

Treatment of Parody

Main Topic

LK CHEUNG/CITB/HKSARG

03/12/2013 15:20

Subject: S1233_麥天豪
Category:

Originator	Reviewers	Review Options	
LK CHEUNG/CITB/HKSARG		Type of review:	One reviewer at a time
		Time Limit Options:	No time limit for each review
		Notify originator after:	final reviewer

就《在版權制度下處理戲仿作品的公眾諮詢》的意見書

to: co_consultation@cedb.gov.hk

15/11/2013 19:44

From:

To: co_consultation@cedb.gov.hk

致商務及經濟發展局工商及旅遊科第三部：

以下內容是意見書，每段前的數字只是方便分段。

麥天豪上

01 主旨：

- 政府的諮詢議題是戲仿而不是二次創作，並沒有反映在 2011 年主流反對聲音的訴求。
- 戲仿、諷刺、滑稽、模仿的方式有獨特性，應予以版權豁免和精神權利豁免
- 不應為戲仿、諷刺、滑稽、模仿及「公平」設立法定指標
- 刑法不應擾民
- 意境或脈絡的轉化不是盜版
- 下架及中斷服務機制不應擾民
- 保留公眾記憶
- 應為廣義的轉化性使用／處理給予版權豁免
- 支持版權及二次創作關注聯盟的「第四方案」，設立 User Generated Content（以稱 UGC）版權豁免
 - 即是支持方案三，另外再加上 UGC 方案以補救第三方案是斬件解決的事實
- 其他技術細節

政府的諮詢議題是戲仿而不是二次創作，並沒有反映在 2011 年主流反對聲音的訴求

02 在 2011 年，政府向立法會提出修訂版權條例，因為公眾反對聲音強烈，修訂過程被中止。今年政府再就此作發表諮詢，但題目卻侷限在戲仿之內，而不是二次創作。戲仿等也是二次創作，但二次創作的範圍並不限於某幾類的文藝創作手法，因此只給予戲仿等文藝創作手法，雖然是有所進步，但是對焦並不準確。

03 以下是諮詢網頁的說法：

政府以“戲仿作品”一詞，泛指“戲仿作品”(parody)、“諷刺作品”(satire)、“滑稽作品”(caricature)或“模仿作品”(pastiche)等加入了仿效元素或包含原版權作品若干元素，以營造滑

稽或評論等效果的作品，範圍相當寬闊。

“二次創作”並非版權法學的常用概念，其實質涵蓋範圍亦難以確定。

例如有意見認為“二次創作”應包含翻譯和改編作品，又或視“二次創作”為“**derivative works**”。不過，翻譯、改編這些**derivative works**在國際版權公約及世界各地的版權法例下，已有清晰的概念，屬原作品版權人的專有權利，雖然本身可以有原創成分，但單單以此為界考慮版權豁免，未必適宜。

如僅以“二次創作”的不明確概念提供版權豁免，會令分辨是否侵犯版權的界線變得模糊，產生不明確的因素及增加版權作品被濫用的機會。

04 政府無疑已經全力搜尋各種可行的詞語去描述各類文藝的創作手法，但是這些只能算是「斬件式」的解決方案，就算是「範圍相當寬闊」也無法彌補這個提議是斬件式的事實。

05 內容指二次創作並非版權法學的常用概念，實質涵蓋範圍亦難以確定。但事實上，有需要保護二次創作，並不意味保護的涵蓋範圍就是那裡。牟利業務的「二次創作」，和單純興趣群組之間二次創作，就有本質上的不同。政府本應從這方面著手，考慮類似加拿大的 **User Generated Content Exception**。如此，政府所說的「版權作品被濫用的情況和不明確因素」就能消除。政府即使未能把「二次創作」寫成法律詞語，但一樣可以面對 2011 年的反對聲音。

戲仿、諷刺、滑稽、模仿的方式有獨特性，應予以版權豁免和精神權利豁免

06 戲仿(parody)、諷刺(satire)、滑稽(caricature)和模仿(pastiche)都是公認的文藝創作手法。版權制度不承認這些文藝手法的創造性，就等於以版權制度抹殺這些創作價值，違反版權推動和鼓勵更多創作的最初原意。以版權之名阻礙創作，諷刺之極。

07 這些新作的醜化對象有時是原作品，原作者，被描述者或表演人士，署名很可能對原作者不敬，反而達不到署名的原有效果。同樣，這些新創作有時醜化原作（如 **The Wind Gone Done** 及 **Gone with the Wind**），不被貶損應該在這些情況予以例外。整體而言，兩類精神權利都應該受到豁免。

不應為戲仿、諷刺、滑稽、模仿及「公平」設立法定指標

08 為戲仿(parody)、諷刺(satire)、滑稽(caricature)和模仿(pastiche)設立任何明文法定指標，只會適得其反，令它們的含意比實際的文藝領域意義為細。我認為此四詞不應設立任何明文法定指標。此四詞有固有意思，以便和其他英式法院互通案例。

09 「公平」在「公平處理」亦不需要任何法定指標。諮詢文件提出參考美國 **fair use** 的情況列出四個指標，然而我們可以考慮加拿大最高法院有關 **Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada (2004)** 的官司中，法院能自行訂立類似美國的指標。我認為只要在版權中刪去多餘的條文（如 **37(3)**條），香港的法院也能夠自行訂立公平的指標。在刪去 **37(3)**條後，法院只需要考慮公平的指標整體是否符合 **TRIPS 13** 條的要求，而不需要明文法定指標。

刑法不應擾民

10 2011年的版權修訂因應互聯網的興起而引入「向公眾傳播」(**communicate**)的詞語，然而，今日流動電話普及，在開放互聯網「**public share**」是經常發生，甚至因為手滑而向公眾訊播文字、圖案、片段或檔案。因為這部分涉及刑法和下架機制，制度應予處理以免擾民。

11 首先，當然應以法律條文顯示，刑法（特別指 **118**條）只針對盜版複製品（**pirated copy**）而不是其他大多數侵權物品（**copyright infringements**）。理論上業餘拍照亦有版權，在開放互聯網轉發「**public share**」拍照（不只是連結）理論上也能達到「商業規模」，到達損害版權擁有人的權利的程度，因為全球網民都能看見，以致符合 **118** 條的刑法條件。這條刑法只應為了打擊盜版（**TRIPS #61**條）而設，社會大眾很難想像這類 **public share** 也是盜版。此例不應擾民到連 **public share** 一般的社交相片也要管。

12 在大原則上，版權法引入「向公眾傳播」一詞時，必須兼顧「盜版」的原有情理，而且不

應干擾正常的網上社交。

13 有轉化性使用／處理都不應視作盜版，不論該轉化的形式並是不是戲仿(parody)、諷刺(satire)、滑稽(caricature)和模仿(pastiche)。

14 在「轉化性使用／處理」上，只需是脈絡上有所轉化，沒有表達方式的轉化，也應該視為不是盜版。這是針對時下流行的所謂「Cap 圖」。這一點在下段提及。

意境或脈絡的轉化不是盜版

15 參考 Pamela Samuelson 教授的意見，「轉化性使用」並不止於轉化建立新的作品，而引述原有作品公評，與及利用原有作品作出新的用途，都是轉化性使用。她的意見雖然只是針對 fair use，但亦可以參考到 fair dealing 或在判定一個未授權複製品是否盜版的情況上。

16 在流行文化中，常常都有被大眾借用的詞語，好像 Cap 圖「方丈份人好小器架」，或是 Edvard Munch 的畫像「吶喊」。原有意思已經不重要，使用者／使用群眾已經給它新的意思。這些文化借用很明顯不是盜版。

參考：

<http://www.alrc.gov.au/publications/10-transformative-use-and-quotation/transformative-use-and-fair-use>

參考：http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1323834 "Unbundling Fair Uses" by Pamela Samuelson

下架及中斷服務機制不應擾民

17 除了刑法，安全港的下架機制亦不應擾民。安全港設計需要通知當時人（notice-and-notice），始能予二次創作人抗辯。

18 安全港之所以有效，也有賴全面的版權豁免。好像方案一和方案二的情況，只有刑事豁免，為戲仿、諷刺、滑稽和模仿目的的處理就無法抗辯。

19 越來越多社會活動以網上串流（live stream）或其他網上形式出現，同樣，下架及中斷服務機制不應擾民。

保留公眾記憶

20 有些影片的存在在於引起公眾評論，它並不是獨立地存在，而是放在討論區或社交網絡一併討論。在這個情況，影片的使應該得到版權豁免，而此例子是 Pamela Samuelson 教授的「orthogonal use」或「productive use」。

參考：<http://images.plurk.com/fqJo-6vKddMglZfEWGbE7xdSasr.jpg>

（此片段有公評價值，而評論本應已是現有公平使用的一部分）

21 版權人發佈了一些有爭議的作品，卻利用版權法，使有爭議的作品難以以公眾記憶的方式保存，這是有違公眾利益的。這要說明，公眾記憶並不止於評論時事。比較同一系列作品在二十年代前後的畫風，重拾一些已經消失的虛構人物（如漢堡神偷），都是應被保護的公眾記憶。在必須使用版權物品才能體現公眾記憶的情況下，社會應該同意這一類也符合 Pamela Samuelson 教授的「orthogonal use」。

應為廣義的轉化性使用／處理給予版權豁免

22 類似 Lenz vs Universal Studio 的情況，就算實施了方案三，Lenz 在新的版權法也無法提出抗辯（counter notice），因為它根本沒有戲仿、諷刺、滑稽和模仿目的。Lenz 只好眼白白看見此片被下架。這個安排明顯是擾民。

參考：Lenz 的原片 <http://www.youtube.com/watch?v=N1KfJHFWlhQ>

23 又例如在網上串流唱生日歌而被暫停播放的情形，亦是擾民。從常理看，那是網上社交活動而不是表演。以表演侵權為由暫停網上串流，是擾民所為。

24 有見及此，制度應該給予版權豁免予廣義的轉化性使用／處理。從這樣看，2011 年的二次創作爭議亦得以回應。

支持版權及二次創作關注聯盟的「第四方案」，為 User Generated Content 設立版權豁免

25 香港並未實際「美式公平使用」（fair use）的制度，而是較為「英式」的公平處理制度。在此考慮之下，版權及二次創作關注聯盟提出的第四方案（結合第三方案和「UGC」方案）就十分可取。

26 此方案補救了第三方案未能處理廣義轉化性使用／處理的問題，而且不需要處理「二次創作」的界線。

27 雖然此方案和加拿大的條文並不相同，但我同意以下為粗略原則：

- 由個人用家為個人目的製作或使用，而不是為牟利或業務用途而產生
- 製作人相信參考的原作無侵權
- 沒有實質傷害原有作品的版權利益
- 發佈時不可取代原有作品的市場

28 若果政府認為 UGC 方案並不可取，政府仍然需要應付上段列出的問題，包括擾民，公眾記憶，廣義轉化的需要等，和方案三只是「斬件式」解決方法的問題。若果政府認為這個「廣義」並不符合 TRIPS #13 的「特定」要求，那麼，美國的 fair use 恐怕也不能符合相同的要求，因為它的轉化要求也是很廣義的，而是商業成份較低的使用中，轉化要求就更低。這是否暗示美國的 fair use 也不符合「特定」要求？

29 UGC 版權豁免不只已在加拿大推出，愛爾蘭亦打算推出類似的 UGC 版權豁免和 Innovation 版權豁免立法（Innovation 版權豁免是可以商用的，有不同的豁免條件，但原理和 UGC 一樣）。不論是加拿大，澳洲或愛爾蘭的處理方法也好，都顯示多國都注意到公平處理太過「斬件」，而二次創作本來就無法斬件地完整解決，所以這些國家才各自找出路。

其他技術細節

30 在滑稽(caricature)和模仿(pastiche)的中文翻譯上，政府應請教有關文學與藝術的學者意見。因為有些人會以中文字面意思理解法律和諮詢文件，誤以為戲仿是模仿的一類。Caricature 和 Pastiche 之所以應予受相同的豁免，主因是它們都是公認的文藝創作。如果日後因為詞語的誤解而造成損失，那並不是大眾之願。

31 有關諮詢網站上答允「只轉載連結不會干犯刑法」的講法，我希望此講法能體現在香港的法律條文上。事實是連結轉載在歐洲有若干官司仍然在審訊之中，因此，只在諮詢網站的承諾並不能造成公眾信任。

32 另外，在中文版諮詢文件（第 20 頁）提議增加的條文是：

“39A. [戲仿作品]

為 [戲仿作品] 而公平處理某一作品，不屬侵犯該作品的任何版權。”

33 這個寫法把戲仿侷限於「作品」而不是「目的」上，會產生意料之外的後果（unintended consequence）。

34 同段在英文版諮詢文件提議加增的條文是：

“39A. [Parody]

Fair dealing with a work for the purposes of [parody] does not infringe any copyright in the work.”

35 「Parody」一詞應該翻譯作「戲仿」而不是「戲仿作品」，尤如「評論」不是「評論作品」，「教育」不是「教育作品」等等。因此提議增加的中文條文應該修改為：

“39A. [戲仿]

為 [戲仿] 目的而公平處理某一作品，不屬侵犯該作品的任何版權。”

36 這和 39(2)條 的中文文本比較接近

(2) 為報導時事而公平處理某一作品，只要附有足夠的確認聲明(除第(3)款另有規定外)，不屬侵犯該作品的任何版權

37 這個差別看似細微，但和 Pamela Samuelson 教授上述比較，就知道是「transformative work」和「transformative purpose」的差別。如此比較，英文文本才是正確，而中文文本卻修窄了應有的保護範圍，例如以戲仿目的而借用圖像於脈絡不同的情況上（即 Cap 圖），那符合“(fair) dealing with a work for the purposes of parody” 但不符合 “為戲仿作品而(公平)處理某一作品” 的奇怪情況。