劳动争议解释一》第13条,故仲裁委适用法律错误。那么,关键的问题在于:仲裁委如此分配证明责任,是否合法和公正?

案例2:“黄某与精品公司违法解雇赔偿金案”^①

黄某于2007年9月25日入职某精品公司并签订了试用期合同。2008年4月1日双方签订聘用合同,期限为2008年4月1日至2011年3月31日。2008年5月6日,黄某向广州市天河区劳动争议仲裁委员会(以下简称T仲裁委)申请仲裁,主张2008年5月5日其上班时被精品公司口头通知不用上班,且未告知任何解除原因并拒绝出具书面解雇通知,因此要求对方支付单方面非法解除劳动合同的经济赔偿金计4个月工资共计人民币10000元。^②被申请人精品公司否认解雇黄某,并提交了《个人缴费历史信息表》证明其为黄某缴交社会保险至2008年10月。T仲裁委于2008年6月25日作出裁决书,裁决精品公司继续履行劳动关系并驳回黄某的所有仲裁请求。黄某不服该裁决向天河区人民法院提起诉讼。天河区人民法院认为:“黄某主张是精品公司于2008年5月5日通知其解除劳动关系,5月6日又不让其进入公司工作,但未能提供任何证据予以证明,应承担举证不能的不利后果。精品公司主张没有解除劳动关系,双方也没有办理离职手续,因此双方当事人仍存在劳动关系,应继续履行劳动合同。因双方仍存在劳动关系,未解除劳动合同,故黄某请求因缺乏事实和法律依据,本法院不予支持。”

黄某认为,该判决将理应由用人单位承担的举证责任颠倒过来认定是原告举证不能,从而采用精品公司提供的不合法的证据,违反关于处理劳动争议的举证法律原则。由此,黄某提起上诉。二审法院最终判决撤销一审法院判决、双方劳动关系于2008年5月5日解除、被上诉人向上诉人支付违法解除劳动合同赔偿金5000元。在判决书中,二审法院认为,本案的争议焦点是被上诉人是否已经同上诉人解除劳动合同。根据“谁主张,谁举证”的原则,当事人应当为自己的主张提供证据予以证明,否则承担举证不能的法律后果。上诉人没有为其主张提供证据予以证明,而被上诉人提交了《个人缴费历史信息表》证明到二审期间被上诉人一直为上诉人缴纳社保费用,故双方的劳动关系没有解除,其也没有解雇上诉人。原审法院也是基于上述原则判令双方继续履行劳动合同。但是,若被上诉人口头通知上诉人与其解除劳动关系,但

^① 参见广东省广州市中级人民法院(2008)穗中法民一终字第5432号民事判决书。

^② 由于本文关注的是解除劳动合同的赔偿金和补偿金争议,因此劳动者提出的其他请求(包括某些没有任何法律依据的请求如要求支付2008—2011年的工资等)与主题无涉,此处略去。

不出具书面协议或不为其办理离职手续,上诉人对此将很难举证,根据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》(以下简称《证据规定》)第 6 条的规定,应当由被上诉人举证证明。虽然被上诉人提交了《个人缴费历史信息表》证明其一直在为上诉人缴纳社保费用,并且声称一直欢迎上诉人回去工作,但是上述证据不足以证明其没有解雇上诉人。同时,综合本案的具体情况,可以认定以下事实:(1)被上诉人称上诉人工作业绩不好,每月只能取得基本工资;(2)被上诉人称上诉人考勤不好,严重违反考勤纪律;(3)上诉人于 2008 年 5 月 6 日向劳动仲裁部门申请劳动仲裁。根据以上事实及双方当事人的陈述,依据《证据规定》第 64 条,本院足以认定被上诉人已于 2008 年 5 月 5 日口头通知上诉人解除了劳动合同关系。

上述案例来源于广东省广州市中级人民法院于 2008 年 12 月 11 日作出的二审判决书。《山东工人报》2010 年 1 月 18 日对该案进行了报道,^①另外有关劳动争议仲裁审判的专著也以该案为例讨论了解除劳动合同时的举证问题。^②在该案中,尽管一审法院与二审法院作出了完全相反的裁判,但双方对于证明责任分配的判断却部分近似。一审法院认为,基于“谁主张,谁举证”的原则,黄某若主张劳动合同解除则应当对此进行证明,因此在未证明时败诉;而二审法院也认为,黄某若主张劳动合同解除也应当对此进行证明。但差别在于,二审法院又认为,依照《证据规定》第 6 条对此还应当由用人单位证明合同并未解除,并且最终依据《证据规定》第 64 条(自由裁量分配证明责任条款),确定双方劳动合同已经解除。二审法院的这种判断是有些自相矛盾的,因为按照民事诉讼法的通说,(客观)证明责任只能由一方当事人承担而不能同时由双方承担。由此,问题的关键在于:在违法解雇赔偿金案件中,就劳动合同是否解除这一事实,到底应当是劳动者(黄某)还是用人单位(精品公司)来承担证明责任?

案例 3:“赵某与科技公司违法解雇赔偿金案”^③

赵某于 2005 年 2 月入职某科技公司,担任会计,并在岗工作至 2009 年 4 月 27 日。2009 年 7 月,赵某提起劳动仲裁,请求科技公司支付违法解除劳动合同的经济赔偿金 33 210 元。2009 年 10 月 19 日北京市海淀区劳动仲裁委员会做出仲裁裁决,判其败诉。赵某不服该仲裁裁决诉至法院,请求法院判令科技公司支付违法解除劳动合同的经济赔偿金 33 210 元。赵某诉称 2009 年 4 月 27 日该公司无故违法解除与其的劳动关系。科技公司辩称其并未与赵某解除劳动合同,更不是违法解除,而是赵某自己突然口头提出离职,公司挽留无果,且随时欢迎他回来继续工作。海淀区人民法院认为,赵某主张科技公司无故与其解除劳动合同,科技公司则主张赵某系主动提出辞职,双方均未就其主张提供充分的证据;赵某主张科技公司违法解除劳动合同,但并未举证证明,因此对其诉讼请求不予支持,科技公司无须支付其违法解除劳动合同的赔偿金。

在本案中,法官要求劳动者对其所主张的对方“违法解除劳动合同”承担证明责任,在其未证明时判决其败诉。而这种处理方式迥异于前述两个案例,案例 1 中的劳动仲裁委员会和案例 2 中的二审法院都运用了《证据规定》第 6 条,以此为依据要求用人单位承担解除劳动合同的证明责任,而本案中法官并未运用该条进行判断。由此引发的问题是:如此裁判是否违反《证据规定》第 6 条,或者说是否不当地分配了证明责任?

上述三个案例均与劳动合同解除密切相关,区别在于第一个案例中劳动者主张的是解雇补偿金(基于劳动合同解除的经济补偿金),后两个案例中劳动者主张的是违法解雇赔偿金(基于违法解除劳动合同的补偿金)。这些案例中的证明问题却又非常近似,争议点无外乎如下,劳动合同是否解除?谁解除了劳动合同?解除是否合法?但就这些问题,上述案例中的裁判者所作出的判断大相径庭。因此,有必要针对劳动合同解除争议探求其应然的证明责任分配方案,如此方能对上述案例中的裁判进行恰当的评析。

① 参见孙玉丛:《因辞退决定发生争议 单位负责举证》,http://www.sdgh.org.cn/sdgrb/index3.jsp? entityid=2576&-fid=74485, 2018-09-01。

② 参见李枝辉编著:《劳动争议疑难案件仲裁审判要点与依据》,法律出版社 2010 年版,第 568~575 页。

③ 参见北京市海淀区人民法院(2009)海民初字第 31294 号民事判决书。

二、可能的解决途径

(一)原有法规范的解决方案

以案例发生之时为界,当时可供裁判者运用的证明责任规范(包括司法解释)有《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称《民事诉讼法》)第64条、《证据规定》第2、6、7条。就其能否解决本案的问题,以下逐一进行分析。

《民事诉讼法》第64条规定了“谁主张,谁举证”。但对于同一个事实完全可能存在两个完全相反的主张,比如借钱与未借钱、行为的合法与违法,如果当事人主张某事实即承担其证明责任,则双方都需要承担证明责任。但证明责任只能由一方承担而绝不能双方都承担,否则根本无法确定何方当事人承担不利后果。因此,民事诉讼法学的主流学说是,“谁主张,谁举证”实际上无力承担证明责任分配原则的重任。^①这种结论也可以在上述案例中得到印证。在案例1中,劳动者主张用人单位口头解雇,而用人单位主张系劳动者自动离职,如果要求双方都承担证明责任,显而易见根本无法确定证明责任的分担。与此类似的解决途径是借助《证据规定》第2条,但该条也面临几乎同样的问题。

在“谁主张,谁举证”无法解决问题的时候,法官常常会求助于《证据规定》第6条或者《劳动争议解释一》第13条(二者的表达完全相同):“因用人单位作出开除、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劳动争议的,由用人单位负举证责任”。该条在案例1中也被仲裁委员会作裁决时所采用,但正如该案中用人单位的起诉理由所展现的那样,在“用人单位作出解除劳动合同决定”尚不确定的这种案件,是否可以适用该条就得打上一个大大的问号。此外,该条的表达也不够严谨,“由用人单位负举证责任”这种表达并未说明用人单位就何种事实承担举证责任,那么是否可以认为应由用人单位就诉讼中出现的所有事实承担举证责任?显然不能作如此推论,否则就意味着劳动者在起诉时无需提交任何证据,这显然是荒谬的。^②因此,在该条于表达上已经过于加重用人单位负担的情况下,更不宜对其做扩大解释,贸然扩大该条的适用范围。就此而言,《劳动争议解释一》第13条对于该案的解决实际上依然是缺乏帮助的。

上述方案无法解决问题时,似乎只能依靠法官的自由裁量(规范依据为《证据规定》第7条)。考察个案的特殊情况而灵活地决定证明责任分配,无疑是最能够实现个案正义的方法;但赋予法官以过多的裁量权,也可能导致法官的随意裁量,从而使得司法不统一。正如德国学者罗森贝克所指出:“证明责任的有规律和始终如一的分配,是法的安定性的先决条件。”^③而在学术界,该条文过于放任裁量权也受到了不少学者的批评。^④概言之,这种自由裁量的方式也不足为取。

(二)“应用规范说”及“修正规范说”的可行性

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》(以下简称《民诉法解释》)出台,首次就证明责任分配的一般原则进行了规定。依照该解释第91条,主张法律关系存在的当事人,应当对产生该法律关系的基本事实承担举证证明责任;主张法律关系变更、消灭或者权利受到妨害的当事人,应当对该法律关系变更、消灭或者权利受到妨害的基本事实承担举证证明责任。尽管存在一些细微差别,该条的分配原则基本上遵循了目前证明责任领域最为权威的罗森贝克“规范说”。^⑤

依照“规范说”(或者《民诉法解释》第91条,以下对二者不作区分),是否能够足以解决上述案例中的

① 参见江伟主编:《民事诉讼法》,中国人民大学出版社2008年第4版,第213页;张卫平:《民事诉讼法》,法律出版社2013年第3版,第218页;赵刚、占善刚、刘学在:《民事诉讼法》,武汉大学出版社2010年版,第203页。

② 《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第1条就明确规定:“原告向人民法院起诉或者被告提出反诉,应当附有符合起诉条件的相应的证据材料。”

③ [德]莱奥·罗森贝克:《证明责任论》,庄敬华译,中国法制出版社2002年版,第68页。

④ 参见张卫平:《民事诉讼:关键词展开》,中国人民大学出版社2005年版,第272~273页;霍海红:《民事证明责任研究》,博士学位论文,吉林大学,2008年,第97~107页。

⑤ 对该条的详细评述,参见袁中华:《证明责任分配的一般原则及其适用》,《法律适用》2015年第8期。

证明责任问题?必须注意到一个问题,就是“规范说”产生于德国法背景,其适用的默认前提是德国法的法规范本身已经考虑到了证明责任问题,而在中国法上并非如此。举个简单的例子,依据《劳动合同法》第82条并结合“规范说”的原理,劳动者在主张未签订书面劳动合同的二倍工资差额请求权时,其需要证明该请求权的前提性要件,即《劳动合同法》第82条第1款规定的“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”,这就需要劳动者去证明对方与自己“未订立书面劳动合同”。而无需繁复的论证也可以看出,这个要件要求劳动者证明是不公平的,而司法实务中几乎都是要求用人单位去证明其反面“已订立书面劳动合同”。由此也可以看出,在法条的文字表达未考虑证明责任分配时的情形,运用“规范说”对这种表达进行文义解释,如此得出来的结论就可能偏离立法者原意而不具有充分的说服力。

当规范的表达存在这种缺陷时,绝非意味着法解释学对此就无能为力。这种情形之下,对其证明责任进行分析的法律解释就不能拘泥于法条的文字表达。我们需要对法条采用多种解释方法——如体系解释、历史解释、目的解释等方法——进行解读;通过这种解读,揭示法条内部和法条之间的原则和例外的结构,厘清权利形成、妨碍和消灭规范的具体构成要件,从而寻求恰当的、应然的证明责任分配。这种方法一方面遵循了“规范说”的基本原理(“原则/例外”的规范性质的划分、有利者举证原理),另一方面在解释方法上又有所超越,其在理论上的总结就是德国学者汉斯·普维庭的“修正规范说”。^①运用“修正规范说”,绝非对“规范说”的分配规则的放弃,毋宁是在坚持其核心原理的基础上对其更灵活而非机械的运用。^②

当应用“规范说”或者“修正规范说”并结合对实体法规范的解释去解决证明责任问题时,我们实际上是在倡导一种法教义学的方法。法教义学的核心功能在于,为裁判者提供可言说、可交流、可检验的规则选择与法律论证机制。^③而这种法律选择和法律论证工作,一方面固然是以现行法为基础而展开的解释工作,正如有学者所言,“法教义学乃是一门将现行实在法秩序作为坚定信奉而不加怀疑的前提,并以此为出发点开展体系化与解释工作的规范科学”;^④而另一方面,则有赖于法教义即从制定法、学术研究及判例中所得出的“被大多数人所接受的理论、基本规则和原则”^⑤的应用,这种法教义具有规范性,应当作为论述的前提而加以引用。^⑥而本文所应用的“规范说”“修正规范说”这两种理论,尽管源于德国,却也可以被认为是我国民事诉讼法领域中的法教义。“规范说”本身在我国学术界已经得到广泛传播,其权威性地位几乎已经不可置疑,并且其核心意旨在现行司法解释中也得到了承认,称其为法教义并无疑虑。“修正规范说”尽管传入我国甚早,影响力也较大,却尚未取得如“规范说”那样的权威地位,将其视为法教义似乎不一定特别妥帖。但正如上文所言,“修正规范说”与“规范说”并无本质差别,前者其实可以视为后者与现代法解释学的发展相结合的产物,或者说是在法解释操作中对于后者更灵活的运用,因此将前者视为法教义也并无不可。

三、解雇补偿金争议的证明责任

(一)结合“规范说”的初步分析

劳动者请求用人单位支付解雇补偿金,其法律依据为《劳动合同法》第46条,因此该条即为规范解雇补偿金请求权的权利形成规范(请求权基础规范)。依据该条,在劳动合同解除的情形下用人单位应当向劳动者支付经济补偿的情形有以下几种:(1)劳动者依照《劳动合同法》第38条(用人单位存在过失)单方

① 参见[德]汉斯·普维庭:《现代证明责任问题》,吴越译,法律出版社2000年版,第516页。

② 就“规范说”所存在的缺陷及对其采用“修正规范说”予以克服的必要性与可行性的论证,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。就劳动争议领域适用“规范说”的可行性论证,参见袁中华:《劳动争议证明责任倒置说之批判》,《环球法律评论》2017年第3期。

③ 参见许德风:《法教义学的应用》,《中外法学》2013年第5期。

④ 白斌:《论法教义学:源流、特征及其功能》,《环球法律评论》2010年第3期。

⑤ 卜元石:《法教义学:建立司法、学术与法学教育良性互动的途径》,载田士永、王洪亮、张双根主编:《中德私法研究》(第6卷),北京大学出版社2010年版,第7页。

⑥ 参见[德]罗伯特·阿列克西:《法律论证理论——作为法律证立理论的理性论辩理论》,舒国滢译,中国法制出版社2002年版,第317页。

解除合同；(2)根据《劳动合同法》第36条双方协商解除但由用人单位提出动议；(3)根据《劳动合同法》第40条无过失辞退；(4)根据《劳动合同法》第41条经济性裁员。根据“规范说”的原理，每一个在诉讼中主张某规范的法律效果的当事人，都应就该规范的前提构成要件承担举证责任。^①由此，劳动者若主张《劳动合同法》第46条的法效果（解雇补偿金请求权），则应当就这种请求权的前提性构成要件事实（也即上述四种情形之一）的存在承担证明责任。

问题似乎已经解决，但实际上并非如此，因为对这种结果的正当性我们还必须进行检验。以上述第一种情形为例，如果劳动者主张解雇补偿金，那么需要就“劳动者依照本法第三十八条规定解除劳动合同”这样的要件承担证明责任，也即劳动者需要证明的主题有两项：(1)自己解除了劳动合同；(2)这种解除是因为用人单位存在《劳动合同法》第38条之下的种种过失，如未按照劳动合同约定提供劳动保护或者劳动条件、未及时足额支付劳动报酬、未依法为劳动者缴纳社会保险费，等等。就第一项内容，可以认为是相对较为容易证明，但就第二项内容，劳动者的证明难度非常高。例如，对于用人单位“未按照劳动合同约定提供劳动保护或者劳动条件”，劳动者很难掌握这方面的证据。而实际上，《劳动合同法》第38条所列的各种情形大部分为消极事实，让劳动者对此承担证明责任的做法本身就不能说全无问题。因为一般来说，消极事实——如果不涉及评价性要件——的确较积极事实更难以证明。其原因在于，积极事实常常可以直接证明，而消极事实则几乎只能间接证明。并且由于《劳动合同法》第38条所列情形实际上正是用人单位在建立劳动关系之后所应当承担的义务，^②而对于合同是否履行发生争议，应当由负有履行义务的一方当事人来承担证明责任（不作为义务例外），^③因此将《劳动合同法》第38条所列情形交由劳动者去证明无疑是不恰当的。

同样，以上述第三、四种情形为例，劳动者不仅需要证明用人单位解除了劳动合同，而且需要证明这种解除是有理由的、符合法律规定的，即存在“劳动者不能胜任工作，经过培训或者调整工作岗位，仍不能胜任工作”等情形（《劳动合同法》第40条）或者用人单位“生产经营发生严重困难”（《劳动合同法》第41条）。从距离证据的远近出发，劳动者对这些事实进行证明是相当困难的。并且，更深层次的问题在于，上述事实是用用人单位解除劳动合同的合法理由，要求劳动者对此进行证明实际上是要求劳动者去证明解雇的合法性。而司法实践中，法官几乎都会要求用人单位而非劳动者去证明解雇的合法性。

当然，判断证明责任分配是否合理的最终标准，并不在于证明的困难与否或者诉讼的成败与否，而在于实体法的规范目的能否得以实现。^④而通过对《劳动合同法》第46条的字面解读并结合立法时的相关争论，不难发现其立法目的在于通过经济杠杆提高短期用工成本而鼓励长期用工。^⑤但如果劳动者通过仲裁或者诉讼的方式获得解雇补偿金的举证成本过于高昂，且因此极易招致败诉时，这种立法目的显然无法实现。因此，应用“规范说”的分配方案有悖于相关法条的规范目的，其正当性自然存疑。

（二）进一步修正

上文分析显示，如果根据《劳动合同法》第46条的文义表达并结合“规范说”的教义来分配证明责任，那么会给劳动者增加不合理的证明负担。这种不当分配的危险，实际上根植于作为权利形成规范的《劳动合同法》第46条在规范构造上的缺陷，即将某些不必要的、本应当属于权利妨碍规范的事实也列入权利形成要件之中。一般而言，由于作用的时间点有先后，权利形成规范与权利消灭规范（如合同成立与合同解除）的构成要件在立法时会进行明确的区分。而与此相对，权利形成规范与权利妨碍规范同时作用于请求权产生之时，因此这两种规范的要件在立法时就很容易被混淆。例如，一个实体法规范既可以表达为“合

① 参见[德]莱奥·罗森贝格：《证明责任论》，庄敬华译，中国法制出版社2002年版，第122页。

② 在劳动合同成立后，雇主即承担给付工资报酬的主合同义务和保护照顾、提供经济向上机会等从合同义务（附随义务）。参见黄越钦：《劳动法新论》，中国政法大学出版社2003年版，第176～182页。

③ 参见[德]莱奥·罗森贝格：《证明责任论》，庄敬华译，中国法制出版社2002年版，第345页。

④ 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。

⑤ 参见董保华：《劳动合同法立法的争鸣与思考》，上海人民出版社2011年版，第645页。

同的有效导致合同履行请求权产生”,也可以表达为“合同的无效导致该项请求权不发生”。这两种表达从行为规范的角度看是等值的,无论如何规定都是可行的。^①但站在裁判规范——即考虑到证明责任分配——的角度,前一种表达将合同有效视为权利形成规范的要件,需要主张权利者(一般为原告)对该要件承担证明;而后一种表达则将该要件的反面即合同的无效视为权利妨碍规范的要件,需要否定请求权者(一般为被告)对合同的无效进行证明。对该问题,罗森贝格认为,不应当由原告来证明合同的有效而应当由被告证明合同的无效。^②因此,考虑到证明责任问题,第二种表达才是应然的表达。

对于《劳动合同法》第 46 条,法解释学的任务就是从裁判规范的角度出发,将不必要的、本应当属于权利妨碍规范的要件从权利形成规范中抽离并另作处理。权利形成规范的要件,并非指当存在这些要件时请求权就一定成立,也即它并非请求权成立的充分条件。这些要件仅仅意味着,当存在这些要件时通常情况下会使请求权成立,也即它是请求权成立的核心的必不可少的必要条件。而对于那些核心要件之外也能够对请求权的成立形成支撑的要件(如合同有效),法律则将其反面(如合同无效)处理为权利妨碍规范的要件,即当这些要件存在时可以阻挡权利形成规范所期待的法律效果的发生(请求权成立)。因此,权利形成规范也被称为原则规范,而与之相对的权利妨碍规范则是例外规范。^③

就解雇补偿金请求权,《劳动合同法》第 46 条第 1—4 款规定了四种劳动合同解除的情形,在学理上可以统称为劳动者被动结束劳动关系。^④而就劳动关系(合同)的解除,《劳动合同法》第四章以第 36—41 条共计 6 个条文规定了 7 种情形(第 36 条协商一致解除可以分为劳动者主动提出与用人单位主动提出两种)。因此,我们作一个简单的体系解释即可明确:劳动者与用人单位解除劳动合同后,用人单位一般需要支付经济补偿金,但就《劳动合同法》第 36 条劳动者主动提出后协商一致解除、第 37 条劳动者提前通知解除劳动合同以及第 39 条用人单位单方解除劳动合同(劳动者存在过错)这 3 种情形,可以无须支付补偿金。这 3 种情形我们可以概括为劳动者主动解除及劳动者过失解雇。因此,在理论上,就经济补偿金如何规制,有两种规范的表达模式可以选择。一种为规范 A:劳动者被动解除劳动合同的(具体包括 4 种情形),用人单位需要支付解雇补偿金(即《劳动合同法》第 46 条的表达方式);另一种为规范 B:劳动者与用人单位解除劳动合同的,用人单位需要支付解雇补偿金,但劳动者依据《劳动合同法》第 36、37 条主动解除劳动合同,或者用人单位根据《劳动合同法》第 39 条解除劳动合同的例外。

图 1 《劳动合同法》第 46 条的两种表达形式

规范 A(未区分“原则/例外”的表达):

$T(t_1+t_2) \rightarrow R$

请求原因(劳动合同解除、解除原因为劳动者被动解除)→法效果(解雇补偿金请求权)。

(第 46 条第 1~4 款)

规范 B(“原则/例外”的表达):

$T(t_1) \rightarrow R$, 但非 $t_2 \rightarrow$ 非 R

请求原因(劳动合同解除)→法效果(解雇补偿金请求权),但劳动者主动解除劳动合同或者劳动者有过失而被解除的例外。

两种表达看起来差异明显,后一种表达尽管看似并未遵守法律的表面文义,实际上却仅仅是在“原则/

① 参见[德]A. 尧厄尼希:《民事诉讼法》,周翠译,法律出版社 2003 年版,第 270 页。

② 参见[德]莱奥·罗森贝格:《证明责任论》,庄敬华译,中国法制出版社 2002 年版,第 268 页。

③ 这种“原则/例外”的思维的意义,正如罗森贝格所言:“如果一个法秩序想近乎详尽地涵盖和调整我们的生活关系的多样性和复杂性,那么,它只有通过以下途径才能做到,也即,将相关法律关系的通常情形,作为问题的出发点并确定其法效果;根据与这种通常情形相区别的其他事实,法秩序制定了特殊的规范,作为相对于第一个法规范的相对规范出现,并改变、在大多数情况下消灭第一个法规范的效力。新增加的要素可能会产生具有新的法效果的新例外规定,或者重新回到通常情况的效果中来。”[德]莱奥·罗森贝格:《证明责任论》,庄敬华译,中国法制出版社 2002 年版,第 105 页。

④ 参见董保华:《劳动合同法立法的争鸣与思考》,上海人民出版社 2011 年版,第 652 页。

例外”思维之下借助体系解释方法对前一种表达作出的“反面解读”。两者在内容上并无实质性差别,从行为规范的角度看也是等值的。但两者在规范结构上具有明显差异:前一种表达实际上是未区分原则与例外的形式,即将本应当属于权利妨碍规范的劳动者被动解除的要件放入请求原因(权利形成规范的要件)之中;而对前者进行“反面解读”得到的第二种规范形式区分了原则与例外,将本质上必须且在通常情形即可导致请求权发生的事实(即劳动合同解除)作为请求权的形成要件,而将劳动者被动解除的反面处理为抗辩(权利妨碍规范的要件),从而恰当地考虑了证明责任问题。

(三)最终分配方案

依据规范 B 的表达并结合“规范说”的基本原理,其证明责任分配如下:劳动者主张解雇补偿金请求权,仅需要就原则规范的要件也即劳动合同的解除承担证明责任,而就合同基于何种原因被解除则在所不论;用人单位如果提出抗辩,即主张例外规范(规范 B 的但书)的要件的存在,则需要证明劳动者主动辞职或者用人单位已根据《劳动合同法》第 39 条因劳动者过失而解除劳动合同。

此外,必须注意的是,针对用人单位的抗辩,劳动者还可以提出再抗辩,即在肯定抗辩方所主张的事实的基础上,提出新的事实从而否认对方所主张的法律效果,同时回溯性地支持本方所主张的法效果。^①《劳动合同法》对于劳动合同的解除原因采取正面和反面两种规定,即不仅规定哪些情形用人单位可以解除劳动合同,而且规定哪些情形用人单位不得解除劳动合同,如职工患病、工伤、怀孕、产期、哺乳期等。也即,如果出现《劳动合同法》第 42 条的几种情形,即使《劳动合同法》第 40、41 条的相关情形也同时出现,用人单位也不得据此解除劳动合同。依照“规范说”的原理,劳动者如果主张《劳动合同法》第 42 条的再抗辩事实,也应该对此承担证明责任。^②

由此我们可以看到,结合“原则/例外”思维与法律解释方法,借助重新区分解雇补偿金请求权的权利形成规范与妨碍规范的要件,笔者将各种要件按照“请求原因、抗辩、再抗辩”进行了区分,从而实现了证明责任的“分层”。这种“分层”,正如汉斯·普维庭所言,“并非意味着我们又发现了证明责任规范的新方法论,它只不过是对所有实质性依据和方法论的高一级处理,从而避免了将证明责任作一边倒的分配或者避免从平面规定原则/例外关系”。^③这种证明责任的合理化,也有助于劳动者在一般情形下较容易取得经济补偿,从而使立法者试图借经济补偿金实现遏制劳动合同短期化的目标更容易实现。

四、违法解雇赔偿金争议的证明责任

(一)“劳动合同已被用人单位解除”要件的证明责任

劳动者主张违法解雇赔偿金请求权,根据“规范说”,其应当就该请求权的形成规范的构成要件进行证明。这种前提性构成要件,根据《劳动合同法》第 48 条的表达,就是其前半句“用人单位违反本法规定解除或者终止劳动合同”。若将其进行细分,则具体应当包含两个要件:(1)劳动合同已被用人单位解除;(2)这种解除的违法性(“违反本法规定”)。由此,依据“规范说”原理的初步分析结论是:劳动者应当就上述两个要件承担证明责任,即不仅要证明劳动合同已被用人单位解除,而且要证明这种解除的违法性。

就第一个要件由劳动者证明这种方案,可能遭遇的最大质疑在于认为该要件由劳动者来证明是否会明显加大劳动者的举证负担。例如,司法实践中出现的用人单位口头解雇的情形,劳动者就非常难以证明。对此笔者认为,口头解雇尽管在司法实践中并不鲜见,并且屡屡见诸新闻媒体,很容易给人留下一种“这才是解雇常态”的印象。但根据笔者调研过程中的观察,口头解雇在解雇案件中其实仅仅占很小的一部分。尤其是近些年来,随着用人单位法律意识的增强同时也出于保护自身利益的需要,用人单位做出解

① 对再抗辩的分析,参见许可:《民事审判方法——要件事实引论》,法律出版社 2009 年版,第 136~146 页。

② 当然,诉讼中可能发生劳动者在第一个环节就主张自己怀孕、工伤这样的再抗辩事实,这种主张在诉讼法的法理上属于提前主张(antezipierte Behauptungen),而这种提前对于证明责任的分配并不产生影响。参见[德]莱奥·罗森贝格:《证明责任论》,庄敬华译,中国法制出版社 2002 年版,第 185 页。但译者将该术语译成了“事先的主张”。

③ [德]汉斯·普维庭:《现代证明责任问题》,吴越译,法律出版社 2000 年版,第 417 页。

雇决定时常常会出具相关的文件并对劳动者当面或者通过快递等多种形式进行通知。而如果真的发生了口头解雇所导致的证明困难,也不一定需要借助证明责任倒置这种工具。就对规范的解读而形成的证明责任规范,笔者认为,除非经过实质性的考量发现这种规范极端不合理,要不然不宜随意进行倒置,否则有恣意扩大法院或者仲裁委员会的裁量权之嫌。^①而就证明的困难进行弥补的方式,在学理和司法实践中也并不鲜见:一是间接证据的使用,劳动者完全可以通过提交同事的证言、银行打卡记录、与用人单位之间的通话录音等间接证据进行证明,法院综合这些间接证据进行考虑以确定主要事实是否存在;二是法官调查取证制度,即劳动者可以申请法院搜集取证,由法官向用人单位调取工资支付记录等与劳动者有关的文书;三是申请文书提出命令(《民诉法解释》第94条),即申请法院要求对方提供其所掌控的相关书证。借助上述方式,可以极大缓解在口头解雇情形下劳动者对“劳动合同已被用人单位解除”的证明困难,而并不需要进行所谓的证明责任倒置。^②

(二)“解雇的违法性/合法性”要件的证明责任

就第二个要件即“解雇(解除劳动合同)的违法性”是否也由劳动者来承担证明责任,笔者认为,依照“规范说”所得出的结论需要进一步的修正。司法实践中,法官或者仲裁员一般性的做法并非要求劳动者证明解雇的违法性,而是要求用人单位来证明其反面即解雇的合法性(如案例2所示),与上述结论完全相反。裁判者凭借司法经验作出此种选择,往往并不能明确其理由。而借助“规范说”的一些基本原理,完全可以证明这种选择的正当性。

“用人单位解除劳动合同”的法律性质,是对于解除权的行使。解除权在民法学中属于形成权之一种。形成权是赋予其承担人以通过单方意思表示对他人的法律状态加以影响的权能,如终止、剥减或变更他人的权利。这种权利一般无需经过法院程序即可产生,因此为保护相对人的利益必须在法律上对其加以限制。^③这种限制主要体现在两个方面,一是在立法上预先规定形成理由,即形成权产生的前提条件,如《德国民法典》第569、626条中的“重大理由”;二是对形成宣告加以限制,在德国法上要求形成宣告必须首先向所涉及的人明确做出,并且只能在到达相对人时生效。^④简言之,形成权发生变动法律关系的法律后果应当具备两个条件:一为形成理由的存在;二为形成宣告(通知)到达相对人。《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》)第93条关于协商一致可以解除合同、第95条关于合同可因不可抗力、迟延履行等事由而解除是关于形成理由的规定,而《合同法》第96条关于合同解除的通知到达则被视为对形成宣告的规定。当双方当事人就形成权是否发生法律效力发生争议时,根据“规范说”的分配原理,应当由主张形成权者就其前提(即形成理由的存在及形成宣告的到达)进行证明。因此在合同法上,如果当事人就合同解除的效力(合法性)发生异议并依照《合同法》第96条提起诉讼,那么应当由解除权行使者(一般为被告)就解除原因(《合同法》第93、95条的要件)及通知送达(《合同法》第96条的要件)进行证明。只有当上述两个要件都被证明时,才能认定解除合法。

尽管《劳动合同法》属于劳动法,而后者一般被认为是社会法,与作为私法的《合同法》已属于不同的法律部门,但从历史的角度看,劳动合同本就发端于普通民事合同。劳动法在早期仅仅是民法中关于雇佣契约的相关规则,其后尽管劳资关系的对立紧张使得西方国家不断强化对劳动者的保护,因此对合同上的契约自由原则进行了限制,但劳动合同的基本术语(如合同的成立、有效、无效、解除、违约等)以及这些术语背后的基本原理与普通民事合同并无本质差别。直至今日,仍有某些国家(如德国)民法中的部分规范(如《德国民法典》第611—630条)依然是劳动法的核心组成部分。因此,民法领域形成的证明责任分配原理应当也可以适用于劳动法领域;而实际上,汉斯·普维庭也论证了,即使在劳动法领域“规范说”也依然具

① 对“倒置论”之批判,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。

② 就劳动争议领域的证明责任倒置问题,参见袁中华:《劳动争议证明责任倒置说之批判》,《环球法律评论》2017年第3期。

③ 参见[德]迪特尔·施瓦布:《民法导论》,郑冲译,法律出版社2006年版,第143页。

④ 参见[德]卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》,王晓晔等译,法律出版社2003年版,第22~24页。

有非常强的解释力。^① 由此,上述关于形成权的证明责任分配规范原则上也理当可以适用于劳动合同领域。

依照这种规则,就劳动合同的解除是否合法(即“违法性/合法性”)发生争议,则应当由解除决定作出者(用人单位)承担证明责任,既需要证明解除原因的存在,也需要证明解除通知的到达。出于倾斜保护劳动者的需要,我国劳动法上劳动合同的解除对于劳资双方分别实行不同的原则,就劳动者而言享有任意解除权(《劳动合同法》第37条);而用人单位则只有限制解除权,即通过所谓解雇保护(限制)来实现对劳动者劳动权的保护。^② 根据《劳动合同法》,用人单位解除劳动合同,只有第39条(过失性辞退)、第40条(无过失性辞退)、第41条(经济性裁员)这几种情形。上述三个条文中的前提性规定可以视为形成原因,因此若用人单位主张解除合法,则首先应当证明第39—41条的一种或者多种形成原因存在。此外,就解除通知的到达,《中华人民共和国劳动法》第26条规定“用人单位可以解除劳动合同,但是应当提前三十日以书面形式通知劳动者本人”,该条与《劳动合同法》第89条一般被视为解雇的程序性规定。因此,解除权行使者就通知的到达承担证明责任,在劳动法领域具体化为用人单位就“提前三十日以书面形式通知劳动者本人”这种程序性事项的合法性承担证明责任。^③

上述结论的合理性,也可以借助比较法上的相关资料进行说明。在英国法上,雇员主张不公正解雇,需要证明雇主终止了合同或者固定期限合同到期且无续约或者推定解雇,而雇主则需要证明解雇的理由。^④ 法国法、意大利法上也是类似处理。^⑤ 而《德国解雇保护法》第1条就规定,雇主必须就作为解雇原因的事实进行证明。由此也可以看出,由雇主(用人单位)证明解除原因而雇员(劳动者)证明劳动合同被解除也是被普遍认可的一条原则。

综上,在违法解雇赔偿金争议中,劳动者需要就请求原因“劳动合同已被用人单位解除”要件进行主张和证明;而用人单位可以提出抗辩即劳动合同解除的合法性(也即满足《劳动合同法》第39—41条的前提要件并进行了有效通知),并对此承担证明责任。此外,针对这种抗辩,劳动者可以进行再抗辩,即主张《劳动合同法》第42条的情形从而得以回溯性地支持本方的请求权,并就此承担证明责任。^⑥ 与前述对于补偿金请求权争议的分析类似,违法解雇赔偿金争议的证明责任分配也呈现出几个不同的层次。这种将不同要件的证明责任在劳动者与用人单位之间进行分配的做法,与《证据规定》或者《劳动争议解释一》的做法显然有着重大的差别,但无疑如此才能更为契合《劳动合同法》对劳资双方利益保护的平衡性。

五、结语

(一)前述案件的合理解决

依据上述分析结果,我们可以回头审视前述三个案例所提出的问题。案例1中仲裁委“认定解除劳动合同的举证责任在用人单位”,这种判断不够严谨。应当说,就合同是否解除的证明责任在劳动者,而就解除的原因是否属于例外情形的证明责任在用人单位。而对此用人单位主张是劳动者离职,可以被认为是对于“劳动合同的解除”进行了自认。用人单位认为自己完全不负举证责任,如此说法也不正确。A公司在仲裁过程中主张系孔某主动提出离职申请(即主动解除劳动关系),而根据上文的分析,劳动者主动解除

① 参见[德]汉斯·普维庭:《现代证明责任问题》,吴越译,法律出版社2000年版,第476~477页。

② 就《中华人民共和国劳动合同法》在解雇保护上是否失衡,学术界一直存在争议。参见沈同仙:《〈劳动合同法〉中劳资利益平衡的再思考——以解雇保护和强制缔约规定为切入点》,《法学》2017年第1期。

③ 许多案件中劳动者对于解除合同通知书的性质存在误解,认为一旦签收就等同于认同用人单位的解除决定,因此拒绝签收。而依诉讼法理,拒绝签收视为送达到达,对此德国法上对于解雇通知的到达就采用这种做法。参见[德]W.杜茨:《劳动法》,张国文译,法律出版社2005年版,第114页。当然,用人单位需要证明劳动者拒绝签收方能证明解除劳动合同通知书已到达劳动者。

④ 参见[英]史蒂芬·哈迪:《英国劳动法与劳资关系》,陈融译,商务印书馆2012年版,第202页。

⑤ 参见张平:《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;[意]T.特雷乌:《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。

⑥ 就解雇补偿金争议与违法解雇赔偿金争议,劳动者均可以要求适用《中华人民共和国劳动合同法》第42条来对抗单位的合法性抗辩,因此第三节末对于再抗辩的分析及结论在此也同样适用。

劳动关系的事实是权利妨碍事实(即抗辩事实),用人单位对此需要承担证明责任。

在案例2中,一审法院认为劳动者黄某应当就劳动合同的解除承担证明责任,在其未给予相应证明时判其败诉。而二审法院则依据《证据规定》第6条,认为应当由用人单位就劳动合同的解除与否承担证明责任,并在其未能提出足够的证据时判其败诉。根据上文的分析,劳动者应当就劳动合同已被用人单位解除承担证明责任,因此我们可以很明确地得出结论:一审法院的分配方式是正确的,而二审法院的则是错误的。但同时笔者又认为,二审法院对事实的认定以及最后的判决并不存在问题。其原因在于,尽管二审法院对证明责任的分配错误,要求用人单位承担本不应由其承担的证明责任,但其最后的处理并非所谓的证明责任判决。二审法院实际上就劳动合同是否已经被用人单位解除这样的主要事实难以被直接证明的情况下,运用了其他间接事实和经验法则对主要事实进行了推定,从而确定了主要事实。易言之,二审法院在本案的判决中使用《证据规定》第6条而确定证明责任的分配实属多余。并且正如上文所分析,《证据规定》第6条的所谓证明责任完全倒置必须被限制。因此,不加分析地适用该条文,本质上也属于一种误用。

而在案例3中,尽管该判决书中并未出现证明责任的字眼,但由于双方都未充分举证,因此它其实是一个典型的证明责任判决。法院明显将证明责任分配给了劳动者而非用人单位而并未适用《证据规定》第6条,这种处理与前两个案例大相径庭。但笔者反而认为,该判决对于证明责任的分配以及最后的处理结果大体是正确的。因为根据前文的分析,劳动者应当就“劳动合同被用人单位解除”这种请求原因承担证明责任,而该案中劳动者并未就此举证;且用人单位否认双方劳动关系解除,其性质为诉讼上的否认,对此无需承担证明责任。在这种情况下,根据证明责任判决原告败诉是正确的。当然,该判决的表述“赵某主张用人单位违法解除劳动合同,但并未进行证明”依然存在一些瑕疵,若将“违法”二字剔除则更为恰当,因为违法性实际上应由用人单位而非劳动者来证明。

(二)方法论上的变革

上述分析的意义,不仅在于有利于相关案件以及类似案件的合理解决,而且为劳动争议领域的证明责任问题的解决提供了一个方法论上的指引,即从传统的常识思维转变为法教义学之下的规范思维。

在考虑证明责任问题时,我国劳动法理论界和实务界往往关注的是劳动者与用人单位之间孰强孰弱,由此往往要求更强的那一方承担证明责任,笔者将这种思维称之为常识思维。这种思维固然有其道理,法律上对于出于弱势的一方给予某些特殊的照顾或救济本身也是为了保障实质公平的实现。但这种思维的泛化,往往使得劳动争议领域“证明责任倒置”泛滥成灾,如《证据规定》第6条与《劳动法解释一》第13条就是这种思维之下的产物。

与上述思维相区别,本文分析所采用的是法教义学之下的规范思维,即在承认现行规范大体有效的前提下,运用相关的法教义通过对规范进行解释来确定证明责任的分配。借鉴德国学者阿列克西和魏德士的表达,这种法教义学分析至少具有以下功能:其一是体系化,即将分散于单行法和具体规范中的法律材料进行整理并使之体系化,从而形成恰当的证明责任分配模式,以便司法的统一适用;其二是稳定,即通过这种分析可以为相应的证明责任裁判问题提供普遍适用的模式,并长时间地影响同类的裁判,从而强化法院裁判的可预见性(稳定性);其三是进步,即通过解释和法律续造使得法秩序获得弹性,从而实现法秩序整体的进步;其四是减负,即为证明责任的裁判问题提供了经得起考验的答案和解决模式,从而减轻法律实践工作者的负担,避免重复论证。其五是批判,即通过这种法教义的应用和对法规范的解释分析,发现现行法秩序中所存在的问题;其六是修正,即结合相关的法原则或法教义,针对现行规范所存在的问题提出合理的、可操作的立法建议。^①

(三)相关规范的批判与改进

^① 关于法教义学所具有的功能,参见[德]罗伯特·阿列克西:《法律论证理论——作为法律证立理论的理性论辩理论》,舒国滢译,中国法制出版社2009年版,第328~335页;[德]魏德士:《法理学》,丁晓春、吴越译,法律出版社2003年版,第145~146页。

正是基于法教义学的批判和修正功能,我们也得以反思相关法规范中所存在的问题并考虑如何在法解释层面或者立法层面予以改进。

上述案例及其相关分析反映出《证据规定》第6条在司法适用中所面临的各种问题。这些案件的当事人或者裁判者要么在思考是否适用它时疑窦重重(如案例1),要么错误地选择适用(如案例2),要么干脆直接放弃适用(如案例3)。这些问题的根源,其实在于《证据规定》第6条自身的模糊与含混。该条要求用人单位就“开除、除名、辞退、解除劳动合同”引发的劳动争议案件承担证明责任,但问题在于:(1)解雇引发的争议绝非仅仅是解雇补偿金或者违法解雇赔偿金争议,司法实务中大部分劳动争议案件几乎都是由解雇而引发,包括要求支付劳动报酬、加班费、未休年假双倍工资等各种类型的案件,而显然并非这些案件都需要用人单位去承担证明责任;(2)该条也并未明确用人单位就何种事实承担证明责任,但显然我们不能要求用人单位就诉讼中的所有事实承担证明责任。

借助前述对于两种争议的证明责任分析,对该条在解释学上进行合理化的唯一途径,就是明确用人单位承担证明责任的范围。笔者认为,就“开除、除名、辞退、解除劳动合同”引发的解雇补偿金或赔偿金案件,用人单位应当就解雇的合法性承担证明责任;而就“减少劳动报酬、计算劳动者工作年限等决定”引发的劳动报酬案件,用人单位应当就减少劳动报酬的合法性承担证明责任,并对劳动者的实际工作年限承担相应的文书提出义务。

《劳动合同法》修订在即,相关的讨论往往集中在无固定期限劳动合同、解雇条件等热点问题上,^①而对证明责任问题却缺乏必要的关注。但证明责任与实体法的裁判规范属性关联紧密,对于《劳动合同法》能否实现其规范秩序至关重要。因此笔者建议,在该法修订之时,应该通过两种途径来合理地安排证明责任问题。其一,修改某些法条的表述,通过主文但书(“原则/例外”)的规范结构,明确劳动者与用人单位之间的证明责任分配。例如,《劳动合同法》第46条完全可以修改为:在劳动合同解除的情形下用人单位应当支付补偿金,但劳动者主动解除劳动关系或者因劳动者有过失而被解除的例外。其二,在某些易产生证明责任争议的条文中加入明确的证明责任分配规范。这种立法技术似乎有些陌生,但在德国法以及我国新近出台的民法规范中并不少见。例如,《德国民法典》第345、619a等条,^②《德国解雇保护法》第1条,《中华人民共和国侵权责任法》第70~73、78、81条,它们都明确表达了证明责任的分配。对此,《劳动合同法》第48条完全可以增加一款:“用人单位就其解除劳动合同的合法性理由及解除通知的到达承担证明责任”。如此,方能为劳动法司法实务提供恰当的指引,并减少适用时可能产生的疑问或者错误。

责任编辑 温世扬

① 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。

② 参见杜景林、卢湛:《德国民法典——全条文注释》(上册),中国政法大学出版社2015年版,第248、504页。