

《2011年版權(修訂)條例草案》委員會

版權與表達自由

目的

在二零一一年七月五日上述委員會的會議上，委員要求政府當局進一步闡釋《2011年版權(修訂)條例草案》(“條例草案”)中有關專有傳播權利及相應的刑事罰則的條文符合維護表達自由的人權條款的說法。本文件提供委員要求的資料。

一般法律原則

版權

2. 版權作為財產權之一，不僅受一般香港法律確認和保護，而且依據《基本法》，香港有憲法責任保護財產權(包括版權)。《基本法》第6條訂明，“香港特別行政區依法保護私有財產權”；《基本法》第105條訂明，“香港特別行政區依法保護私人 and 法人財產的取得、使用、處置和繼承的權利……”。此外，《基本法》第140條特別要求政府“以法律保護作者在文學藝術創作中所獲得的成果和合法權益”。

3. 在國際層面，香港在多項適用於本港的國際版權公約¹下均有保護版權的義務。此外，《經濟、社會與文化權利的國際公約》第15(1)條亦確認知識產權(包括版權)的重要性，並訂明“本公約締約國確認人人有權……(寅)對其本人之任何科學、文學或藝術作品所獲得之精神與物質利益，享受保護之惠……”。《世界人權宣言》第27(2)條亦載有類似條文。²

表達自由

4. 另一方面，表達自由受《基本法》第27條和《香港人權法案》(人權法案)第16條保障。《基本法》第27條訂明，“香港居民享有言論、新聞、出版的自由，結社、集會、遊行、示威的自由，組織和參加工會、罷工的權利和自由”。人權法案第16(2)條訂明，“人人有發表自由之權利；此種權利包括以語言、文字或出版物、藝術或自己選擇之其他方式，不分國界，尋求、接受及傳播各種消息及思想之自由”。

¹ 這些條約包括《伯爾尼公約》、《國際版權公約》、世界貿易組織的《與貿易有關的知識產權協議》、《世界知識產權組織版權條約》及《世界知識產權組織表演和錄音製品條約》。

² 《世界人權宣言》第27(2)條訂明“人人對由於他所創作的任何科學、文學或美術作品而產生的精神的和物質的利益，有享受保護的權利。”

5. 表達自由讓人可以自由表達意見和傳遞信息。然而，英國上訴法院在 *Ashdown 訴 Telegraph Group Ltd.*³ 一案中亦曾說，“假定表達自由可延伸至有權使用別人創作的字句來傳達意念和信息，是對表達自由的概念過寬的理解”，而“表達自由通常不應附帶隨意使用另一人的作品的權利。”

6. 另一方面，版權並不授予任何人使用意念或資料的壟斷權。版權只保障作者在表達意念和發布資料時所採用的表現形式。換言之，使用某版權作品背後的意念或資料，不受版權法限制。因此，上訴法院在 *Ashdown* 一案中裁定，版權限制“通常不會對表達自由構成重大侵犯”，以及“在大多數情況下，只要享有刊登另一人的文學作品內載的資料和意念的權利，縱然並非複製該人在傳達信息或表達意念時所用的字眼，表達自由的原則亦可充分獲得保障”⁴。

7. 此外，人權法案第 16(3)條對表達自由施加約制，確認行使該權利“附有特別責任及義務”，以及這項權利可能須受法律條文限制，只要該等限制是為達致若干特定目的(包括“尊重他人權利或名譽”)而須制訂。因此，版權保護亦可構成限制表達自由的合理理由。

8. 事實上，一般而言，版權法在支援行使表達自由權利方面，可以發揮三種功能。第一，提供經濟誘因和法律保護，獎勵藝術和科學創作。第二，為創作人提供收入，使他們無須依賴政府或其他形式的政治資助而可以獨立生存。第三，創作新的版權作品可以令公眾議題更豐富，並鼓勵知識的傳播。⁵

³ [2002] R.P.C. 5，根據 Lord Philips M.R.的判辭第 31 和 46 段。

⁴ [2002] R.P.C. 5，根據 Lord Philips M.R.的判辭第 31 和 39 段。上訴法院亦認為，“儘管《版權法令》有明訂的例外情況，表達自由權利與《版權法令》賦予的保障有可能在罕見的情況下互相抵觸。”在這樣的情況下，“法院必須在能力範圍內以照顧表達自由權利的方式應用《版權法令》。雖然“這樣會使法院有需要仔細研究個別個案的事實(實際上，凡以“例外情況”提出抗辯，法院亦必須這樣做)”，但上訴法院“預期此舉不會引致大量訴訟”(參閱判辭第 45 段)。

⁵ N.W. Nethanel: < Is copyright the “engine of free expression”? >，載於《*Copyright's Paradox*》(牛津大學出版社，2008 年)。

維持合理平衡

9. 根據既定法律，法庭在判斷對基本權利(包括表達自由)作出的限制是否合法時，會引用“相稱性”的驗證標準⁶。就本課題而言，受影響的權利不僅是表達自由；同時亦涉及版權擁有人的合法權利和權益。由於涉及互相抵觸的權利，當局須在保護版權與欲使用或傳播版權作品人士的表達自由之間，取得合理平衡。法庭在判斷如何在保護版權與版權作品使用者和傳播人的表達自由之間取得合理平衡時，會適切衡量立法機關的觀點。

條例草案的條文

10. 《版權條例》(第 528 章)(條例)對上一次修訂是在二零零九年。條例中相關部分的整體結構如下：

- (a) 界定版權擁有人在受版權限制的作為方面可享的*專有權利* – 條例第 II 部第 I 及第 II 分部；
- (b) 訂明某些符合公眾利益的*版權限制例外情況*(或*允許作為*)，使在某些情況下作出的受版權限制作為不會構成可提起訴訟的侵權作為，藉以規限版權擁有人獲授予的專有權利 – 條例第 II 部第 III 分部；
- (c) 訂明*補救措施*，讓權利擁有人和政府可通過民事及刑事法律程序強制執行版權 – 條例第 II 部第 VI 分部。

11. 由上述整體結構可見，條例的條文力求在保護版權與容許某些作為(即那些如無豁免，即屬侵權的行為)之間取得平衡，以便符合更廣大的公眾利益，包括保障版權作品使用者或傳播人的表達自由。以現行的條例作為基礎，我們在下文列出與新增的專有傳播權利及相應的刑事罰則有關，而對表達自由又或許會有影響的修訂。

⁶ 對表達自由施加的限制，應與某指明目的(就本課題而言，即保護版權擁有人的權利)有合理關連，而且不超越為達致該目而需要的限制。相關例子見香港特區 *訴 吳恭劭案*[1999] HKCFA 10。

專有傳播權利

12. 條例草案建議為版權擁有人引入專有權利，使他們可以通過任何電子傳送模式向公眾傳播其作品(“傳播權利”)。⁷ 應注意的是，現行條例已經確認版權擁有人享有專有權利以若干指定電子傳送模式發布作品，包括“廣播”版權作品的權利、把作品包括在“有線傳播節目服務”內的權利，或藉有線或無線的方式(包括通過互聯網)向公眾“提供”作品的權利(見第 22 條)。

13. 在提出民事申索時，版權擁有人須證明有關的未獲授權作為侵犯了他的權利，而該作為是透過法例訂明的一種或多種模式作出的。鑑於傳播內容的新模式和科技發展一日千里，我們認同應以更前瞻的取態制訂科技中立的版權法例。這會有助於版權擁有人在數碼環境中利用他們的作品，而且能促進數碼內容的開發和數碼傳送科技的發展。引入可涵蓋未來電子傳輸技術發展的科技中立權利，有助在數碼環境中為版權提供足夠的保護；亦可減少每當新數碼技術出現就需要修訂《版權條例》的情況。

14. 應注意的是，《世界知識產權組織版權條約》(日內瓦，一九九六年)(“世界版權條約”)第 8 條亦明確訂明，文學和藝術作品的作者應“享有專有權，以授權將其作品以有線或無線方式向公眾傳播，包括將其作品向公眾提供，使公眾中的成員在其個人選定的地點和時間可獲得這些作品”。⁸ 在條例草案內增訂傳播權利，符合香港履行保障這項特定權利的國際義務。其他屬世界版權條約締約成員的普通法司法管轄區，亦同樣在各自的版權法中訂立傳播權利(包括澳洲(二零零一年)、新西蘭(二零零八年)、新加坡(二零零五年)和英國(二零零三年))，以確保他們的法例能跟上資訊科技發展的步伐。相關條文的摘錄載於附件 A，顯示條文內的定義與條例草案採納的定義相類似。據我們所知，這些地區沒有任何判定案例，顯示另行訂立傳播權利與人權(包括表達自由)不符。事實上，世界版權條約的序言承認有必要按《伯爾尼公約》所反映的理念，包括“在作者的權利與廣大公眾的利益(尤其是教育、研究和獲得信息的利益)”兩者之間維持平衡。

⁷ 條例草案第 9(3)及 13 條下新訂的第 22(1)(fa)及 28A 條。

⁸ 這條約(載於 http://www.wipo.int/treaties/en/ip/wct/trtdocs_wo033.html)由二零零八年十月一日起適用於香港。

版權豁免

15. 同時，我們考慮過增訂傳播權利的影響及相關海外經驗後，建議在條例草案內加入經修訂和新增的版權例外情況。與條例的現有條文比較，該等版權例外情況整體上旨在為個人用戶、教育界及圖書館／檔案室／博物館提供更大彈性，使用數碼技術推動研習及研究、教學及接受教學、保存珍貴作品，以及發布資訊和知識，從而促進社會資訊自由流通和表達自由。詳情如下：

- (a) 第 38 條(研究及私人研習)：這條文維持不變，即為研究或私人研習而公平處理任何作品，不屬侵犯該等作品的任何版權；
- (b) 第 39 條(批評、評論及新聞報道)：條例保留為批評和評論而公平處理作品的例外情況，以保障表達自由。雖然條例草案建議規定公平處理訂定的例外情況只適用於已向公眾發行或傳播的作品⁹，但建議吻合英國在二零零三年對《1988 年版權、設計及專利法令》第 30 條(《版權條例》第 39 條以此條文為藍本)作出的修訂。事實上，即使根據現行法例，評論或批評未發表的作品也不大可能被視作公平處理而符合版權例外情況¹⁰。亦須注意的是，這項修訂建議不適用於新聞報道。為新聞報道而使用版權作品(即使是未發表的作品)，仍可屬關乎公平處理的例外情況。在這

⁹ 某些案例提出，法庭應靈活詮釋第 39(1)條訂明的批評及評論概念(例如 *Pro Sieben Media v Carlton UK Television Ltd.* [1999] 1 WLR 05.614 (CA)和 *CCH Canadian Ltd. v Law Society of Upper Canada* [2002] 1 SCR 339, 2004 SCC 13 等案)。法庭曾裁定，“批評或評論不一定限於批評或評論該作品的文學風格或價值，亦可包括其他方面，例如該作品闡述的學說或理念……或該作品闡述的意念和事件……”等範圍，以及“批評或評論的對象既可以是被複製的原作品，亦可以是另一作品……”。

¹⁰ 在 *British Oxygen Co. Ltd v Liquid Air Ltd* [1925] Ch 383 一案中，Romer 法官認為批評、評論或報章摘要報道未發表的文學作品，不屬“公平處理”。英國上訴法院(鄧寧勳爵(Lord Denning MR))將這尺度放寬，在 *Hubbard v Vosper* [1972] 2 WLR 389 一案中裁定，如作品雖然未正式“發表”，但已廣泛流傳，則容許摘錄作品的內容並加以批評，可視作“公平處理”。自 *Hubbard v Vosper* 一案起，其後的個案一般把未發表材料的公平處理，限於已廣泛流傳的作品——見 Patrick Masiyakurima, 〈Fair Dealing and Freedom of Expression〉，載於《*Copyright and Human Rights – Freedom of Expression – Intellectual Property – Privacy*》(Paul Torremans 編輯)，Kluwer Law International (2004)。第 39 條有關公平處理的例外情況的建議修訂，並不阻止將例外情況應用於未發表但已向公眾適當發行或傳播的版權作品，只要使用作品在有關情況下屬公平使用。

情況下，我們不認為有關修訂會嚴重限制表達自由；

- (c) 第 41A 至 45 條：除了對第 41A 至 45 條作出的若干技術修訂外，建議修訂第 44 和 45 條會擴大例外情況，以切合遙距學習的需要；以及
- (d) 第 46 至 53 條：相關條文已擴大至包括博物館和更多的版權作品類別。連同建議增訂的第 51A 和 52A 條，有關建議均旨在利便圖書館、檔案室和博物館的日常運作，以保存珍貴作品和知識，以及促進學習和研究。

補救措施

16. 為有效保護傳播權利，條例草案不但訂明民事補救措施，還訂定相應的刑事罰則，懲處在下列情況下未獲授權而向公眾傳播版權作品的人：有關作為在業務過程中為牟利或報酬作出；或傳播版權作品達到損害版權擁有人的權利的程度。建議的刑責與現有第 118(1)(e)及 118(1)(g)條中懲處未獲授權分發版權作品的刑責門檻大致相同(附件 B)。香港特別行政區 *訴陳乃明*¹¹一案裁定，在互聯網上未獲授權分發侵權複製品，而“達到損害版權擁有人的權利的程度”，是受制於現行的刑事罰則。因此，有人指條例草案把目前不存在的規則擴展至互聯網的說法，純屬誤解。條例草案界定盜版活動的刑事法律責任和民事法律責任時，所採用的準則與現時的標準相同。

17. 有關條款與其他普通法司法管轄區比較，並非獨特。澳洲和英國均就未獲授權傳播版權作品“達到損害版權擁有人的權利的程度”，增訂類似的相應刑事罰則(附件 C)。據我們所知，這些地區沒有任何裁定有關刑事罰則不符合人權(包括表達自由)的判定案例。

¹¹ [2005] 4 HKLRD 142 (屯門裁判法院的裁決理由)；[2007] 1 HKLRD 95 (高等法院原訟法庭對不服定罪及判刑的上訴的判案書)；以及[2007] 2 HKLRD 489 (終審法院對不服定罪的上訴的判案書)。

18. 同時，為提高法律確定性起見，條例草案更列出法庭在衡量何謂“達到損害版權擁有人的權利的程度”時可考慮的其中一些因素，以便施行第 118(1)(g)及(8B)(b)條下有關現有和建議罪行的條文。這些因素如下：

- (a) 有關作為的目的；
- (b) 該版權作品的性質，包括其商業價值；
- (c) 就該作品的整體而言，被侵權的部分所佔的數量及實質分量；
- (d) 分發／傳播的方式；以及
- (e) 該項作為對版權擁有人所造成的經濟損害，包括該項作為對該作品的潛在市場或價值的影響。¹²

19. 上述因素是在參考本港、英國和澳洲相關案例後而擬備的。建議列出的各項因素，均根據本地和海外涉及大規模侵犯版權的案例中所適用的原則歸納而成。委員可參考題為《在香港及海外司法管轄區的刑事侵犯版權案件中“損害”一詞的涵義》的政府文件，留意當中有關此等司法管轄區相關判例的討論。把上述各項因素納入條例，將有助我們達到重點打擊大規模盜版活動的政策目標。

20. 我們在二零一一年六月向立法會提交條例草案後，有評論指稱條例草案旨在把在互聯網上發布戲仿作品的行為“刑事化”，以扼殺表達自由。我們相信，這是源於對條例草案的目的及涵蓋範圍有所誤解所致。事實上，條例草案並無改動現行用於釐定某項在互聯網上發布的戲仿作品是否侵權的法律原則。就此而論，現時不構成侵權的戲仿作品，根據條例草案的條文亦不會構成侵權。再者，如非為牟利而在互聯網上發布某項戲仿作品，而有關作品沒有損害版權擁有人的權利，該行為無論在現行條例或條例草案下皆不構成刑事罪行。有關詳情，請委員參閱題為《戲仿作品》的政府文件。

¹² 見條例草案第 51 條下第 118(2AA)及 118(8C)條。

條例的其他保障

21. 最後，條例第 192(3)條亦再確認，法庭擁有基於公眾利益而阻止或限制強制執行版權的司法管轄權。¹³

總結

22. 儘管表達自由是重要的基本權利，但版權也受憲法保護。此外，版權亦有助支援行使表達自由的權利。政府當局在考慮建議修訂的目的、性質及涵蓋範圍，以及條例第 192(3)條的條文後，認為對條例作出有關修訂後，仍能在版權擁有人的權益與版權作品使用者和傳播人的表達自由之間，維持合理平衡。法庭會仔細考慮立法機關的意見，務求在版權擁有人的權利與其他人的表達自由之間，取得合理平衡。

23. 請委員細閱本文載述的資料。

商務及經濟發展局
知識產權署
律政司
二零一一年十月

¹³ 《版權條例》第 192(3)條：“本部並不影響任何基於公眾利益或其他理由而阻止或限制強制執行版權的法律規則。”

香港-條例草案第 13 條建議新增的第 28A(2)條

在本部中，凡提述向公眾傳播某項作品，即提述向公眾以電子傳播該作品，包括—

- (a) 將該作品廣播；
- (b) 將該作品包括在有線傳播節目服務內；及
- (c) 向公眾提供該作品。

澳洲-《1968 年版權法令》第 10 條

“**傳播**”(communicate)指在線上提供或以電子方式傳送(不論是通過由實體物質或其他物質提供的一個路徑或多個路徑組合傳送)某項作品或其他物品，包括本法令所指的表演或現場表演。

新西蘭-《1994 年版權法令》第 2 條

傳播(communicate)指藉通訊科技(包括採用電訊系統或電子檢索系統)傳送或提供某項作品，而**傳播**(communication)具相應涵義。

新加坡-《版權法令》第 7 條

“**傳播**”(communicate)指藉電子方法傳送(不論是通過由實體物質或藉無線方式或其他方式提供的一個路徑或多個路徑組合傳送)某項作品或其他物品，不論是否應要求而發送，並包括—

- (a) 將作品或其他物品廣播；
- (b) 將作品或其他物品包括在有線傳播節目內；以及
- (c) (在網絡或其他地方)提供作品或其他物品，而提供的方式使任何人可於其選擇的地點及時間接達該作品或物品，

而“**傳播**”(communication)具相應涵義。

英國－《1988年版權、設計及專利法令》第20(2)條

在本部中，凡提述向公眾傳播，即提述以電子傳送方式向公眾傳播，而就某項作品而言，包括—

- (a) 將該作品廣播；
- (b) 以電子傳送方式向公眾提供該作品，而提供的方式使公眾人士可於其各自選擇的地點及時間接達該作品。

註：本附件只比較相關版權法例中“傳播”一詞的一般定義，並無考究個別法例中豁除有關“傳播”的條文。

《 版權條例 》的現行和建議刑事制裁

現有罪行	建議罪行
<p>現行第 118(1)條— 任何人如未獲版權作品(“該作品”)的版權擁有人的特許而作出以下作為，即屬犯罪— ... (e)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或在任何該等貿易或業務的過程中，...分發該作品的侵犯版權複製品； ... (g)分發該作品的侵犯版權複製品(但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。</p>	<p>建議新訂第 118(8B)條— 任何人作出以下行為，即屬犯罪— (a)在未獲某版權作品的版權擁有人的特許的情況下，為任何包含為牟利或報酬而向公眾傳播作品的貿易或業務的目的，或在任何該等貿易或業務的過程中，向公眾傳播該作品；或 (b)在未獲某版權作品的版權擁有人的特許的情況下，向公眾傳播該作品(但並非為任何包含為牟利或報酬而向公眾傳播作品的貿易或業務的目的，亦並非在該等貿易或業務的過程中傳播)，達到損害版權擁有人的權利的程度。</p>

澳洲

《1968 年版權法令》第 132AI 條

(1) 任何人作出以下行為，即屬犯罪：

- (a) 分發¹[侵權]物品，意圖：
 - (i) 進行交易；或
 - (ii) 獲取商業利益或利潤……

(2) 任何人作出以下行為，即屬犯罪：

- (a) 分發¹物品；而
- (b) 該物品是一項作品或其他物品的侵權複製品；以及
- (c) 在分發時，該作品或其他物品的版權仍然存在；以及
- (d) 分發達到損害版權擁有人的權利的程度。

英國

《1988 年版權、設計及專利法令》第 107(2A)條

任何人如以下列方式侵犯作品的版權，而知道或有理由相信這樣做侵犯該作品的版權，即屬犯罪：

- (a) 在業務過程中向公眾傳播作品；或
- (b) 在業務過程以外向公眾傳播作品而達到損害版權擁有人權利的程度。

¹ 根據該法第 132AA 條，就第 132AI 條所訂的損害性分發罪行而言，“分發”一詞的涵義包括以傳播方式分發。