

二次創作權關注組

對《2011年版權(修訂)條例草案》的發言稿

主席、各位官員、各位議員、各位市民朋友：

本人是**二次創作權關注組**（下稱「本關注組」）的召集人。本關注組乃係專門研究二次創作議題的組織，以維護二次創作權利為要旨。

二次創作，又稱再創作、衍生創作，是創作的一種，指使用了已存的文本（包括文字、圖像、影片、音樂或其他藝術作品等作品），進行延伸的創作。作品可以是對原文本的伸延，也可以是對之的解構。二次創作包括了翻譯、改編、戲仿、仿作、致敬、惡搞、拼貼、重新組合、擬人化、引用並加以發揮……等等的創作模式和手法。二次創作並不是把別人的作品剽竊回來，當成是自己的東西；相反，二次創作是明顯地以某作品、項目或角色為基調，再加以發展，它的引用及改變意味是很明顯的。

古往今來，二次創作都是一種常用的創作手法和表達方式。特別在今天，人類置身在後現代脈絡中，資訊爆炸使過去資訊、系統有所瓦解，促成現在這個「二次創作無處不在」的局面。不論是商業作品，還是非商業的民間創作，都充斥着二次創作。

對於知識產權署提出的《2011年版權(修訂)條例草案》（下稱《條例草案》），本關注組的全員（下稱「我們」）都看到多方面的漏弊。**該些漏弊，將嚴重限制市民的表達方式，剝削香港市民的創作權利，特別是進行二次創作的權利。**此舉除了**不符合新媒體時代趨勢，更令許多創意的應有表達權利，淪為大商家透過鉅額買賣才能擁有的特權**，有如把言論自由的公有空間圈地霸佔。此等做法，粗暴強暴了《基本法》第 27 條裏對香港市民言論自由的保障。

本人現謹代表**本關注組**發言，詳述有關問題，亟需 委員會撥亂反正，切莫草率通過《條例草案》。有關《條例草案》之問題，詳述如下：

一、刑事條文有效範圍超出商業應用範疇，扼殺市民表達空間：

據查，國際間對侵權刑事法的相關約定，最普遍及有約束力的應為世界貿易組

織的 TRIPS¹，當中指出世貿各國應就**商業使用的侵權行為**訂立刑事法例。

刑事法例當然有助警誡嚴重的牟利侵權行為，但若是**非商業使用的範疇**，刑事化一方面會扼殺有關的使用或表達空間，同時亦變相打壓有潛能(potential)的自由創作人（包括作家、畫家、音樂家等）。當局常常說要推廣創意工業，但現在如此綑綁非商業的創作的權利和空間，實在是自相矛盾。

而香港的版權法刑事侵權部份，正正就有超出商業應用的條文。法例第 118(1)(g)指出，在「**並非為任何包含經銷版權作品的侵犯版權複製品的貿易或業務的目的，亦並非在任何該等貿易或業務的過程中分發，達到損害版權擁有人的權利的程度**」之情況下分發「**作品的侵犯版權複製品**」，即屬侵權。我們可見，這條文把**非商業目的或用途，都劃為侵權**。此外，條文句式冗贅、結構歐化。撇除「目的」一詞，它連續使用三個「的」字，彷彿有語言障礙般，令一般市民不易閱讀。

補充說明一下，第 118(1)(g)裏所謂的「**侵犯版權複製品**」，關於電子形式作品的定義列在第 77 條。在沒有授權的情況下，不論是直接複製，還是進行二次創作，都被定性為「**侵犯版權複製品**」。

至於此次的修訂，開列了一些因素，供法庭在判斷是否「損害版權擁有人權利」的程度時之考慮因素。這些因素，在新增的第 118(2AA)、118(8C)裏列出來，是：

- (a) **該項分發(/傳播)的目的；**
- (b) **該作品的性質，包括其商業價值；**
- (c) **就該作品的整體而言，被分發(/傳播)的遭複製部分所佔的數量及實質分量；**
- (d) **分發(/傳播)的方式；及**
- (e) **該項分發(/傳播)對版權擁有人所造成的經濟損害，包括該項分發對該作品的潛在市場或價值的影響。**

條文裏何謂「損害版權擁有人的權利的程度」，可以涵蓋金錢以外的「損害」。此含糊的定義未免令人擔心執法機關權力過大，擔心執法機關可以以無形的「損害」為理由作出刑事檢控。即使依據《條例草案》的 118(8C)所述，這些因素僅為供法庭參考，是建議法庭可以考慮這些因素。雖然多次強調「商業價值」、「經濟損害」等，但所謂「**潛在市場或價值的影響**」，「**潛在**」定義已模糊不清，予人定義虛無之感，容易給當局過份延伸，作不妥當的解釋，令人擔憂借經濟之名打

¹ WTO - TRIPS : AGREEMENT ON TRADE-RELATED ASPECTS OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS:
http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips.pdf

壓創作與言論空間；同時，「複製數量」、「分發方式」等與商業利益無關的因素亦列入在內，當局可以有關的非商業因素來作出刑事檢控。

就此問題，我們認為應將刑事檢控的範疇，規限於明顯的經濟損失上。對於所謂「潛在」的因素，實在是難以確切證明。將之涵蓋在條文中，令人憂慮會太容易作過份延伸以致遭濫用，故不宜包含在條例中。

至於其他無形損失，則更加無法確切證明。因此，只宜由版權法其他條文的民事條文涵蓋，當中更要注意甚至不應作出對非商業性質的作品過份的規限，以免窒礙、扼殺有關的創作和表達空間，損害言論自由。

還有，二次創作往往會為版權擁有人帶來經濟上的利益或好處。因為二次創作擴闊了作品的接觸層，增加了作品的趣味或可讀性，在商業上等於替原作進行宣傳。而且二次創作往往不能取締原作。例如受眾看了網民為《涼宮春日》弄的自製 MV 或改圖，不等於他們就不用看原作。他們得購買、看回原作，才能確切領略兩者間的對比，對作品產生共鳴。在日本這文化產業大國，二次創作極度盛行，原因正是生產者明白箇中的道理，因此他們給予二次創作空間，視之為原作的宣傳廣告及人氣指標。可是，在現時版權法及這《條例草案》中，都是只計算二次創作對原作版權擁有人構成什麼經濟損害，不衡量二次創作對原作版權擁有人帶來什麼經濟好處，這是明顯的不公平、不公正、不合理，反映當局訂立或修訂條例時，對商業版權擁有人的傾斜與偏袒。

二次創作盛行的日本，雖然在法例上對二次創作也有圍限，但有關的文化產業界明白二次創作的重要，作為默許，絕大部份都不予以起訴，有些業界公司甚至主動對民間的二次創作提供自動式授權²。然而，在此《條例草案》中，刑事檢討的風險不減反增，將使政府擁有可以進一步僭越業界給予有關二次創作空間之權力，更主動地提出檢控，令本來業界容許的、非商業使用的二次創作，遭政府相關部門打壓，扼殺二次創作的存在空間。

二、所謂「貶損處理」的規管，扼殺創作和言論自由：

在版權條例中，當局又設立了所謂的「貶損處理」，如第 92(2)及 92(3)。在《條例草案》通過後，將會聲稱「**如作品經處理後受歪曲或殘缺不全，或在其他方面**

² 例如日本角川對 Youtube 上二次創作片段的認可制，見 MADer 資料庫：〈日本角川 Youtube「公認 MAD」原則與整理影片 雜蒐〉：<http://mader.pixnet.net/blog/post/6331422>

對作者或導演的榮譽或聲譽具損害性，則該項處理屬**貶損處理**」。所謂的「處理」(treatment)，則指「對作品進行任何增加、刪除、修改或改編」。這些所謂的「**受貶損處理的作品**」，若有人公開表演、發佈或傳播、陳列等，都屬違法。

我們剛才已說明，在第 118 條裏，**條例並無界定何謂「達到損害版權擁有人的權利的程度」**，也沒有指明所謂「權利」的適用範圍。此等「被損害的權利」，可以是經濟損失等實質的損害，也可以是**版權擁有人的名譽、精神困擾等無形的損害**。這種模稜兩可，令市民易墮陷阱。

在《條例草案》這修訂案中，更賦予政府權力，可以檢控違例人仕。但**政府如何得知某人「向公眾傳播作品」的行為，已「達到損害版權擁有人的權利的程度」？尤其是對版權擁有人名譽、精神困擾等無形損害，外人（包括政府）根本無從判斷**。若此修訂案獲得通過，則**政府可以假借版權擁有人之名，以損害版權擁有人利益而任意檢控使用版權物品的網民，實為本修訂案中極大的漏洞**。

再加上在第 92 條中，一直沒有清楚界定何謂「受貶損處理的作品」，只將其定義為「**經處理後受歪曲或殘缺不全，或在其他方面對作者或導演的榮譽或聲譽具損害性**」。在修訂案中，這方面仍不見有任何變化。以舊曲新詞為例，如果詞意與原曲並無直接關係（例如改編自《始終有你》的政治諷刺歌曲《福佳始終有你》），會否被定義為「受歪曲或殘缺不全」，或「在其他方面對作者的榮譽或聲譽具損害性」？現時「受貶損處理的作品」的定義實在過份含糊。

若我們一併審視知識產權署署長張錦輝的發言，更令人無法不擔心。在政府新聞網上載的視像報道³裏，張錦輝說：「**喺度惡搞佢啲嘢，嚴肅嘅變咗詼諧呀，唔認真呀，等等嘅嘢呢，咁呢就對佢個作品呢作一個，即係，即係貶損性嘅處理，傷害咗個個產權人個個即係，精神方面嘅…嘅…嘅…嘅感受**。所以，亦都係一種，侵權嘅行爲。」

從這段發言中，張錦輝署長把「惡搞」這種二次創作，聲稱成「**貶損性嘅處理**」，這是對「什麼是創作」此基本問題的無知，對不同種類的創作帶有歧視與偏見。同時，「**嚴肅變詼諧**」向來是極正常及極常用的創作與表達手法之一，不論是文學、話劇、電影等，古今中外都一直在使用。就如香港作家西西的《肥土鎮灰欄記》，以包公劇《灰欄記》為藍本作二次創作；獲得奧斯卡金像獎的著名劇作家湯姆·斯托帕(Tom Stoppard)，他所編寫的劇本《君臣人子小命嗚呼》(*Rosencrantz*

³ 政府新聞網上載的片段：<http://www.youtube.com/watch?v=h64uPUYa9Bk>

& *Guildestern Are Dead*)，就以莎翁的《哈姆雷特》來進行二次創作。還有夢工廠的數碼動畫電影《史力加》；周星馳的多部電影如《西遊記第壹佰零壹回之月光寶盒》、《西遊記大結局之仙履奇緣》、《回魂夜》；動漫畫《爆笑管家》、《絕望先生》、《KERORO 軍曹》；普普藝術大師安迪·華荷 (Andy Warhol) 的多幅著名畫作，如使用絹印版畫技法來重現圖象《金寶湯》、《毛澤東像》、《瑪麗蓮·夢露像》；杜象 (Marcel Duchamp) 的藝術品《噴泉》……等等等等，數之不盡的創作，皆使用了二次創作的手法。而它們都帶出了超越原作的深層意義。它的目的不是把現存作品或創意，聲稱成自己的創作，而是明顯地以他作，來使作者的創意及意義有更佳的發揮，達致更好的創作效果。

張錦輝署長把惡搞或其他古今中外都一直使用的二次創作手法，聲稱為「貶損性的處理」，會為版權擁有人帶來「精神感受」之傷害，絕對是「莫須有」——所謂的「精神感受」根本難以確切地證明及估量，因此容易成為能花鉅額金錢和時間的人，對此作過份延伸，濫用這點來逼迫無財無勢的一方。剛才我們已說到，第 118 的條文裏對「損害版權擁有人的權利的程度」的定義欠妥，未免令人擔心執法機關權力過大，擔心執法機關可以以無形的「損害」(如精神困擾、名譽等)為理由作出刑事檢控。若再綜合第 92 的條文，以及張錦輝署長之言，正好反映日後的版權檢控可以有多麼的「莫須有」。從創作模式、創意表達手法上，已經把欲表達的聲音扼殺掉。

我們強烈要求，政府不應把「名譽」或「心理傷害」等的「莫須有」式罪名，與版權法中的「損害版權擁有人權利」混為一談。《條訂草案》應作出修訂，列明這些「莫須有」式罪名並不包含在所謂「損害版權擁有人權利」的計算內。否則，這不單違反版權法的原意，亦使政治諷刺或其他創意表達手法，受到刑事打壓的威脅。

三、拒設立「公平使用」條文，欠缺對創作應有空間之保障

本港的版權條例原本已沒有如美國版權法中公平使用 (fair use) 的條文，民間創作者對此要求多年，卻被置之不理。例如早於 2006 年 7 月，香港中文大學學生會知識產權關注小組舉辦的「創作與再創作」座談會中⁴，現場有逾百個民間創作者，都向當時仍為副署長的張錦輝表示，應訂立「公平使用」條文，對非商業性質的創作提供豁免權、作出保護。但是，當時為副署長的張錦輝堅拒正視。若加上現在這個《條例草案》修訂，即使如上述的二次創作，也可被刑事起訴，而

⁴ 小郎：〈寫於 2006 年與張錦輝交手後〉：<http://www.cuhkacs.org/~chronicle/blog/read.php?442>

且無從抗辯。此舉明顯損害公眾的言論自由。

美國法例的公平使用，是在版權法中保護使用者方面的著名條文，讓使用者在特定合理條件下可以抗辯，獲得了適當的保障。美國版權法的重要案例：1994年的「Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.」，法庭便認同戲仿（Parody，與惡搞類似，亦是一種二次創作）是在公平使用原則下的合法版權豁免行為。

然而，**香港現行的版權法**，採納的英國版權法體系，並無類似條文以保障使用者。香港或英國採用是公平處理（fair dealing）條文（香港版權法第 III 部，即第 37 至 88 條），即是為各種特定豁免情況逐一編寫條文，**沒有廣義條文讓公眾用以抗辯。**

若像美國法例般，在公平使用的保障下，公眾雖然可能要花費鉅額律師費與企業抗辯，但其優點在於可以作為公眾的最後防線，起碼能就其二次創作等合理的使用，獲得法律的保障；然而，**現時香港的公平處理條文，只就個別的特定制條件下定立豁免版權授權**（例如圖書館館藏複印、教育複印、影片字幕、公共機構使用等），**範圍極度不足及狹窄。**它既沒有就各種非商業的二次創作定下豁免授權，更令公眾沒有一個最後抗辯防線。

香港既然已不屬於英國司法區，毋需固守於只使用公平處理。我們**強烈要求政府在版權法例中，加入公平處理條文，並明確把非商業性質的二次創作，在一個合理引用原作的範圍下，列為豁免範圍，以保障有關的創作及其所表達的言論之自由。**

四、拒監管版權收費組織，令二次創作淪為商家鉅額買賣遊戲：

除了針對侵權外，**監管版權收費組織，也應是版權法例要肩負的責任。**可是當局對此問題一直交白卷，欠缺相關的條例及規管，使民間的使用者（如新媒體之下的網台、播客等）及創作者在現行制度下，被逼面對極不公平、極不合理的版稅徵收。

所謂版權收費組織，即是就版權作品的使用或傳播收取費用的公司、團體或組織。例如音樂作品於本港的兩人版權收費組織，是香港作曲及作詞家協會（簡稱 CASH）及錄音製品播放版權(東南亞)公司（簡稱 IFPI）。

翻查過去文件，音樂版稅關注小組早於 99 至 00 年度就曾指出⁵：**當局讓這些版權收費組織進行不合理的收費行爲，例如：版稅釐訂機制缺乏透明度，並無劃一標準，釐訂基準有欠公平；極度缺乏監管版權收費組織的規例；音樂版稅在徵收上有壟斷之虞，用者常在毫無選擇之下遭版權收費組織版稅；版權收費組織未獲授權卻濫收版稅，例如擅自替非組織成員的作品收取版稅，有法不依；當局容許版權收費組織，向教育、慈善及宗教團體等已獲豁免繳付版稅的團體濫收版稅……等等。**

直至現在，從身邊發生的事情，都可見到**有關情況迄今仍沒有半點兒改善**。版權收費組織的收費無視「播客」之類及其他情況的非商業運用，標準不透明，釐訂出有欠公平的收費，壟斷或寡頭壟斷等，都**令版權作品的授權，變成只有鉅額金錢才獲賜予的特權，令版權的授權淪為大商家的遊戲、令民間的二次創作消失於金權霸權下。甚至創作人自己，也受制於版權收費組織，無法使用自己的作品**⁶。在這樣的不公平環境、在這類荒謬的事件相繼發生之下，當局不但不立例進行規管，張錦輝署長還在聲稱一般小市民進行二次創作應「**問咗嗰個原創嗰個嘢…嗰個…Er, 版權人**」⁷，這無異於叫小市民與虎謀皮。

對此方面，《條例草案》應增加有關條文，以增加對版權收費組織的監管，規定它們要有具透明度、一致性、清晰合理的收費基準，尤其是對非商業性運用，更不應採用與傳統商業傳媒（如電視台、電台）一樣或相類似的基準。甚至進一步來說，當局更應對版權收費組織成立監管委員會，處理市民投訴，對有關組織的不公事項進行阻限或懲處。

五、欠缺對開放式版權的保障：

與此同時，知識產權署更應多主動推廣更容易獲得二次創作授權的版權機制，例如「共享創意」（Creative commons，又譯「創作共用」或「創用 CC」）、「GNU 通用公共授權條款」等開放式版權授權條款，鼓勵商業機構使用，並加強保障侵害有關授權的個案之受害者。例如：若有自由音樂創作人，以共享創意形式發佈 MP3，但音樂版權收費組織不承認共享創意的存在價值，反施以法律途徑，控告

⁵ 音樂版稅關注小組：〈音樂版稅關注小組促請當局檢討版權條例〉：

<http://www.legco.gov.hk/yr99-00/chinese/panels/ti/papers/1093c03.pdf>

⁶ Dennis：〈版權？〉：<http://hkdennis2k.homeip.net/2007/02/10/%E7%89%88%E6%AC%8A%EF%BC%9F/>，請一併參見回應欄。思考：〈版權持有人應有多少權利？〉：<http://hkxforce.net/wordpress/882>

⁷ 同註 3。

音樂創作人「非法散佈 MP3」的話⁸，版權條例對有關音樂創作人仍是缺乏保障。
《條例草案》應增加認同及保護開放式版權授權條款的保障。知識產權署也應向業界宣傳，並表明會為這類個案中的創作人提供保障。

遺憾的是，《條例草案》對這方面沒有絲毫保障與改善。互聯網專業協會政策委員會成員馮德聰⁹早就批評過當局「不遺餘力地以法律捍衛着專屬的封閉式版權（CopyRight），但對作為公共知識的開放版權（CopyLeft）就漠不關心。可能，封閉式版權由於涉獵版權利益問題，有錢銀轆轤，在政府眼中可能比『公眾知識』和『公共權益』的地位為高，但相信這不是思考版權問題時的正確核心。」，又指出「問到政府對 GPL、LGPL 和創作共用（Creative Commons License）這些國際通用的『公共版權合約』的法律地位時，就啞口無言。政府的考慮，更像是要在立法過程中，爭到『世界第一』。讀一下那份諮詢文件，你會得出一個明確的印象。」可是直至現在，當局依然固我，整個《條例草案》都旨在維護封閉式版權，對其他版權的授權機制缺乏保障。

我們強烈要求當局修訂《條例草案》，加入認同及保護開放式版權授權的條文。同時，我們亦促請當局向創作業界積極宣傳和推廣開放式版權授權，鼓勵業界採用，讓民間的創作者在進行非商業的使用或創作時，較容易獲得合法的授權。

六、總結：

現在互聯網上，有很多情況會使用版權物品作非商業用途。例如討論某作品時貼上該作品的截圖或片段、或使用截圖中的字幕表達自己的意思。也有以版權作品為基礎，再創作新的作品並在互聯網上發表，如演唱舊曲新詞、剪接不同的電視片段或再重新組合成特定故事、為圖片配上設計對白或改換圖片的一部份內容等等。類似上述的創作及言論表達，很多時候都會用現有素材予以二次創作，因此很容易被定為「侵犯版權複製品」。此亦即桎梏了有關創作的空間，讓這些創作可以百花齊放的局面，變成百花凋零。特別是這些創作當中，有不少時包含了對時事、政治的諷刺。**把該些作品從法律條文裏定義為犯法，更有箝制、扼殺言論自由空間之嫌。**

言論、創意表達的自由及空間，乃今日香港的文明，以及社會的繁榮之基石。

⁸ 本例子見於：《香港網絡大典》「共享創意」條目：

<http://evchk.wikia.com/wiki/%E5%85%B1%E4%BA%AB%E5%89%B5%E6%84%8F>

⁹ 馮德聰：〈只顧 CopyRight 不理 CopyLeft 政府推動「版權恐怖」〉，Mind Farm（睿文坊），2007年4月21日：<http://www.mindfarm.com/contents/index.php?contentid=20>

可惜現行的版權條例，特別是這次的《條例草案》，均與之背道而馳。當局藉着條文，為言論及創意之表達，帶來種種圍限。從我們所見的五點：「刑事條文有效範圍，超出商業應用範疇」、「所謂『貶損處理』的規管，扼殺創作和言論自由」、「拒設立『公平使用』條文」、「拒監管版權收費組織」、「欠缺對開放式版權的保障」，都實實在在地給一般市民的創作戴上枷鎖。版權法例一味向商業版權擁有人傾斜的現狀，在《條例草案》中非但沒有改善，更是變本加厲；版權法本身已具給與執法機構過大刑事權力，是次修訂若通過了，以後對民間創作的打壓將更令人擔憂。

我們強烈要求當局，馬上撤回現時的《條例草案》，依剛才發言裏所述的五點方向，作出改善。 包括但不止於：

- ◆ 應將刑事檢控限制於嚴重經濟損失的事件，避免執法機關權力過大；
- ◆ 取消對其他無形損失，尤其所謂「貶損處理」的規管，以糾正當局對不同創作形式、創意表達手法之錯誤歧視，以免成為意識形態的打壓工具。
- ◆ 在現有公平處理條文以外，加入類似公平使用的廣義豁免條文，讓公眾在一定的合理情況下使用版權材料可以獲得豁免，毋需等待每一個情況逐一立法；
- ◆ 補足現有漏洞，確立明確、嚴格的條文規管版權收費組織；
- ◆ 確立對開放式授權的保障，停止現行版權法向封閉式授權及向商業版權擁有人傾斜的現狀。

知識產權署必須作出有關改善，待改善後，當局再推出新的修訂，才可以使本港的版權法，真正發揮保護創意、保障創作人之效。 否則，知識產權署不時聲稱香港版權法走在世界前端，實際上卻一味向大商家傾斜，對民間的創作人非但缺乏保障更不斷出手打壓，除了符合「官商勾結」的定義外，更只會在國際開放版權的洪流中，淪為有識之士的恥笑對象；甚至成為政治落後的反映，以法例來逼迫不屬於大商家的創意工作者，扼殺他們表達不同意見、思想的自由與空間。

二次創作權關注組

2011年7月23日

(由召集人於立法會會議廳中宣讀)