

香港大律師公會 知識產權委員會
就《2014 年版權條例（修訂）草案》立場書
的進一步回應

1. 香港大律師公會轄下的知識產權委員會（「本會」）就《版權條例（修訂）草案》於二月十七日發表立場書（「立場書」）。本會知悉鍵盤戰線對立場書作出公開評論，現就其中較主要的謬誤發表進一步回應，以正視聽，釐清謬誤，望能讓公眾在得到正確資訊的基礎上，進行更理性準確的討論，並以本文的結語表達本會對這輪辯論的期許。

「法例凌駕合約條款」

2. 鍵盤戰線說「澳洲也有『限制合約凌駕性條款』」並不正確，而且本會亦從沒「一直指只有英國才有『限制合約凌駕性條款』」。其實，立場書中以英國作為例子，皆因其「限制合約凌駕性條款」最有比較價值，因為英國法例下的公平處理用途豁免與現時草案內的相比，雖較狹窄但相近。立場書及附表只是引述幾個對本港法律有影響力的法律管轄區的例子及其政府或改革委員會的意見，並綜合各國經驗剖析限制合約凌駕性條款的利弊。而且，立場書及附表中提到澳洲的例子，表明是法律改革委員會在其 2014 年的《版權及數位經濟》報告中提倡加入合約凌駕性條款的建議，並非澳洲法律的一部份。該委員會建議法例凌駕合約條款只可限於圖書館和檔案的豁免和公平處理，並清楚指出如最終通過立法接納公平使用原則的話，則不可同時採納法例凌駕合約條款（第 17 段），這兩項交替建議仍有待通過立法程序。
3. 至於新加坡採用的所謂法例凌駕合約條款，根本與現時泛民所提的例凌駕合約條款修訂是兩碼子的事，蘋果與橙不能相比，自不應被納入列表內。這是因為新加坡的第 39 條（Back-up copy of computer program, etc）、第 39A 條（Decompilation）及第 39B 條（Observing, studying and testing of computer programs），目的僅限於令純屬技術性的電腦軟件複製豁免，不會

被購買軟件時須同意的合約條款廢除。而泛民所提的法例凌駕合約條款修訂，並非聚焦於這些毫不具爭議性的用途豁免，其性質及範疇與新加坡的例子並無關連。明顯地，新加坡和美國的現行法制與澳洲的法律改革建議，一致印證「公平使用」豁免制度與法例凌駕合約條款並不能兼行。這正是立場書要帶出的重點，未見鍵盤戰線提出例子反駁。

4. 如果建議就無爭議性的豁免(例如純屬技術性的電腦軟件複製豁免)，納入法例凌駕合約條款，本會是支持的，相信版權擁有人亦未必會反對。
5. 另外，鍵盤戰線指出「不論『公平使用』及『公平處理』也是為平衡版權及這些基本權利而設的法例」，反問「憲法下的權利又怎可能被合約凌駕呢？」。此論點顯示鍵盤戰線及其背後的法律顧問對憲法的誤解，及對香港憲法缺乏認識。鍵盤戰線錯誤地假設美國的憲法制度和案例直接適用於香港基本法保障言論自由的條文，此為基本的謬誤。根據香港案例，法庭會衡量對言論自由的限制是否為其中一項或多項「合理目的」所必要一即為尊重他人權利或名譽、保障國家安全或公共秩序，或公共衛生或風化¹。其實在 *Ng Kung Siu* 一案中，香港終審法院亦有提及美國破壞或褻瀆國旗的案例以及美國憲法第一條修正案²，但拒絕採納美國法庭的論點。
6. 在英國，有案例涉及對英國版權法特定條款違憲的指控，法庭指出基於英國版權法已提供明確的責任豁免，因此言論自由和版權法下保障的權利有衝突的情況應非常罕見（註：英國版權法下的豁免已比香港草案中所提供的狹窄），如真的有衝突存在，法庭自會平衡言論自由和知識產權（正如下文第 9 段和立場書第 2 段清楚指出），仔細分析個別案件的情況，並就版權法的條例作出能符合表達言論自由的應用和詮釋³。

¹ *HK SAR v Ng Kung Siu & Another* (1999) 2 HKCFAR 442; 《香港人權法案條例》第 16 條

² 第 465 至 466 頁

³ *Ashdown v Telegraph Group Ltd* [2002] Ch 149 第 45 段

7. 再者，鍵盤戰線提出美國法院建立了「Doctrine of Misuse」，並不能反證美國亦是基於合約自由精神而不在明文法中納入法例凌駕合約條款，亦不能為納入法例凌駕合約條款與「公平使用」並行提供合理支持。
8. 據理解，Doctrine of Misuse 起源自衡平法下的「清白原則」(he who comes to equity must come with clean hands)，針對的是版權擁有人單方面透過不恰當的行為，不公地濫用或執行其版權。如版權擁有人作出此不恰當行為，法庭可按每個個案的特殊情況，酌情豁免使用者的侵權責任。然而：
- 一. 香港現行法例下亦有保障免受不合情理的合約約束。例如根據《不合情理合約條例》，就任何貨品售賣合約或服務提供合約而言，如其中一方是以消費者身分交易，法庭可拒絕強制執行該合約、強制執行合約中不合情理部分以外的其餘部分、或限制任何不合情理部分的適用範圍，或修正或更改該等不合情理部分，以避免產生任何不合情理的結果⁴。法庭會考慮各種因素，如消費者與另一方之間議價地位的相對實力等⁵。另外，普通法中亦有案例指出，如合約其中一方（甲方）處於不利位置，而另一方（乙方）不合情理地利用甲方的不利位置，法庭可使合約條款無效，並將其作廢。
- 二. 現提議修訂納入的「限制合約凌駕性條款」，其涵蓋範圍比 Doctrine of Misuse 寬闊，更欠缺了後者的彈性，將限制合約雙方自由議定的合約條款，即使在雙方你情我願下，版權擁有人亦沒有作出不公或不恰當的行為的情況下，亦不能自願增加、刪除、擴闊或收窄法例指定的任何豁免。Doctrine of Misuse 卻只針對版權擁有人單方面透過不恰當的行為，如反競爭行為，不公地濫用或執行其版權。因

⁴ 《不合情理合約條例》（第 458 章）第 5（1）條

⁵ 《不合情理合約條例》（第 458 章）第 6 條

此，Doctrine of Misuse 和「限制合約凌駕性條款」兩者的目的、性質、效果、針對的行為截然不同，根本不能相提並論。

知識產權與財產權

9. 鍵盤戰線錯誤扭曲了立場書的原意。第一，立場書從沒指出版權「不受限」，反之，立場書清楚指出，「必須在版權擁有人的權利以及其他有意使用版權作品的使用者的權利之間取得平衡…同時，香港市民的權利和自由，包括言論自由，必須與版權持有人的私有財產權和其他權利之間取得平衡」（第 2 段），版權是一種受基本法保護的私有財產權，但並非無止境不受限。
10. 第二，立場書亦沒有提到版權在法例裏受保障的程度、方法、模式與其他知實物財產權一樣或可「相提並論」。立場書在「概觀」裏純粹指出版權在性質上是一種私有財產權，受香港基本法保障，亦應受到尊重。
11. 第三，鍵盤戰線錯誤理解公會主席在接受傳媒訪問中引用的比喻，扭曲了比喻的內容，評論有欠公道。主席是以小旅館及出租單車的使用控制權作比喻，以解釋提出草案修訂的正反相方的利益及其爭議性質，指出使用版權的人的某些慣性行為，雖在現行法例下屬侵權，但因對版權的價值無大傷害，所以版權人並無執行權利。但到需要引入新的措施以更有效地防範惡意的侵害時，雖然並非針對「無大害」的使用者，但卻受到他們多方阻撓。這些例子的內容與版權的年期和基於公眾利益的豁免，根本無關，亦非用以界定何等行為應受豁免。

「公平處理」與「公平使用」

12. 鍵盤戰線以偏概全、斷章取義地局部引用立場書，誤指內容為自相矛盾。其實，立場書第 27 段與第 28 段明顯並無任何抵觸或矛盾之處。第 27 段清楚指出香港現時的版權法及草案中採用的「兩部曲」

豁免機制取得適當的平衡，能一方面就用途方面保存相當的肯定性，讓用戶知道哪幾類用途目的只要通過公平值的評估，即會受到豁免；另一方面亦引入了美國制度中對公平值的評估因素，旨在能對每個使用個案的「公平性」作出彈性評估。然而，正如立場書中清楚指出（第 25 段），美國的「公平使用」制度並沒有就用途方面保存相當的肯定性（即香港法案中的「第一步」），是一概括籠統的豁免機制，因此，不確定性比香港現行及草案中的兩部曲公平處理制度高，就本來受到豁免的用途而言，反而提高了使用者需要尋求法律諮詢的機會，這並非一般使用版權作品的網民所想要的。

13. 有鑒於現時社會人士普遍憂慮法例有太多灰色地帶，如新法例能清晰界定豁免用途，再加以適度彈性的公平值評估，讓法律界及業界累積判斷經驗後再加以優化，在這階段對香港而言，更勝於立刻全面採納開放式的公平值評估。

「個人用戶衍生豁免」

14. 本會已於立場書註腳 19 中表明注意到聯盟除了比加拿大的版權法案第 29.21 條更為寬鬆的建議，亦有其他版本的交替建議。
15. 另外，就本會在立場書中對非商業性及商業性的界線模糊不清的憂慮，鍵盤戰線對現行條例理解有誤，故回應有不精準之處：

- 一. 個人用戶衍生內容豁免與公平處理性質迥異，在個人用戶衍生內容豁免下，新作品可獲豁免與否，首先取決於新作品是否「純粹」是為非商業目的，即是說就算主要目的是非商業性而只有些微商業目的者，亦不在豁免之內；反觀在現行法案及草案中的公平處理中，用者的處理是否屬商業性質是不過多項公平值評估因素之一，法庭對商業性質的解讀可較有彈性。如果非商業性或商業性的界定對有豁免與否有關鍵性的影響，而界線模糊，本會必須指出這正構成網民不想要的風險。

- 二. 鍵盤戰線誤以為「該項處理的目的及性質，包括該項處理是否為非牟利的目的而作出，以及是否屬商業性質」的檢測是政府透過草案引入，指本會未有批評草案內有關商業性質的字眼為含糊，是相重標準。其實，以上檢測為現行版權法已有的豁免下「第二步」公平值因素之一(可參考香港版權條例(第 528 章)第 38(3)條有關「研究及私人研習」的豁免)，並非在草案中新加入，草案加入新條文時，只不過納入同樣檢測，是正確的做法。而個人用戶衍生內容豁免下，須聚焦於「純粹為非商業目的」作先決條件，而「非商業目的」這概念在網上各類平台的環境中正日趨模糊，其確定性與網民所想的有落差，本會認為公眾對此應有正確的理解。

「共享創意」

16. 本會在立場書中支持創意業界及香港政府更廣泛善用及發展共用作品的平台，主要原因是這些平台尊重版權擁有人的意願，在個別版權擁有人自願的情況下把作品開放，准予公眾使用，重點和精髓在於其自願性，可惜鍵盤戰線卻偷換概念，轉移視線於版權擁有人的身分。根據香港版權法，版權擁有人可能是作品的作者、作者的僱主、根據委託作品協議明確規定享有版權的人或作者轉讓版權的人等，都是立法機關根據不同情況，基於不同政策、法理和公眾利益的考慮因素而制定的法律條文。而本會在立場書中就正正是鼓勵各版權擁有人在自願的情況下把作品開放予公眾使用。

刑事責任

17. 版權法下刑事罪行的舉證準則高，檢控方亦不可能在無版權人的充分合作下提出檢控，在此不再重覆論述。至於網民憂慮版權法例與「不誠實使用電腦」罪混合使用(香港法例第 200 章《刑事罪行條例》第 161(1)(a)條)，控方仍需證明被告企圖干犯版權法下的刑事條文，舉證準則同樣的高，不但需要證明犯罪意圖，更須證明行為對版權擁有人會做成實質損害，不見得混合使用會比單獨使用版

權法刑事條款更容易入罪。如兩項刑事法例都就同一行為列作控罪，亦只可是交替控罪，並不存在雙重責任的機會。交替控罪在一般刑事檢控中是常見的處理手法，並非濫告的表徵。遍尋只得十一年前一宗以版權法及罪案法作交替控罪的例子，現屆政府在任期間亦未有一宗，並無任何濫告的證據。

結語

18. 創意無限，商機亦無限；每位創作者本身都可透過創作成為版權擁有人，獲得潛在的商業利益，就算二次創作的創作者亦然，這也是創作的動力。創作者、使用者、二次創作者的身分往往交替，在不斷創新的商業模式裡互動、互惠、互利。在數碼環境中，無商業資金背景的創作人，一樣可以以一己之力得突圍而出，透過版權控制獲得以創意和努力換取的合理報酬。
19. 然而，能享受商業成功的作品，可能百中無一。法例的保障，就是要讓版權擁有人，尤其就商業成功的作品，得到公平合理的報酬。鍵盤戰線在文中舉出涉及使用他人的流行文化作品再創作的例子，正正是使用者或二次創作者須與版權人就商業或非商業目的、未經授權的無償使用等議題，尋求共識。是否應把版權擁有人的控制權進一步縮窄，以讓此等作品的創作更方便？無償使用對版權擁有人是否公平？如控制權被收窄，如何保障版權價值不受損害？會否因放寬豁免而製造漏洞，讓不法之徒借二次創作為名而肆意侵權？這些問題對版權擁有人和二次創作人都同樣是切身的問題，各方思考時可易地而處，捨棄對立抗爭的姿態。本會呼籲各方以務實和互諒互讓的態度，研究出公平、互利而可行的方案，讓香港的版權法可向前邁進遲來的一步。

香港大律師公會 - 知識產權委員會
2016 年 3 月 1 日