

## “鸟巢”维权的法律问题分析

杨茜<sup>1</sup>, 邓春林<sup>2</sup>

(1.中山大学 教育学院体育系, 广东 广州 510275; 2.广东商学院 体育部, 广东 广州 510320)

**摘 要:** 对北京奥运会主会场“鸟巢”的形象被企业盗用的法律问题进行了研究。指出“鸟巢”维权难是一个具有代表性的个案,“鸟巢”维权难的根本原因并非是缺乏维权的法律依据,而是缺乏迅速查处盗用“鸟巢”形象之行为的机制。据此,提出了保护大型盛会主会场的权益有必要借鉴肖像权保护的法理完善的相关行政法规,为工商管理等部门行政执法提供依据,并充分发挥新闻媒体的舆论监督作用的建议。

**关 键 词:** 中国国家体育场;“鸟巢”;北京奥运会;法律;权益保护

**中图分类号:** G80-05 **文献标识码:** A **文章编号:** 1006-7116(2008)11-0016-05

### Analysis of legal issues about “Bird Nest” right protection

YANG Qian<sup>1</sup>, DENG Chun-lin<sup>2</sup>

(1.School of Education, SUN Yat-sen University, Guangzhou 510275, China;

2.Department of Physical Education, Guangdong University of Business Studies, Guangzhou 510320, China)

**Abstract:** The studied legal issues about the image of “Bird Nest”, the main venue of Beijing Olympic Games, being used by enterprises in an unauthorized way, and pointed out that the difficulty of “Bird Nest” right protection is a typical case, essentially caused by the lack of a mechanism that can quickly ban behaviors of unauthorized use of the “Bird Nest” image, but not by the lack of legal criteria for right protection. Therefore, the authors put forward the following suggestions: it is necessary to refer to portrait right protection laws to perfect related administrative regulations in order to protect rights of the main venue of large gatherings; industrial and commercial departments should be provided with criteria for administrative execution; protective functions of public opinions of news media should be fully exerted.

**Key words:** State Stadium of China; “Bird Nest”; Beijing Olympic Games; law; right protection

中国国家体育场“鸟巢”是2008年北京奥运会的主会场。它是奥运工程建设中投资最多、科技含量最高、施工工艺最复杂、参加施工与协作的单位最多的工程。“鸟巢”创下了全世界跨度最大的钢结构建筑记录,同时也谱写了我国一个又一个自主知识产权创新的奇迹。然而,“鸟巢”汇聚了全世界目光的同时,也引起了不少商家和企业的“关爱”。包括知名的安利公司在内的一些公司和企业,未经许可将“鸟巢”作为广告背景。然而,面对媒体的谴责和“鸟巢”的业主——国家体育场有限责任公司的抗议,安利公司虽然撤换了广告,却回应“广告并未侵权”<sup>[1]</sup>。继北京奥运

会之后,2010年广州和上海还将分别承办亚运会和世博会,这两个世界盛会的主会场无疑很可能会遇到与“鸟巢”类似的情况。目前,尚未有学者就有关法律问题进行深入研究。我们对此进行探讨,为维护大型盛会的权益提供参考。

### 1 企业“擦边”奥运,盗用“鸟巢”形象

#### 1.1 “鸟巢”被侵权的事例

据《华夏时报》记者报道,在安利的一部安利纽崔莱电视广告片中,两个世界纪录保持者——刘翔和鲍威尔作为产品形象代言人。在片中,当刘翔与鲍威

收稿日期: 2008-08-23

基金项目: 2008年度国家社会科学基金资助项目《我国体育产权理论体系研究》(08CTY012)。

作者简介: 杨茜(1972-),女,讲师,硕士,研究方向:体育社会学。

尔迎面冲刺的时候，背景出现了“鸟巢”的形象；当刘翔说到“健康是你的，将来就是你的”一句广告语时，广告画面又显示出一幅巨大的“鸟巢”形象，二位巨星却显得相当小，向“鸟巢”积极跑去。而在另外多幅安利纽崔莱的平面广告中，二位巨星分别位于画面的两侧，画面中间是一束跑道通向“鸟巢”。在安利的广告投放初期，国家体育场有限责任公司并没有留意，当发现时，该类广告已经铺天盖地。相关人士认为，如此大范围、长时间的传播，让众多消费者误以为安利是北京奥运会赞助商，不仅严重侵犯了正式赞助商的合法利益，也影响了“鸟巢”的商业开发与利用<sup>[1]</sup>。

涉嫌盗用“鸟巢”的形象，安利并非第一家。2007 年国家体育场有限责任公司状告多家企业的广告涉嫌侵权后，考虑到对“和谐奥运”的不良影响，又撤销了起诉，与这些企业庭外和解。安利公司发布涉嫌侵权的广告之后，国家体育场有限责任公司曾公开表示将起诉安利，但可能是由于安利撤换广告和北京奥运会的临近，后来并未提起诉讼。

### 1.2 “鸟巢”被侵权的原因

成为奥运会的赞助商，毫无疑问会使企业获得更多树立品牌形象、提升知名度的机会。但是，有限的名额和高昂的赞助费用将众多的企业排斥在门外。于是，许多企业采取隐性营销的方式，试图在一定程度上获得与奥运会赞助商相同的社会认知。由于我国已经为保护奥林匹克标志知识产权建立了比较完备的法律体系，非法使用奥林匹克标志将会迅速被查处，所以，这些企业并不直接使用奥林匹克标志，而是以一般性指向(如使用奥运冠军的肖像、奥运会近似术语)建立起与奥运会的关联。同奥运会有关联的场景、活动、场所等等，都有可能成为企业实施隐性营销的背景。

在《第 29 届奥林匹克运动会主办城市合同》的第 47 条<sup>[2]</sup>中有如下约定：“防止隐性市场：城市、国家奥委会及奥运会组委会承认对授予奥林匹克赞助商和其他商业伙伴的权利加以保护的重要性。为此，他们同意以自己的经费采取一切必要措施(包括制定和施行一个相关方案以防范隐性市场，以及必要时诉诸法律)，以防止和(或)终止任何隐性市场或未经授权使用奥林匹克产权。”但是，在法律范畴上，很多奥运隐性营销行为并未违法，或者是否违法不容易判定，一些企业的隐性营销案例甚至被视为经典的成功案例，导致某些营销专家和从中获利的企业不遗余力地加以推行<sup>[3]</sup>。因此，防范隐性营销历来是国际奥委会、历届奥组委和赞助商头痛的一大难题。

作为北京奥运会的主会场——“鸟巢”，与北京奥运会有密不可分的关系。“鸟巢”在奥运会期间承担开幕式、闭幕式、田径比赛等活动。“鸟巢”设计优美，结构新颖独特，不仅是北京奥运会的标志性建筑物，而且早已成为“新北京，新奥运”的代表性标志。但是，在我国保护奥林匹克知识产权的相关法规中，“鸟巢”并未明确被列为奥林匹克标志或特殊标志。这无疑被一些企业视为进行奥运隐性营销的理由。

## 2 “鸟巢”维权的主要途径

北京奥运经济研究会信息部副主任江伟华在接受《华夏时报》采访时认为，“鸟巢”在国家知识产权局已经注册有 40 多项图形图像标识，享有著作权、专利权，受国家严格保护。安利试图通过与奥运建立虚假的联系来达到奥运营销的目的，这种行为属于典型的奥运隐性营销，不仅欺骗了消费者，伤害了其他奥运赞助商的利益，还严重扰乱了奥运市场的合法开发秩序，应该予以严厉打击<sup>[4]</sup>。国家体育场有限责任公司、北京奥组委的有关人士在接受媒体采访时，也有过类似的表示。但是，“鸟巢”虽然多次被侵权，工商部门等并未制止，最终亦没有任何当事人坚持提起诉讼。

### 2.1 “鸟巢”维权的行政途径

工商、海关等行政管理部门保护奥运知识产权的执法依据主要有《行政处罚法》、《特殊标志管理条例》、《奥林匹克标志保护条例》、《知识产权海关保护条例》、《北京市奥林匹克知识产权保护规定》等法律法规，以及工商、知识产权局、海关等行政部门制定的一系列部门规章。北京奥运知识产权行政保护的特点是主动、迅速、快捷。很多侵犯奥运知识产权的案件被查处时，并不需要奥组委等奥运知识产权的权利人出面，而是由工商、海关等行政管理部门主动进行。但是，安利等公司涉嫌盗用“鸟巢”形象时，工商等部门却并未予以查处。主要原因如下：

1) “鸟巢”不属于特殊标志。《特殊标志管理条例》第 2 条规定：“本条例所称特殊标志，是指经国务院批准举办的全国性和国际性的文化、体育、科学研究及其他社会公益活动所使用的，由文字、图形组成的名称及缩写、会徽、吉祥物等标志”。因此，“鸟巢”不属于《特殊标志管理条例》中所指的特殊标志。

2) “鸟巢”不明确属于奥林匹克标志。《奥林匹克标志保护条例》的第 2 条规定，奥林匹克标志是指：(一)国际奥林匹克委员会的奥林匹克五环图案标志、奥林匹克旗、奥林匹克格言、奥林匹克徽记、奥林匹克会歌；(二)奥林匹克、奥林匹亚、奥林匹克运动会及其简称等专有名称；(三)中国奥林匹克委员会的名称、

徽记、标志；(四)北京2008年奥林匹克运动会申办委员会的名称、徽记、标志；(五)第29届奥林匹克运动会组织委员会的名称、徽记，第29届奥林匹克运动会的吉祥物、会歌、口号，“北京2008”、第29届奥林匹克运动会及其简称等标志；(六)《奥林匹克宪章》和《第29届奥林匹克运动会主办城市合同》中规定的其他与第29届奥林匹克运动会有关的标志。

从前5款来看，“鸟巢”不属于这5款中例举的奥林匹克标志。从第6款来看，据中国政府承诺履行的《奥林匹克宪章》和《奥运会主办城市合同》，包括奥运会场馆形象在内的一切与奥运会有关作品的知识产权，均属于奥林匹克知识产权的保护和使用管理范畴。但是，奥林匹克知识产权与奥林匹克标志知识产权是有区别的两个概念：奥林匹克知识产权包括奥林匹克标志知识产权，属于奥林匹克知识产权，不等于属于奥林匹克标志知识产权。因此，即使不能作出“鸟巢不属于奥林匹克标志”的结论，至少可以认为，“鸟巢”不明确属于奥林匹克标志。

3)以行政手段保护“鸟巢”的形象缺乏充分的执法依据。虽然“鸟巢”是北京奥运会的主会场，不仅中国人认为“鸟巢”早已成为“新北京，新奥运”的代表性标志，连外国人也认为“鸟巢已被视为北京奥运会核心标志建筑，它是中国自豪感和不断高涨的自信心在建筑学上的一种表达”<sup>[5]</sup>，但是，《特殊标志管理条例》、《奥林匹克标志保护条例》都没有明确把北京奥运会的主会场“鸟巢”列入保护范围之内，故“鸟巢”并不属于法律意义上的奥运标志。《奥林匹克标志保护条例》、《特殊标志管理条例》等法规是我国以行政手段迅速保护北京奥运知识产权的主要执法依据。

“鸟巢”不明确属于《奥林匹克标志保护条例》、《特殊标志管理条例》的保护范围，工商等部门也就无法用保护奥林匹克标志和特殊标志的方式来保护“鸟巢”的形象免遭他人侵犯。

## 2.2 “鸟巢”维权的司法途径

1)依据《著作权法》维权的关键：安利使用“鸟巢”形象是否属于“合理使用”？

根据《著作权法》第2条和第3条的规定，“鸟巢”作为建筑作品，其权利人享有受法律保护的著作权。而在多家媒体报道安利的广告涉嫌侵权后，安利辩称其并未侵犯“鸟巢”的著作权<sup>[6]</sup>，因为《著作权法》规定，对设置或陈列在室外公共场所的艺术作品进行摄影、录像等属于合理使用的范畴。

《著作权法》的第22条中规定：“对设置或者陈列在室外公共场所的艺术作品进行临摹、绘画、摄影、录像”可以不经著作权人许可，不向其支付报酬。我

们认为，第22条规定了12种合理使用他人著作的情况，这12种合理使用情况大致分为教学研究、公益使用、行政执法和新闻报道4类，这12种合理使用都没有提到各种商业临摹、绘画、摄影、录像等会直接产生商业利益的利用。而安利公司不仅仅只是对“鸟巢”进行临摹、摄影，还将对“鸟巢”的临摹、摄影等用于商业广告。因此，安利对“鸟巢”形象的使用并不属于第22条规定的合理使用。但是，也有学者在研究著作权的论著中曾提出，第22条中合理使用的规定，并没有明显的禁止商业利用的文字。

《最高人民法院关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》的第18条规定：“著作权法第二十二条第(十)项规定的室外公共场所的艺术作品，是指设置或者陈列在室外社会公众活动处所的雕塑、绘画、书法等艺术作品。对前款规定艺术作品的临摹、绘画、摄影、录像人，可以对其成果以合理的方式和范围再行使用，不构成侵权。”但是，这个规定比较模糊，还有一系列的问题，如怎样才算是合理的方式？仅用于个人摄影合理还是用于商业广告也是合理？因此，判定安利使用“鸟巢”的形象是否合理，还要看法官对第18条的理解<sup>[7]</sup>。

从国外法律来看，美国《著作权法》在第107条中为认定“合理使用”规定了4条标准<sup>[8]</sup>：(1)要看有关使用行为的目的，即看是否为商业目的而使用；(2)要看被使用的作品的性质，对不同类型作品的著作权利用形式不同，划分是否合理的界限也不同；(3)在所使用的作品中，被使用的部分与整个作品的比例关系，比例若失当则不能属于合理；(4)看使用行为对被作品的潜在市场价值有无重大不利影响，如果有这种影响，则不属于合理。关于第1条标准，一般认为，如果是商业利用他人的著作，则可能会对著作权人的经济利益有潜在的损害，并且如果未支付所应承担的费用就利用他人的著作取得商业利益，对著作权人来说也是不公平的。因此，如果在美国，安利的这种行为很可能被判侵犯他人著作权。

2)依据《广告法》维权的关键：安利的行为是否属于不正当竞争，或侵犯了“鸟巢”的合法民事权益？

《广告法》第21条规定：“广告主、广告经营者、广告发布者不得在广告活动中进行任何形式的不正当竞争”，但并未对何谓“不正当竞争”进行定义。安利试图通过与奥运建立虚假的联系来达到奥运营销的目的是否属于不正当竞争，有待法官援引其它法律条款进行裁量。

但是，《广告法》第13条规定：“通过大众传播媒介发布的广告应当有广告标记，与其他非广告信息相

区别，不得使消费者产生误解”。从以往的案例来看，在刘翔诉《精品购物指南》侵犯其肖像权一案，北京市第一中级人民法院民事判决书(2005)一中民终字第 8144 号中<sup>9</sup>，对判决理由有如下陈述：“报纸等新闻媒体发布广告，除广告本身应当具有可识别性外，还必须使广告与其他非广告信息之间具有不使消费者产生误解之标记区别”；“就购物节广告本身的观察分析而言：……该广告自身内容与刘翔肖像没有联系，不存在上诉人所称的‘利用刘翔肖像做广告’。但就千期专刊封面的整体视觉效果而言：……被突出的刘翔肖像本身的跨栏动作，与跨栏直接相连的宣传‘购物节’的广告相结合，已有‘刘翔跨向购物节’之感觉，再加上‘精品购物指南’文字本身的呼应，足以令人产生‘刘翔为中友公司购物节做广告’之误解。”“精品报社在千期专刊的整体封面设计中，使刘翔肖像与购物节广告产生一定的广告性质的关联性，从而使社会公众产生‘刘翔为中友公司购物节做广告’之有合理根据的误解，进而使刘翔人格受到购物节广告的商业化侵害。此与直接使用刘翔肖像做广告相比，两者在对刘翔人格的侵害样态上并无本质区别。”法院据此结合《民法通则》第 100 条，判决《精品购物指南》侵犯刘翔的肖像权成立。在安利纽崔莱广告中，“鸟巢”形象作为广告的主要组成部分，足以让公众产生“鸟巢”在为安利做广告的误解。因此，可以认为安利的纽崔莱广告违反了《广告法》第 13 条。

《民法通则》第 106 条规定：“公民、法人由于过错侵害国家的、集体的财产，侵害他人财产、人身的，应当承担民事责任。没有过错，但法律规定应当承担民事责任的，应当承担民事责任。”《广告法》第 47 条规定，广告主、广告经营者、广告发布者违反本法规定，侵犯他人合法民事权益的，依法承担民事责任。根据这些条款，“鸟巢”的权利人可以要求安利承担涉嫌侵权的民事责任。

3) “鸟巢”难以从司法途径维权的关键原因：诉讼程序的费时与繁杂。

“鸟巢”维权并不缺乏法律依据。然而，“鸟巢”虽然多次被侵权，国家体育场有限责任公司却并没有坚持提起诉讼。除了考虑到对“和谐奥运”的不良影响，诉讼程序的繁杂和成本太高是其中的一个重要原因。除了对于刑事案件检察院会提起公诉，“民不告，官不管”、程序繁杂费时是以司法途径维权存在的主要问题。“鸟巢”权利人若以司法途径维权，需要配合法院主动收集、提供权益受到被告侵害的证据，由法院作出判决，当事人如果不服法院判决，上诉至上级法院进行二审。我国第一例进入司法程序的侵犯奥林匹

克标志案件——“金味食品工业有限公司侵犯奥林匹克五环标志专用权案”从立案到二审终审判决历时 3 年多。从 2004 年至 2007 年，全国工商部门共查处了侵犯奥林匹克标志专用权案 1 650 件，移送司法机关追究刑事责任的案件只有 3 件<sup>10</sup>。由于考虑到诉讼程序耗时费力，审判结果还可能达不到提起诉讼的预期，众多的体育组织和赞助企业往往放弃以诉讼方式维权的努力，这无疑等于纵容了各种侵权行为。

### 3 保护大型盛会主会场权益的对策

“鸟巢”维权难是一个具有代表性的个案。继北京奥运会之后，2010 年我国将承办广州亚运会和上海世博会。可以预见，随着我国综合国力的迅速强大，越来越多的大型国际盛会将在我国举行。因此，结合“鸟巢”被侵权的事例深入探讨大型盛会主会场的权益保护确有必要。“鸟巢”维权难的根本原因是，企业盗用“鸟巢”形象主要是为了进行奥运隐性营销，其违法性和危害性并不是特别严重，由于诉讼方式的费时繁杂和成本高昂，“鸟巢”如果状告安利可能获利甚微，故从司法途径维权如同在餐桌上面对鸡肋；奥运会具有较强的时效性，企业盗用“鸟巢”形象的行为也相对较为短暂，只有迅速地制止和查处侵权行为，才能较好地维护“鸟巢”和奥运赞助商的权益，然而，我国却缺乏迅速查处这些侵权行为的机制。为此，我们提出以下对策，为加强大型盛会主会场权益保护提供参考。

1) 借鉴肖像权保护的法理，完善相关行政法规。

肖像权，是指自然人对自己的肖像以及在自己的肖像上所体现的利益为内容的人格权。《民法通则》第 100 条规定：“公民享有肖像权，未经本人同意，不得以营利为目的使用公民的肖像。”第 120 条规定：“公民的姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权受到侵害的，有权要求停止侵害，恢复名誉，消除影响，赔礼道歉，并可以要求赔偿损失。”“鸟巢”是物，法律并未规定其拥有肖像权。但是，“鸟巢”的权利人拥有以“鸟巢”的外观和映象，及在“鸟巢”的外观和映象上所体现的利益为内容的财产权。“鸟巢”的外观和映象也如同人的肖像一样，需要法律予以保护。

鉴于北京奥运主会场“鸟巢”的形象被盗用可能导致“鸟巢”、奥运赞助商、奥组委的权益均受到侵害的先例，有必要加强对大型盛会主会场形象的保护。如前所述，“鸟巢”维权并不缺乏法律依据，而是缺乏迅速查处盗用“鸟巢”形象之行为的机制。当前，大量侵犯知识产权的案件主要还是以工商、知识产权局等行政部门查处为主。为此，需要颁布一些保护大型

盛会主会场权益的法规作为工商、知识产权局等行政执法的依据。如借鉴肖像权保护的法理,规定在临近大型盛会举行的一定时间内,未经有关部门同意,不得商业使用大型盛会主会场的形象。如何既合理保护大型盛会主会场的形象,又防止公权力的滥用,还有待于进一步研究。

此外,还有必要完善关于防范、制止隐性营销的规定。在2004年悉尼奥运会,澳大利亚在《贸易行为法》中就针对隐性奥运营销市场行为做出了限制性规定,如“公司在提供商品或服务或从事营销活动时,不得宣称该商品或服务具有实际上并没有的赞助、授权、功能特征、附属关系、用途或利益,不得虚假宣称公司进行赞助、获得授权或者具有某种关联。”<sup>[11]</sup>这对于我国完善相关立法有一定的借鉴意义。

#### 2) 加强新闻媒体对大型盛会主会场的舆论监督。

防止企业借助主会场进行隐性营销是大型盛会知识产权保护的重点之一。在有关立法尚未完备的情况下,充分发挥社会舆论的监督作用也是一个行之有效的办法。例如,企业利用“鸟巢”进行隐性营销的最终目的是为了提升品牌知名度和树立品牌形象。在媒体曝光安利等企业涉嫌盗用“鸟巢”的形象后,这些企业迅速撤换了相关广告。媒体曝光使得这些企业借“鸟巢”增加“美誉度”的如意算盘未能得逞,从而有效地制止了侵害“鸟巢”权益的行为。大型盛会的组委会及相关部门有必要加强与新闻媒体的沟通和联系,充分发挥媒体的舆论保护作用。

#### 参考文献:

[1] 袁启华,郝帅. 安利:“擦边”奥运遭遇尴尬[EB/OL].

<http://mnc.people.com.cn/GB/7099248.html>.

[2] 朱光强. 安利广告使用鸟巢形象可能遭起诉[EB/OL].<http://finance.sina.com.cn/chanjing/b/20080322/09064654901.shtml>.

[3] 国际奥林匹克委员会,中国奥林匹克委员会,北京市人民政府.第29届奥林匹克运动会主办城市合同[EB/OL].<http://baike.baidu.com/view/1705367.htm#2>.

[4] 肖嵘,毛莉. 试论奥运隐性营销及其规避措施[J]. 广州体育学院学报, 2008, 28(1): 61-64.

[5] 陈圆圆. 鸟巢,北京新地标的份量[N]. 中国新闻周刊, 2008-04-28: 72.

[6] 王瑜君,龙璐. “鸟巢”准备起诉安利[EB/OL]. <http://market.scol.com.cn/2008/04/11/2008041100446444.274.htm>.

[7] 温淑萍. “鸟巢”形象广告是否侵权? 法律人士说法不一[N]. 民主与法制时报, 2007-10-26.

[8] 刘春田. 知识产权法[M]. 北京: 北京大学出版社, 2000: 101.

[9] 北京市第一中级人民法院民事判决书(2005)一中民初字第8144号.刘翔诉《精品购物指南》案终审法院判决书[EB/OL]. <http://sports.sina.com.cn/o/2005-12-15ba1937928.shtml>.

[10] 周华. 法律:奥运知识产权的门神[J]. 检察风云, 2008(11): 10.

[11] 魏焯. 从中外案例看奥组委如何防范隐性奥运营销[J]. 商业时代, 2008(17): 28-29.

[编辑: 黄子响]