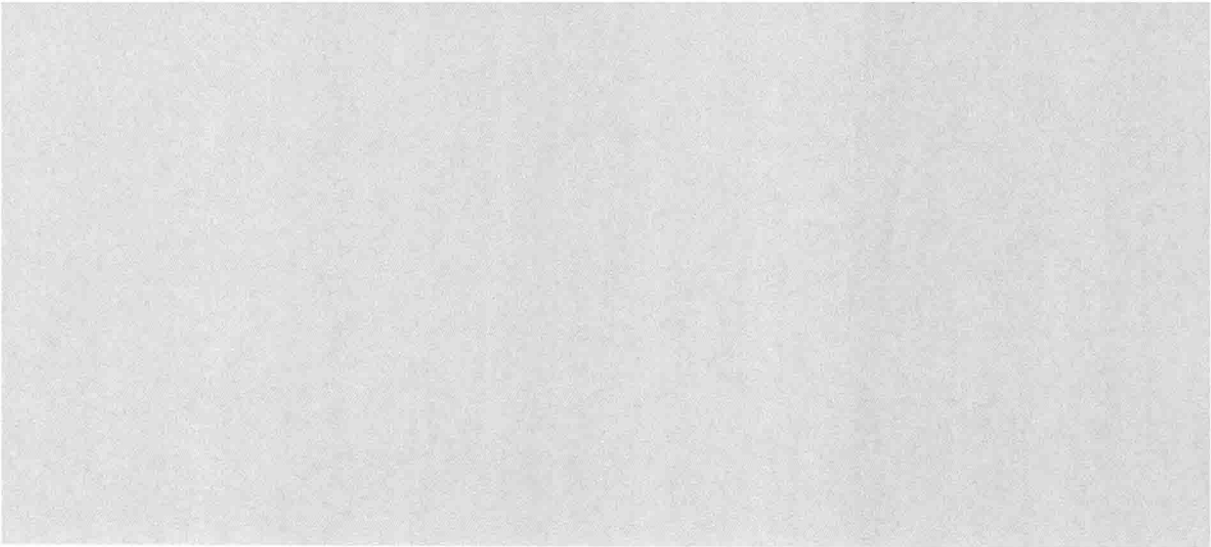




主编寄语

在开放中探索 在融贯中前行

王兴和*

2017年,继《公证研讨》公开版第1辑问世后,转眼间,《公证研讨》公开版第2辑又将出版发行,在司法界以及社会各界的大力支持下,上海市东方公证处创办二十年的公证实务与公证应用法学刊物——《公证研讨》正以更为开放的姿态走向社会、走向公众,对此我深感欣慰与振奋。

《公证研讨》创刊二十年来,一直聚焦于公证实务与公证应用法学的前沿问题,一代又一代东方公证人在这片园地上辛勤耕耘,奉献着自己的智慧与心血。近年来,随着许多法官、律师以及金融等行业的专业人士成为《公证研讨》的作者,共同参与公证事业发展的探讨,我们也欣喜地看到《公证研讨》承载着新的指向,翻开了新的篇章。

2016年开始,上海市东方公证处在公证理论与实务研究领域都不断向前迈进。2016年3月,《公证法》实施10周年之际,国内第一本公开出版发行的公证基础理论刊物《东方公证法学》创刊。此后,上海市东方公证处主办的东方公证专题学术活动连续三届成功举行,构建了公证与司法界以至整个法律共同体深入交流的平台。首届东方公证专题学术研讨活动以保全证据公证为主题,邀请来自上海市知识产权局、上海市高级人民法院知识产权审判庭和其他法院的法官、专家携手公证人探讨保全证据公证的创新与规范。第二届东方公证专题学术研讨活动围绕强制执行公证主题,在上海市高级人民法院执行局的支持下,深入探讨了强制执行公证的创新与规范。在这两次研讨活动的基础之上,2017年新春伊始,第三届东方公证学术研讨活动由公证人与上海市高级人民法院、上海海事法院等法院的法官一起探讨公证面向新兴领域。每一次东方公证专题学术研讨活动中,一个共同的特点就是法官和其他专家的深度介入,就所探讨的问题畅所欲言,并展开理性和建设性的思维,共同谋划公证的未来。

事实上,公证与司法日益紧密的结合业已成为当下上海市东方公证处以至整个公证行业发展的一个重要趋势。2017年以来,上海市东方公证处先后与上海市第一中级人民法院、上海市第二中级人民法院、上海市第三中级人民法院签署了合作框架协议,为公证参与司法、辅助司法开辟了新的航道。2017年仅第一季度,上海市东方公证处

* 王兴和,法学博士,公证员,中国公证协会副会长,上海市东方公证处党委书记、代理主任。

受上海市第一中级人民法院委托,已成功调解首起民事纠纷案件;上海市东方公证处与上海市第三中级人民法院的合作也已实质性启动,公证人员进驻法院贴近审判活动的第一线,提供送达裁判文书等司法辅助性公证法律服务。上述种种举措指向了同一个目标,即公证作为多元纠纷解决机制中的一个重要组成部分,其发展的广度与深度在很大程度上取决于公证是否和司法保持同步、是否贴近了司法、是否切实起到支持、辅助司法的结构性作用。

此外,2016年,上海市东方公证处创办了信息交流刊物《调研与学习》。《调研与学习》以“倡导公证与司法互动 构建开放型学习文化”为宗旨,定位于紧贴公证实务一线出现的前沿问题,以短平快的特色,为公证员们提供一个探讨和解决问题的平台,即由具体个案入手,结合法律共同体成员的意见,特别是法官的司法观点,让公证实务中出现的新情况、新问题能够得到及时的反映和解答。经济社会的发展日新月异,公证业务的范围和类型不断拓展,在这样的背景下,创新公证业务,发展公证事业,需要对实践中许多前所未有的法律现象不断进行调研,加以总结。公证员作为法律人,不仅需要立足于公证实务,更需要主动学习,营造围绕实务、关注司法、思考法理、提升素养的学习氛围,构建公证机构开放型的学习文化,才能不断发展和提升我们公证业务的水准。

公证员作为法律人,不仅需要立足于公证实务,更需要主动学习,营造围绕实务、关注司法、思考法理、提升素养的学习氛围,构建公证机构开放型的学习文化,才能不断发展和提升我们公证业务的水准。

社会经济的发展、法律的进步,要求我们对于公证理论与实务的学习、研究和探索不能仅限于公证机构内部,不能囿于公证行业自身,而应具有开阔、开放的视野。作为与审判、检察、律师制度并列的司法制度,公证制度是法治中国建设的重要组成部分,是法治事业重要的基础之一,公证人作为法律职业共同体成员中的一员,有必要针对公证实务中出现的各种新情况、新问题,与法官、律师、法学家等法律共同体成员积极交流、相互学习并用以指导公证实务,通过对各方观点兼容并蓄的吸收与融贯,共同助力公证事业与法治事业的发展,这也是《公证研讨》的基本立足点。

谨此期待《公证研讨》能够成为一个更为良好的平台,促进公证与法官、律师、法学家和法律共同体其他成员以及社会各界的充分交流、互动,从而使公证人以一种更为开放、更为融贯的视野融入公证事业的发展,推动公证事业向着更为广阔的未来迈进。

专题

首届东方公证专题学术研讨活动
探讨保全证据公证的创新与规范

保全证据公证的现实与发展

王兴和

为了便于大家了解情况,我想从上海市东方公证处的保全证据公证业务出发,简要谈几点想法。

一、保全证据公证概况——以上海市东方公证处为例

保全证据公证是上海市东方公证处近年来发展最为迅速的一项公证业务。据统计,2007年上海市东方公证处全年受理的保全证据公证案件数量仅为1221件,而2015年全年上海市东方公证处的保全证据公证案件数量已达到5691件,近十年间,保全证据公证案件的年受理数增长了近四倍,这种增长幅度在上海市东方公证处办理的所有公证事项中位居前列。

从上海市东方公证处保全证据公证的客体来看,涉及的范围相当广泛。除了传统的书证、物证、证人证言以及对送达、购物等行为过程的保全外,对于网页、电子邮件、手机短信、微信、数据库等电子数据的新型保全不断增多,在保全证据公证案件中所占的比重逐年上升。2007年全年上海市东方公证处共受理保全电子数据类公证案件413件,约占当年保全证据公证总数的1/3,而2015年全年上海市东方公证处共受理保全电子数据类公证案件已达2796件,上升到当年保全证据类公证总数近一半。这一趋势与目前社会经济活动网络化、信息化的发展潮流是相一致的。从保全证据公证涉及的争议类型来看,涉及知识产权保护的保全证据公证数量至少占50%以上,无论是对于涉嫌侵权商标、商品购买过程的保全还是对于互联网上涉嫌侵犯知识产权事实的固定,保全证据公证在知识产权保护领域发挥的独特作用日益显著。此外,涉及劳动争议以及其他民事争议的保全证据公证也在快速增长并日趋多样化。

保全证据公证的稳步发展,从一个侧面折射出公证与诉讼活动的联系日益紧密,公证在民事司法制度中发挥的作用日趋明显,同时也体现了民众权利意识的日益觉醒,通

过公证包括保全证据公证保障公民私权已成为一种趋势。

二、保全证据公证来源日趋多元化

保全证据公证业务迅速发展的同时,保全证据公证的来源也日趋多元化。目前保全证据公证主要有三个来源,一是当事人自发申请,一是律师代理申请,一是法官建议申请。

(一) 当事人自发申请

保全证据公证最主要的来源是当事人自发申请,即当事人在发现自身的权利有可能受到侵害后,主动来到公证机构申请办理保全证据公证,对某一侵权事实或其他法律事实进行保全,以保全证据公证书的强势证据效力支持自身的诉讼请求,从而维护自身的合法权益。这是保全证据公证最普遍、最常见的来源。

(二) 律师代理申请

保全证据公证的另一来源是律师代理申请。在公证实务中,相当一部分保全证据公证并非由当事人主动和亲自申请办理,而是律师为了更好地维护当事人的权利,以当事人代理人的身份向公证机构提出保全证据公证申请,通过诉诸公证机构在保全证据领域的专业法律服务,共同为当事人权利保护或救济提供完善的法律服务。由此可见,公证人与律师作为法律职业共同体的不同成员,存在着既彼此分工、又相互合作的格局。

(三) 法官建议办理

除了当事人自发申请和律师代理申请,还有一些保全证据公证是法院根据案件审理的需要,建议当事人向公证机构申请办理的。当事人根据法官的建议,通过申办保全证据公证,在更好地固定事实与证据、维护自身权利的同时,也更有效地辅助诉讼定分止争,实现保全证据公证与诉讼活动良好的结合与互动。在此,我特别要对上海市高级人民法院和各级法院以及法官们对上海市东方公证处保全证据公证以及其他公证工作的支持表示诚挚的感谢!

三、保全证据公证发展提出的新要求

最后,我想借今天研讨会的机会再简要谈一下保全证据公证的发展对我们提出的新要求,一是对公证人职业素养提出的新要求,二是对保全证据公证模式提出的新要求,三是对公证参与多元纠纷解决机制提出的新要求。

(一) 对公证人职业素养提出的新要求

保全证据公证的兴起,在很大程度上改变了公证活动的固有模式。长期以来,在传

统的公证业务中,公证人员往往根据当事人的具体公证需求较为被动地受理某一项公证业务,例如证明某一文件复印本与原本相符,证明合同、协议上当事人的签字属实,而保全证据公证要求公证人更为积极主动地关注对当事人权利的保护。在保全证据公证活动中,公证人需要亲临取证现场,这就要求公证人对于瞬息万变的具体事实、行为、情势要有随机应对的能力,要求公证人以一名专业法律人的视野和素养来审视、处理保全证据过程中的每一个细节。面对当下社会经济活动中侵权形态的多样化以及社会公众维护自身权利的迫切需求,公证人员在办理保全证据公证时不能仅仅满足于对某一孤立事实或行为的简单证明,而必须通盘考虑保全证据公证在当事人后续诉讼及其他法律活动中的实效,这就对公证人员的专业素养以及职业道德素养提出了较高的要求。

(二) 对保全证据公证模式提出的新要求

从目前上海市东方公证处保全证据公证的类型来看,主要集中于在纠纷发生后针对侵权事实的救济型保全,而这在预防纠纷领域的实践尚存空白。“预防纠纷”是《公证法》对公证活动职能的基础性要求,事实上,如果在纠纷或侵害尚未发生之时即通过保全证据公证对权利进行预防性的保全,对权利的维护和法律秩序的安全意义更为重要。因此,上海市东方公证处将着力拓展保全证据公证的模式,更为关注保全证据公证在预防知识产权纠纷、劳动争议纠纷和其他民事经济领域的发展,实现保全证据公证从救济型保护模式向救济、预防兼顾的保护模式转变,将保全证据公证这一公证法律服务进一步做大、做强。

(三) 对公证参与多元纠纷解决机制提出的新要求

随着保全证据公证的不断发展,保全证据公证与诉讼、调解、仲裁以及其他纠纷解决机制的联系日益紧密。保全证据公证的效力不仅仅取决于它自身是否符合法律及公证程序的规范,更取决于它能否良好地兼容于司法活动的运作,能否实现和诉讼、调解、仲裁以及其他纠纷解决机制的有效对接,这要求我们必须从多元纠纷解决机制的视角来审视保全证据公证未来的发展,要求公证人员通过保全证据公证以更积极、更主动的姿态融入到多元纠纷解决机制之中,从而使保全证据公证能够在维护公民权利、辅助和替代诉讼纾解纠纷方面发挥着更为重要的作用。作为多元纠纷解决机制中一个有机的组成部分,保全证据公证的质量直接关系到司法公正与纠纷的妥善解决,因此,期待法官对我们公证人员的保全证据公证活动提出更多有建设性、指导性的意见和建议。

领导讲话

进一步加强知识产权公证工作 服务上海科技创新中心的建设

吕国强*

上海市东方公证处本次学术研讨活动的主题聚焦保全证据公证的创新与规范,这一选题非常好。首先,公证工作和上海正在进行的科创中心建设的关系是十分密切的。党中央对上海工作的期望非常之高,上海整个未来的发展是基于两个国家战略,一个是自贸区,一个是科创中心。上海要完成中央交给上海的自贸区建设与科创中心建设战略任务,就必须加强知识产权工作,而知识产权工作与公证工作具有密不可分的关系。

第一点,2015年5月22日,中共上海市委通过了《关于加快建设具有全球影响力的科技创新中心的意见》^①(以下简称“22条”)。这个“22条”颁布以后市委、市政府围绕这个“22条”出台了9个实施细则,其中有3个实施细则是由市委、市政府联合发布的,体现了市委、市政府对于知识产权工作的高度重视,这中间就包括《关于加强知识产权运用和保护支撑科技创新中心建设的实施意见》^②(以下简称“12条”),体现出上海科创中心建设和知识产权的密切关系。

从全球的情况来看,188个国家和地区都已建立了知识产权制度,知识产权制度成为公认的保护创新,激励创新的基本法律制度。上海公证和创新的密切关系主要体现在市委、市政府发布的“12条”中,它的内容涉及四个方面,概括为八个字:保护、运用、服务、改革,这其中专门有一条是关于加强知识产权公证工作的,即在知识产权保护当中主要讲了三个方面内容:司法保护、行政保护、多元化的知识产权纠纷解决机制。在多元化的知识产权纠纷解决机制中专门提及了公证,文件原文是:“探索以公证方式保管知识产权的证据及相关材料,加强对证明知识产权在先使用、侵权等行为的保全证据公证工作”。^③上述规定表明公证工作跟科创中心的知识产权转化运用有十分密切的关

* 吕国强,上海市知识产权联席会议秘书长、上海市知识产权局局长。

① 中共上海市委、上海市人民政府《关于加快建设具有全球影响力的科技创新中心的意见》(沪委发[2015]7号)。

② 中共上海市委、上海市人民政府《关于加强知识产权运用和保护支撑科技创新中心建设的实施意见》(2016年2月23日发布)。

③ 同注②。

系,我们必须高度重视公证工作对科技创新中心建设的重要意义。

第二点,从知识产权的角度来看,它和公证的关系是十分密切的。知识产权包括创造、运用、管理及保护。知识产权的创造、运用、管理、保护都离不开知识产权公证工作。从现实情况看,公证工作运用比较多的是在知识产权保护方面,或者是纠纷发生以后的事后救济。目前,企业知识产权公证意识还不是很强,知识产权公证对企业知识产权保护方面的作用还没有充分发挥,工作空间还很大。在建设科创中心工作中,要进一步强化公证在知识产权保护和转化方面的突出作用。

第三点,科技创新中心建设必然对知识产权公证提出更多的需求和更高的要求。据王兴和书记前面介绍,知识产权公证量已占到保全证据公证的50%以上。因此,主管公证工作的部门要加大宣传力度,尤其是要深入到企业、园区,对公证在知识产权转化运用中及在科创中心建设过程中的作用进行大力宣传,特别是可以通过典型案例的展示突出公证的作用,如公证以后避免了侵权、或者减少了诉讼,等等。可以制定一些跟知识产权直接相关的公证流程,加强对公证流程等的宣传,让企业、科研院所及权利人更多地了解与熟悉公证与知识产权的关系及公证在知识产权保护中的地位和作用。在“12条”政策解读宣传中,要把知识产权的公证作为一个重要的内容放进去,总之,要让公证制度更好地为上海科技创新中心建设提供法律服务。

强化公证对知识产权的保护 助力上海科技创新中心建设

(书面讲话)

王 协*

今天,首届东方公证专题学术研讨活动在上海市东方公证处成功举行,此次研讨会汇聚了来自上海市知识产权局的领导、上海市高级人民法院和各级法院的法官以及上海市东方公证处的公证员代表,与会各方围绕“保全证据公证的规范与创新”这一主题开展了富有成效的探讨,取得了丰硕的研讨成果,这一交流形式非常好。同时,我就强化公证对知识产权的保护、助力上海科技创新中心的建设讲三点意见。

一、围绕科技创新中心建设中的知识产权保护发展保全证据公证

上海正在建设具有全球影响力的科技创新中心,而知识产权是激励创新的基本保障,其发展有赖于良好的法治保护。公证作为预防纠纷的司法制度,与知识产权的保护有着密切的联系,其中,保全证据公证的作用尤为显著。2016年2月25日,上海市委、市政府发布的《关于加强知识产权运用和保护支撑科技创新中心建设的实施意见》^①(下称“《实施意见》”)中明确提出,要将知识产权战略贯穿于上海科技创新中心建设全过程,积极营造良好的知识产权法治环境、市场环境、文化环境。为了实现这一战略,《实施意见》强调:“探索以公证方式保管知识产权证据及相关证明材料,加强对证明知识产权在先使用、侵权等行为的保全证据公证工作”,这对包括保全证据公证在内的上海公证工作提出了全新的要求。从全国来看,根据司法部的统计,目前全国保全证据公证的数量每年超过20万件,包括上海、北京在内的多个省市的公证行业每年保全证据公证的受理数都达到上万件。保全证据公证与各类诉讼特别是知识产权诉讼的联系日趋紧密,在确认知识产权权利归属、固定侵权事实等方面发挥着难以替代的作用。因此,上海公证行业要认真领会和积极贯彻上海市委、市政府《实施意见》

* 王协,上海市司法局副局长,上海市公证协会党委书记。

① 中共上海市委、上海市人民政府《关于加强知识产权运用和保护支撑科技创新中心建设的实施意见》(2016年2月23日发布)。

的精神,将助力上海科技创新中心建设中的知识产权保护作为发展保全证据公证的核心思路。

二、围绕创新理念探索公证法律服务的创新

公证服务于上海科技创新中心建设,不仅要求通过保全证据公证为知识产权保护提供有力支撑,同时也要求公证行业不断探索公证法律服务的创新。中共十八届五中全会明确提出了创新发展的理念,全会强调指出:“必须把创新摆在国家发展全局的核心位置,不断推进理论创新、制度创新、科技创新、文化创新等各方面创新”,^②这一创新理念同样应当贯穿于公证法律服务的发展之中。从现状来看,保全证据公证对于知识产权的在先保护尚属空白,公证行业应当锐意进取,开拓创新,以更大的精力关注保全证据公证向预防纠纷领域的拓展,将公证法律服务贯穿于知识产权权利形成到救济的每一个环节,实现从知识产权的单一保护向知识产权的整体保护转变,回应知识产权保护中不断涌现的新问题、新需求,实现公证法律服务的不断创新。

公证服务于上海科技创新中心建设,不仅要求通过保全证据公证为知识产权保护提供有力支撑,同时也要求公证行业不断探索公证法律服务的创新。

三、进一步加强知识产权保护中多元主体的沟通与合作

知识产权的保护是一项综合性的工程,有赖于行政主管机关、法院和公证行业以及其他社会力量的共同协作。《实施意见》中指出:“充分发挥各类行业协会、调解中心、中介服务机构的作用,为当事人解决知识产权纠纷提供更多途径。”^③对于公证行业而言,必须主动加强与知识产权行政主管机关、法院以及相关行业协会的合作,尤其应注重借鉴法院对于保全证据的方式、经验与理念,更多地向法院诉讼保全的标准看齐,从而实现保全证据公证与包括诉讼在内的知识产权纠纷多元解决机制的对接,更好地实现对知识产权的保护。

最后,我谨代表上海市司法局向长期以来支持、关心公证工作的上海市知识产权局、上海市高级人民法院和各级法院表示衷心的感谢,祝愿此次东方公证专题学术研讨活动能够成为一个良好的契机,从而有效地发挥公证在知识产权保护领域的独特效能、助力上海科技创新中心的建设!

^② 《中国共产党第十八届中央委员会第五次全体会议公报》(2015年10月29日中国共产党第十八届中央委员会第五次全体会议通过)。

^③ 同注①。

劳动争议案件中保全证据公证的介入

张 诚*

我将就“劳动争议案件中的保全证据公证”进行简要的介绍与分析,谈谈此类保全证据公证的现状以及我们在公证实践中遇到的一些问题,期待得到大家的意见建议与批评指正。

通过对自己办理过的涉及劳动争议的保全证据公证业务的梳理,可以将其归纳为两大类:第一类是电子数据类的保全证据公证;第二类是行为类的保全证据公证。

一、电子数据类的保全证据公证

电子数据类的保全证据公证又可以进一步细化为三类:即对网页、电子邮件以及手机、U盘、移动硬盘等具备存储功能的设备内的电子数据进行保全证据公证。

(一) 网页类保全证据公证

此类保全证据公证的申请主体通常是公司,几乎不存在员工作为申请主体的情况。保全的对象主要涉及三个方面:网页上存在的员工违反竞业禁止或者保密义务的信息;公司内网发布的通知、规章制度;公司办公系统中的员工考勤记录、员工下载打印过的文件记录等。网页类的保全基本不存在侵害员工权益的可能,是一类常见的非常成熟的保全证据公证,实践中基本不存在什么问题。

(二) 电子邮件类保全证据公证

实践中,此类保全的申请主体既有公司又有员工,下面分情况予以介绍。

1. 公司作为申请主体

公司作为申请主体通常针对以下两类电子邮件进行保全证据公证:一是公司服务器中存储的电子邮件。这种方式的对象通常是申请日前一年以内的电子邮件,因为许多公司的服务器通常仅保存申请日前一年的邮件,超过一年的,公司往往会从服务器上下载下来另行保存。二是员工工作电脑中已存储在硬盘中的电子邮件。这是最为常见

* 张诚,上海市东方公证处公证员。

的一种情况。公司进行该类保全通常会采取三个步骤(且每个步骤往往都会要求公证):电脑交接、第三方专业机构制作硬盘镜像和读取镜像盘电子邮件。这三个步骤分别为了实现三个目的:电脑交接表明电脑实际控制人的转变,以证明之前电脑中的电子数据系由员工生成;制作镜像是为了保证员工工作电脑中的原始数据不被破坏,第三方的数据分析可以在镜像盘中完成,而且第三方往往会在镜像盘中进行一些数据恢复,即恢复此前被员工删除的文件;最后一步对镜像盘中筛选出的电子邮件进行保全则是为了证明相关邮件证据的获取路径及真实性。

这里就会存在一个问题:对员工工作电脑中的邮件进行保全一般都是在未经员工同意的情况下进行的,这是否会侵害员工的隐私权?本人认为,在未经员工同意的情况下对其工作电脑中的邮件进行保全不会侵害员工的隐私权,因为工作电脑系公司分配给员工工作使用,用途明确,员工应当知道公司有权随时收回电脑,在其中存储或者收发涉及个人隐私的信息存在很高的泄露风险,该风险应该由员工自行承担。

2. 员工作为申请主体

员工作为申请主体通常是员工在公司不知情的情况下,携带公司配发给其工作使用的电脑来到公证机构,以使用人的身份对其工作邮箱中的邮件申请办理保全证据公证。这里同样存在一个问题:即在未经公司同意的情况下,此类保全是否会泄露公司的商业秘密,侵害公司的合法权益?本人的观点是,在未经公司同意的情况下,此类保全并不会泄露公司的商业秘密,侵害公司的合法权益。因为,如果员工使用的工作电脑中存在公司的商业秘密等需要保密的商业信息,原因只有两个:一是该类秘密员工有权知悉,二是员工非法获得该类秘密。第一种情况明显不存在因为申办公证而泄露公司商业秘密的问题,而第二种情况下员工不可能主动申办公证。

(三) 手机、U盘、移动硬盘等具备存储功能的设备内的电子数据

这一类保全公证申请是否能够办理存在一定争议。本人的观点是:除非公司能证明上述物品系公司配发给员工在工作中使用,或者员工同意公司查看其中的内容,否则公司不能申请对其中存储的电子数据进行保全。因为这类物品有明显的私人属性,里面存储的电子数据极可能有员工的个人隐私信息,在没有员工在场并表示同意的情况下,公司是没有权利查看该类电子数据的。

二、行为类的保全证据公证

行为类的保全证据公证,保全的对象可以进一步细分为两类:一是公司与员工的约谈;二是公司对员工办公场所的取证。

(一) 公司与员工的约谈

这里有一个问题:即公司可否在员工不知情的情况下申请对约谈的过程进行录音

录像保全? 本人以为,公司可以如是为之。

公司对与员工约谈进行保全证据公证的目的往往有以下三点:一是证明自己履行了相关的义务,比如已对员工违反规章制度的行为进行过劝诫并给过其改正的机会;二是公司与员工的协商确实达成了协议且所达成的协议是双方的真实意思表示;三是因为约谈往往具有突然性,员工缺乏心理准备,因此通常会说出一些真实情况,进行保全证据公证可以防止员工日后对谈话内容矢口否认。简而言之,保全证据公证是为了固定一些容易灭失的证据,公司的行为也不存在侵害员工利益的可能,而如果要求公司在申办此类公证时,明确告知员工要对约谈内容进行录音录像保全甚至要征得员工同意,则会使员工对约谈有心理准备,从而达不到约谈的目的。

(二) 公司对员工办公场所的取证

该类取证可能会出现在如下情况中:公司在辞退员工或者暂停其工作后,从该员工的办公桌、文件柜等办公场所搜集员工可能存在的侵害公司利益或者违反公司规章制度的证据。

针对公司的这一行为能否申办保全证据公证确实存在争议,主要争议问题是公司是否有权进行上述行为? 上述行为是否会侵害员工隐私权? 本人的观点是此类公证应当谨慎办理。

这是一个很难一概而论的问题。员工确实有可能将个人物品临时存放于办公场所,比如私人信件、私人包裹、员工个人所有的移动硬盘,等等,公司的取证行为确实有可能侵害到员工的隐私权,但如果对该类公证一律不予受理,则又可能使能证明员工侵害公司利益的证据灭失。因此,本人的观点是,该类公证可以办理,前提是公司在取证时,不能检查明显具有私人色彩的物品,如没有拆封过的私人信件、包裹以及员工个人所有的移动硬盘等存储设备,也不能检查员工采取过额外保护措施的物品,如加锁的笔记本电脑。但是,还有一个问题目前我尚未考虑清楚,即如果员工在办公桌抽屉上私自加装了一把锁,公司是否有权开锁检查并申办保全证据公证?

保全证据公证发展与创新的若干建议

——以劳动争议案件为例

赵永桥*

我今天的发言分成两个部分,一个是根据张诚公证员刚才提到的一些问题,谈一下法官在劳动争议审判中应把握的尺度。另一方面,结合当前法院劳动争议审判工作,谈一下作为一个从事劳动争议审判的法官,最希望公证处向法院、当事人提供什么样的公证。

对刚才张诚公证员讲到的几个问题,我先简要谈一下我们在审判当中的一些规则。首先,对于网页类公证,有时候会遇见这样一个问题,就是当事人可能会在出具了公证书之后提出这样的质疑:由于公证的对象是单位的服务器,它的管理控制都是在单位里面,存在被单位修改或者补录入的情况,这个时候保全证据公证书的效力就会受到严重的挑战。所以,我觉得在作保全证据公证的时候,公证员要向企业作相应的释明,告知企业出具公证书之后并不是一了百了了,还要在服务器里保留相关的原始数据。

其次,关于考勤记录公证的有关情况。公证员在公证保全一个员工的考勤记录时,以他的用户名、密码登录考勤系统后,看到了其每一天详细的考勤记录,法院因此可以认定记录的存在。但是,这时候对于记录的真实性,劳动者仍然有权利提出以下疑问:这样的记录有没有作过修改,有没有作过补记录。如果用人单位说已经没有原始数据了,举证责任就转移到用人单位方了。一般来说,单位不会存在造假的行为,但是,有的时候单位会认为:我已经做好公证了,万事大吉了,没有保留原始数据,这就可能会导致法院不采信相应的保全证据公证书。因此,我希望公证员在作保全证据公证的时候跟企业讲明法院审判时的认定规则。

再次,我要提一下刚才张诚公证员谈到的关于个人隐私的问题。保全证据公证活动是否会侵犯个人隐私?劳动者申办公证是否存在泄露商业秘密的可能性?这个问题在劳动争议审判中,和其他争议案件的审判是有一定差别的。在劳动争议审判中,由于劳动者和公司之间存在人身依附关系,所以,公证员在作保全证据公证的时候,会遇到一些电子类的涉及员工个人的物品,比如个人的办公电脑。这个时候,公证员可以留意

* 赵永桥,上海市徐汇区人民法院劳动争议审判庭法官。