

香港特別行政區政府
商務及經濟發展局
工商及旅遊科



COMMERCE, INDUSTRY AND TOURISM BRANCH
COMMERCE AND ECONOMIC
DEVELOPMENT BUREAU
GOVERNMENT OF THE HONG KONG
SPECIAL ADMINISTRATIVE REGION

香港添馬添美道二號
政府總部西翼二十三樓

LEVEL 23, WEST WING
CENTRAL GOVERNMENT OFFICES
2 TIM MEI AVENUE
TAMAR, HONG KONG

(譯文)

來函檔號： LS/B/21/10-11
本局檔號： CITB 07/09/17

電話號碼： 2810 2862
傳真號碼： 2147 3065

香港中區
立法會道 1 號
立法會綜合大樓
立法會秘書處
法律事務部
助理法律顧問
鄭潔儀女士

(傳真號碼： 2877 5029)

鄭女士：

《 2011 年版權(修訂)條例草案 》

今年一月十一日來函收悉。有關該函就《 2011 年版權(修訂)條例草案 》第 41 至 80 條提出的問題，當局的回覆詳見附件。

商務及經濟發展局局長
(蘇貝茜代行)

副本送： 法律顧問
總議會秘書(1)3

二零一二年三月十五日

《2011年版權(修訂)條例草案》(條例草案)

新訂第 65A 條

來函第 2(a)項

- (a) 為了更便捷地在電子網絡傳送網上內容，聯線服務提供者會進行通常稱為“快取”的處理。第 65A 條對這項技術過程訂定版權豁免。
- (b) 舉個一般例子，許多服務提供者為節省用戶經常瀏覽的網上內容所佔用的頻寬，會以自動及技術過程將互聯網用戶獲取的網上內容暫時儲存在代理伺服器上，以便同一用戶或其他用戶再要求取得相同內容時，可以快速檢取有關資料。這個過程一般涉及以“自動技術過程”複製和儲存臨時複製品。

來函第 2(b)點

第 65A(1)(b)條明確規定，科技過程本身不得改動有關版權作品，亦不得干擾合法使用科技以取得該作品的使用情況的數據。換言之，應用科技過程不得影響有關版權作品，亦不得影響合法使用科技以取得該作品的使用情況的數據。

來函第 3 點

- (a) 一般而言，新訂第 65A 條建議的允許作為，僅包括製作及儲存版權作品的臨時複製品。
- (b) 製作及儲存複製品是否屬暫時性，須根據每宗個案的情況而判斷。而考慮有關問題時，其中一項相關因素是行業常規。科技一日千里，為了保持靈活性，條例草案沒有就何謂“臨時”設定明確的時限。
- (c) “臨時”一詞必然表明製作或儲存的複製品會在一段有限的時間內消失、被刪除或銷毀。因此新訂第 65A 條的版權例外情況肯定不涵蓋永久複製品。

- (d) 海外一些普通法司法管轄區，特別是澳洲、新加坡及英國，其版權法亦為製作版權作品的臨時複製品，訂明有條件的版權例外情況。¹ 雖然這些海外國家的版權例外情況所涵蓋的範圍，與新訂第 65A 條所訂的不盡相同，但我們未發現海外法例有任何條文以明確的時限界定“臨時”一詞。就此而言，我們不擬在條例草案進一步訂明何謂“臨時”，做法與海外國家一致。

來函第 4 項

- (a) 在新訂第 65A(1)(d)條中，“合理的行業常規”一詞須按一般涵義解釋，意指某行業從業員通常採用的任何合理做法。法院在裁定某個做法是否屬“獲接受的行業常規”時，會考慮該做法是否獲得該行業一般從業員廣泛認同、接受及採用，並已成為常規或標準做法。
- (b) 如服務提供者在有關侵權的訴訟中援引新訂第 65A 條，他有舉證責任，證明自己已妥為遵從所有訂明條件，包括已根據第(1)(d)款的規定，按照合理的行業常規更新數據庫。

新訂第 76A 條

來函第 6 項

- (a) 根據現行版權法例，未獲授權而複製版權作品，是受版權限制的作為。新訂第 76A(1)條規定，如符合該條訂明的條件，製作聲音紀錄複製品供私人 and 家居使用，可獲得版權豁免。
- (b) 在第 76A 條加入第(2)款，目的是使條文更加清晰明確。為免生疑問，第(2)款實際上規定，如未能符合該款訂明的若干條件，原本根據第(1)款合法製作的私人複製品會被視為侵權。

¹ 例如澳洲《1968 年版權法令》第 43A 及 43B 條、新加坡《版權法令》第 38A 及 107E 條，以及英國《1988 年版權、設計及專利法令》第 28A 條。

來函第 7 項

- (a) 正如我們在二零一二年二月十七日的覆函第 2 項所解釋，現行《版權條例》有一些版權豁免條文(例如第 30、79、80、118(1)及 120(1)條)，都同樣訂明“私人和家居使用”是獲得豁免的條件。當局擬採用相同的條件，規限新訂第 76A(1)條的建議版權豁免。
- (b) 《版權條例》沒有界定何謂“私人和家居使用”，因此該詞須按一般涵義理解。
- (c) “私人使用”一詞意指只供個人使用。因此公開播放聲音紀錄複製品，顯然不在建議版權豁免的涵蓋範圍內。
- (d) 至於“家居使用”一詞，我們已在二零一二年二月十七日的覆函第 2(c)項述明，該詞指只與家居或家庭生活有關的使用。換言之，複製品只可作非商業用途，而不可為任何貿易或業務目的，或在任何貿易或業務過程中使用。

來函第 8 項

- (a) 在新訂第 76A(1)(b)條中，“[原件]擁有人居住的住戶中的成員”泛指與擁有人住在同一屋簷下的人。
- (b) 某人是否“住戶中的成員”，須根據每宗個案的情況而判斷。就此而言，住在同一屋簷下的家庭成員固然是同一住戶中的成員，但某人的住戶中的成員卻不一定是該人的直系家庭成員。另一方面，有關物業的佔用者不一定被視作“住戶中的成員”。
- (c) 我們在二零一二年一月十二日法案委員會會議上口頭回覆劉慧卿議員提出的問題時，闡釋了“劏房”、“宿舍”和“小型宿舍”而言，何謂“住戶中的成員”。下文重述有關解釋，以闡明“住戶中的成員”的涵義：
 - (i) 在同一屋簷下不同及獨立的“劏房”單位居住而沒有關係的人士，一般不會被視為同一住戶中的成員。
 - (ii) 同樣，在同一宿舍內不同及獨立的房間居住的學生，不會被視為同一住戶中的成員。

(iii) 在“小型宿舍”內，數名學生共同使用單位的同一客廳、廚房及其他共用設施，猶如一個家庭般生活，可被視為同一住戶中的成員。

(d) 按上文第(c)(iii)項所述的原則推論，某人的海外親友如暫時居住在該人的單位並與該人共同使用單位內的共用設施，亦可被視為該人的住戶中的成員。

來函第 9 項

基於上述解釋，我們認為中文“住戶中的成員”一詞能準確反映“a member of the household”的涵義。

新訂第 88A 條

來函第 10 項

- (a) 在新訂第 88A 條中，“標準技術措施”的定義包含一項前提，就是版權擁有人與聯線服務提供者會共商一項或多項技術措施，以識別或保護版權作品。
- (b) 如版權擁有人和服務提供者就應用和採用某項技術措施達成明確共識，該措施即視為獲有關行業廣泛接受。在一般情況下，如某項技術措施獲主要版權擁有人和服務提供者認同，而且實際上在有關行業普遍使用，這種普遍認同和使用的情況很有可能被視為該措施獲有關行業廣泛接受，或有關行業就該措施取得大致共識。
- (c) 舉例說，“指紋識別技術”包含版權作品的獨特識別資料，該項技術已獲主要版權擁有人和服務提供者廣泛應用於使用者製作內容。由於該項技術獲廣泛使用和可免費取得²，因此或可成為用於識別和保護版權作品的“標準技術措施”。

² 根據題為“Audible Magic Broadens Reach with Free Service for UGC Websites”(二零零八年四月八日)的新聞稿，Audible Magic 為小型使用者製作內容網站提供免費的識別技術。(http://www.audiblemagic.com/new/press-releases/pr-2008-04-08.asp. 240)

來函第 11 項

- (a) 就安全港條文而言，服務提供者沒有責任實施或應用任何標準技術措施。根據新訂第 88B(2)(c)條，他們的責任僅限於被動地容許版權擁有人用使用，以及不干擾用以識別或保護版權作品的標準技術措施。這些措施實際上應由版權擁有人而非服務提供者實施及應用。
- (b) 服務提供者如聲稱，符合資格獲經修訂的條例第 IIIA 分部的保障而只需承擔有限的法律責任，則該服務提供者有責任證明自己已遵守訂明條件。在履行舉證責任時，第 88H 條所訂的推定對該服務提供者會有幫助，即在有關其法律責任的訴訟中，如該服務提供者提出可顯示自己已遵守新訂第 88B(2)條訂明條件的表面證據，則在沒有相反證據的情況下，法院須根據新訂第 88H 條推定該服務提供者已遵守新訂第 88B(2)(c)條的條件。原告人如欲推翻推定，須提出相反證據。

來函第 12 項

- (a) “大致共識”一詞須按一般涵義解釋，意指為廣泛和普遍接受的事物。
- (b) 就新訂第 88A 條“標準技術措施”的定義而言，“大致共識”指版權擁有人及服務提供者對某種科技的認可或應用達成明確及廣泛的共識。他們的意見無須一致，只要該種科技為業內廣泛接受便已足夠。
- (c) 請參閱上文就來函第 10 項的回應(b)項。

來函第 13 項

請參閱上文就來函第 11 項的回應(b)項。該項述明在關乎服務提供者的法律責任的訴訟中，服務提供者的舉證責任，以及可推翻的推定(即服務提供者已遵守新訂第 88B(2)條的訂明條件)。

來函第 14 項

- (a) 某項技術措施是否“按合理及一視同仁的條款”提供予任何人，實際上須根據每宗個案所有相關情況判斷。

- (b) 某項技術措施如被有關行業廣泛接受和採用，相當可能是由於該措施的使用條款是合理及一視同仁的。相反，某項技術措施如對服務提供者的成本造成不切實際的影響或對其運作構成不合理的限制，難以視該技術的使用條款為合理及一視同仁。
- (c) 為了加深公眾對安全港條文的了解，我們承諾在安全港條文實施前，進行全面的宣傳和教育活動。

來函第 17 項

- (a) 新訂第 88A 條“標準技術措施”的定義第(d)段，以“substantial(重大)”一詞形容“成本”和“負擔”，其涵義是“large in size or amount(重大的)”。
- (b) 新訂第 88B(2)(c)條提述“標準技術措施”，旨在鼓勵版權擁有人採用適當的技術解決方案，在網絡環境保護自己的作品。然而，採用這些技術解決方案，不應令服務提供者的成本有重大增加和對服務提供者的系統或網絡造成重大的負擔，以致不合理地妨礙服務提供者的日常運作。
- (c) 我們認為在實際情況下，服務提供者是否樂意使用某種特定技術，可顯示他們是否普遍認為該技術會帶來過大負擔。某種技術如被服務提供者所屬行業廣泛接受和採用，應不會被視為令服務提供者的“成本有重大增加”和對服務提供者的系統或網絡“造成重大的負擔”。

來函第 18 項

除了對來函第 17 項的回應外，我們認為新訂第 88A 條“標準技術措施”的定義第(d)段中文本反映實際情況，即服務提供者為符合新訂第 88B(2)(c)條(安全港條文的訂明條件之一)，而容許使用及不干擾版權擁有人用以識別或保護他們的作品標準技術措施，或須承擔額外成本。新訂第 88A 條的中英文本都說明，這些措施不可令成本有重大增加。

新訂第 88B 條

來函第 19 項

- (a) 《版權條例》第 107(2)條訂明，在就侵犯版權進行的訴訟中，損害賠償是原告人可得的濟助。《版權條例》第 108(2)條進一步訂明，法院可為在案件達致公正所需而判給“額外損害賠償”予原告人。此外，侵權訴訟的原告人亦可選擇要求被告交出所得利潤，以代替損害賠償(包括額外損害賠償)。
- (b) 基於上述條文，新訂第 88B(1)條“其他金錢上的補救”一詞，指根據第 108(2)條判給的“額外損害賠償”或被告人交出的所得利潤。

來函第 20 項

- (a) 新訂第 88B(2)(a)(iii)條訂明，服務提供者如“知悉某些事實或情況，而該等事實或情況無可避免地令人得出該項侵犯已[在服務提供者的服務平台上]發生的結論”，他可在切實可行範圍內，盡快採取合理步驟，以限制或遏止有關侵犯版權行為，以合資格根據第 88B(1)條而只須負上有限法律責任。澳洲、新加坡和美國的相應版權法例，亦有類似條文。
- (b) 第 88B(2)(a)(iii)條的原意，是採用“紅旗”測試。該測試包含主觀和客觀元素，分為以下兩個步驟：
 - (i) 判斷服務提供者主觀上知悉的事實或情況(即主觀實際知識)；以及
 - (ii) 客觀評估一般合理的人如知悉有關事實或情況或有上述實際知識，是否會無可避免地得出某項侵犯已在服務提供者的服務平台上發生的結論。
- (c) 請參閱上文就來函第 11 項的回應(b)項。該項述明在關乎服務提供者的法律責任的訴訟中，服務提供者的舉證責任，以及可推翻的推定(即服務提供者已遵守新訂第 88B(2)條的訂明條件)。

來函第 21 項

- (a) 新訂第 88B(4)(a)(i)和(4)(a)(iii)條分別有“行業常規”和“獲接受的行業常規”的字眼，這兩個詞語應以一般涵義理解。
- (b) “行業常規”意指該行業的成員通常採用的做法。法院在裁定某個做法是否屬“獲接受的行業常規”時，會考慮該做法是否獲得該行業內一般從業員廣泛認同、接受及採用，並已成為常規或標準做法。

來函第 22 項

請參閱上文就來函第 11 項的回應(b)項。該項述明在關乎服務提供者的法律責任的訴訟中，服務提供者的舉證責任，以及可推翻的推定(即服務提供者已遵守新訂第 88B(2)條的訂明條件)。

新訂第 88C 條

來函第 23 項

- (a) 我們並未發現香港法律有任何例子，明確規定通知須以書面作出、由指定人士簽署和以電子方式提供。
- (b) 第 88C(2)條旨在確保指稱侵權的投訴以書面形式提交，而且書面投訴的內容由投訴人妥為確認和認可。

來函第 24 項

為確保投訴人提供具體明確的資料，證明指稱侵犯版權的投訴，我們會提出委員會審議階段修正案，建議修訂第 88C(3)(b)條，刪除“屬一個有代表性的數量”的字眼，改為要求投訴人提供能實質識別每項指稱被侵犯版權的版權作品的詳細資料。

來函第 27 項

- (a) 根據新訂第 88C(4)條，不符合第 88C(2)及 88C(3)條的指稱侵權通知(即無效的通知)，就第 88B(2)(a)條而言，不具有效力。換言之，服務提供者不會因收到無效的通知而視作已收到指稱侵權通知；或知悉該項侵犯已發生；或知悉某些事實或情況，而該等事實或情況無可避免地令人得出該項侵犯已發生的結論。因此，服務提供者沒有責任處理無效的通知。在任何情況下，服務提供者可自行決定是否遵從安全港條文。
- (b) 儘管如此，如服務提供者收到的指稱侵權通知有不足之處，但認為不足之處屬輕微或技術上的缺失，不會對投訴的真實性和實質內容造成負面影響，他仍可選擇真誠地處理該通知，並採取任何其他所需的步驟，以根據新訂第 88B(1)及 88G(1)或(3)條(視乎情況而定)獲得法律保護和豁免法律責任。
- (c) 我們會提出委員會審議階段修正案，建議准許服務提供者指明指稱侵權通知的格式，以提高它們處理該等通知程序的效率。

新訂第 88D 條

來函第 28 項

請參閱上文就來函第 20 項的回應。

新訂第 88F 條

來函第 30 項

- (a) 在民事法律程序中，版權擁有人得到的損害賠償，一般屬補償性質。在侵權訴訟中，如原告人尋求損害賠償，須確立(i)他蒙受若干實際損害；(ii)有關損害確實由被告人的侵權行為導致；以及(iii)有關損害可預見，而非太出人意外。

- (b) 如將新訂第 88F(1)條與新訂第 88F(2)條一併理解，會發覺與上文(a)項所述的一般原則一致。如要證明被告人有責任作出損害賠償，原告人須確立被告人作出的虛假陳述，已導致原告人蒙受實際及可預見的損害。如原告人蒙受(i)可預見但並非實際的損害，或(ii)實際但不可預見的損害，則不可追討損害賠償。

新訂第 88H 條

來函第 31 項

請參閱上文就來函第 20 項的回應。

來函第 32 項

請參閱上文就來函第 11 項的回應(b)項。該項述明在關乎服務提供者的法律責任的訴訟中，服務提供者的舉證責任，以及可推翻的推定(即服務提供者已遵守安全港條文的訂明條件)。

新訂第 88I 條

來函第 33 項

- (a) 商務及經濟發展局局長被賦予權力，修改根據第 88I(1)條公布的整套《實務守則》或其任何部分。該修改方式須與局長刊登守則的權力相符。該條文實已包括賦予局長權力在修改《實務守則》時加入過渡性條文。這些過渡性條文是守則的一部分，在過渡期間就安全港條文為服務提供者提供實務指引。
- (b) 為了澄清上述法律規定，我們會提出委員會審議階段修正案，建議修訂新訂第 88I(3)條，訂明在條例中凡提述《實務守則》，須解釋為包括提述經如此修改的守則。

來函第 34 項

- (a) 由於《實務守則》並非附屬法例(新訂第 88I(4)條)，經商務及經濟發展局局長修改並載有過渡性條文安排的守則並非法定文書，無須根據《釋義及通則條例》(第 1 章)呈交立法會審議。

- (b) 正如我們在二零一二年二月十七日委員會會議上解釋，我們實施任何經修改的《實務守則》前，會諮詢立法會工商事務委員會及各持份者。

來函第 35 項

商務及經濟發展局局長根據新訂第 88I(3)條修改《實務守則》時，會徵詢各持份者，考慮是否有需要在經修改的《實務守則》內訂定過渡性安排。如認為有需要，便會對《實務守則》作出相應修改，以包含過渡性條文。由於跟從《實務守則》純屬自願，服務提供者可自行決定是否實施修改後的《實務守則》所訂明的做法和程序。

新訂第 118(2AA)及(8C)條

來函第 37 及 38 項

- (a) 我們現擬提出委員會審議階段修正案，建議修訂新訂第 118(2AA)及第 118(8C)條，以釐清分別訂於現行第 118(1)(g)條和新訂第 118(8B)條的損害性分發和傳播罪行的涵蓋範圍。正如立法會 CB(1)1180/11-12(01)號文件所述，雖然建議的委員會審議階段修正案不會改變現狀，法院在審裁時仍可考慮所有相關情況，但修正案亦會強調法院在裁定是否有人干犯損害性分發／傳播罪行時，須考慮版權擁有人是否蒙受超乎輕微的經濟損害。
- (b) 為進一步協助法院裁定版權擁有人是否蒙受超乎輕微的經濟損害，我們亦建議增訂以下因素供法院考慮：(i)作品的性質，包括其商業價值(如有的話)；(ii)傳播的方式及規模；以及(iii)侵權複製品是否構成該作品的替代品。這些建議因素既非盡列無遺，亦無意約束法院審案時考慮與案件相關的其他因素及決定各因素比重的酌情權。

新訂第 229(3A)條

來函第 39 項

請參閱上文就來函第 7 項的回應。

新訂第 245(1A)及 245A 條

來函第 41 至 42 項

來函就新訂第 245(1A)及 245A(2)條提問，基本上與二零一一年十二月十二日來函關於新訂第 45(1A)及(4)條的問題相同。一如我們在二零一二年二月十七日的覆函所述，我們同樣認為，新訂第 245(1A)及 245A(2)條中“without infringing the rights conferred by this Part”的字眼，如按文意理解，明確是指有關允許作為的法律後果，不會被詮釋為作出該等作為的先決條件。

新訂第 252A 條

來函第 43 項

為確保新訂第 252A(1)(f)條和新訂第 65A(1)(f)條的中文本與英文本一致，我們會提出委員會審議階段修正案，修訂兩條條文的英文本，以“in the event that”取代“when”一字。