

奥运隐性营销行为探析

作者：张语桐

知识产权保护历来是奥运会主办方的重要任务与工作职责。在每届奥运会的主办城市合同中，国际奥委会会对主办国与主办城市的知识产权保护工作提出专章要求。隐性营销因其隐蔽性，在具体的执法行动中经常不易被识别，对奥运品牌价值以及主办方的市场开发产生负面影响。近年来，隐性营销行为越来越受到重视，奥运会主办城市合同对其规制的内容与篇幅也逐渐丰富。随着2022年北京冬奥会的日益临近，隐性营销行为出现的可能性大幅提高。北京冬奥组委近期也对此做出表态：“应严厉查处侵权，坚决制止隐性营销。”¹

本文首先基于《主办城市合同》以及与奥运相关的规章条例等对隐性营销行为的定义进行明确，以期厘清隐性营销行为的边界。在此基础上，依据我国现行法律，对隐性营销行为的法律规制进行逐一分析。最后，针对隐性营销的司法与执法路径进行讨论，对可能涉及的相关方采取何种法律救济途径作出探讨。希望本文可以对经营者做好知识产权合规，避免隐性营销法律风险，有所助益。

一、隐性营销的定义与辨析

隐性营销（Ambush Marketing），英文原意为“伏击营销”，又称“隐性市场开发”、“隐形营销”等，其本身并非法律词汇，更多是国际通行的概念描述，一般指与赛事无合同关系的非赞助商第三方，通过营销活动使消费者将之识别为赞助商从而“分享”官方赞助权益的商业行为。此类营销行为使得消费者对于赞助商是否与赛事存在关系产生不确定性，从而降低赞助的价值。长远来看，隐性营销将会降低赛事的赞助吸引力以及市场价值。奥运会因其巨大的商业价值与影响力，最容易遭遇隐性营销，因此国际奥委会对隐性营销的重视程度也非同小可。因为本文以奥运语境下的隐性营销进行讨论，所以选择以奥委会对隐性营销的定义作为后续分析的基础。在国际奥委会与北京冬奥组委签订的《主办城市合同》（Host City Contract）中，隐性营销被定义为：“所有故意或非故意，与奥林匹克运动或奥运会产生错误或未经授权的商业联系的行为，无论其行为是直接或间接”²。

依据该定义，我们可以推知以下隐性营销的关键要素：1、主观意图不影响隐性营销行为的构成，即无论故意或非故意，都可构成隐性营销；2、隐性营销可以来自于错误或者是未经授权的商业联系，即只有行为是经过合法授权，且行为边界完全在授权范围内，才不会被认定为隐性营销；3、即使采用间接行为，而非直接行为的方式，如概括总结赛事精神或宣传用语，并据此建立关联，让人们产生联想，并不会影响隐性营销行为的认定；4、是否因此获得商业利益，不影响隐性营销行为的认定。相较于常见的隐性营销概念，奥委会的定义显然边界更广，尝试覆盖更多的行为类型，以提高知识产权保护的力度。在一般的行政处罚或者诉讼程序中，因为经营者往往会主张其行为并非故意，或没有获得商业利益等抗辩，以规避法律管控。但是国际奥委会通过与主办城市签署《主办城市合同》的方式，将各国/地区的反隐性营销的保护力度拉平，最终实现对奥运相关知识产权与赞助商合法权益的周全保护。当然，从法律层面来看，《主办城市合同》属于特定主体之间的协议，并不能直接约束第三方。但是主办城市因履行义务的需要，会相应地采取法律措施，包括与行政执法机构等加强合作，以确保对隐性营销的打击。

在奥委会对隐性营销定义的基础上，我们从法律角度对该行为覆盖的类型进行辨析。当前在法律领域，并没有专门有关隐性营销的立法。但是在司法实践，对隐性营销的规制主要通过现行的知识产权专门立法、《反不正当竞争法》以及针对奥运会制定的专门规定来实现的。如果直接使用奥运标志，可能涉及侵害商标权、著作权、外观设计权等，相应地适用《商标法》、《著作权法》等法律法规。如果隐性营销并没有直接使用奥运标志等，仅是通过暗示的方式使得公众认为该主体与奥运会存在特定联系，则可以依据《反不正当竞争法》予以保护。在行政执法中，隐性营销视情况也可能涉及《广告法》下的法律责任。

根据我们总结，当前隐性营销的典型行为主要包括以下类型：

1. 使用奥运要素，如利用奥运设施形象、奥运场馆形象等要素作为广告背景打出企业标识、开发类似奥运设施的产品等。
2. 在赛事场所外围制造声势，如在靠近比赛的地点发放传单或宣传小册子，张贴宣传画，立广告牌等。
3. 绕过赛事本身，不与赛事主办方或者组织者签署合同，而是直接赞助参赛运动员或媒体。例如，2000年悉尼奥运会，虽然耐克作为奥运会主赞助商赞助比赛服装，但是阿迪达斯从澳大利亚游泳队和明星运动员索普身上寻求营销突破口：在游泳比赛后的颁奖典礼中，明星运动员索普在耐克队服外披了条带有阿迪达斯标识的毛巾，使公众误以为阿迪是官方赞助商，抢夺了观众的关注。与之类似，2020年东京奥运会男子足球决赛中，巴西男子足球队获得奥运金牌，但巴西队员在上台领奖时将匹克体育用品有限公司赞助的官方领奖服系在腰间，以极其非正式的形象亮相，使得上衣左胸处的耐克公司的图标为观众所看到，损害了匹克公司的赞助利益。
4. 以迂回方式建立关联关系，如非赛事赞助商通过提炼体育竞赛的激情、荣誉、奋斗、和谐的传播元素，并利用这些元素举行的活动，建立一种关联，让人们产生联想，而形成隐性市场行为。例如，在广州举行的第九届全国运动会举办前，某企业购买了一大批“九运”纪念品作为赠品赠送给购买其产品的顾客，使得不少人误认为纪念品是由组委会回赠赞助商再转赠顾客使得其产品销量大增。
5. 由隐性经营者购买门票分发给员工，由员工以普通观众身份进入体育赛场，在赛场观众席上展示企业名称或企业商标，特别是利用电视转播扩大企业影响。比如要求员工观看比赛时要穿带有企业标志的服装，在比赛过程中打出“某某企业祝某某比赛成功”之类的标语，通过电视转播获得宣传效果。

二、隐性营销的法律规制

针对隐性营销行为，学界和实务界一直存在加强隐性营销立法的呼声。³根据《主办城市合同》，北京冬奥组委应当自合同生效起两年内，为所有的奥林匹克财产提供必要的法律保护，这其中就包括反隐性营销行为的法律保护。同时，对隐性营销进行打击也是主办城市的义务。

在此背景下，除了行政执法层面加强对隐性营销行为的执法力度，我国还对相关法律法规进行修订，以明确隐性营销行为的法律适用，同时履行北京冬奥组委对反隐性营销的承诺。

通过对现行规范体系的梳理，我们认为依据现行法律法规，我国目前形成了包括《奥林匹克标志保护条例》（以下简称“条例”）、《反不正当竞争法》、《特殊标志保护条例》和知识产权部门法在内的综合法律规章保护体系，以实现对隐性营销行为的法律规制。尽管该体系可以实现规制隐性营销的效果，但是与国际奥委会的前述隐性营销规制要素之间并非完全一致。例如国际奥委会强调不论主观意图、是否获得商业利益，均不影响隐性营销的行为定义，在我国的现行规制体系中没有得到充分体现。

（一）《奥林匹克标志保护条例》

在《条例》第5条⁴中规定了不得以商业目的使用奥林匹克标志，第6条⁵在第5条的基础上，对“利用与奥林匹克运动有关的元素开展活动，足以引人误认为与奥林匹克标志权利人之间有赞助或者其他支持关系”的行为作出规定，一旦其构成不正当竞争行为，依照《中华人民共和国反不正当竞争法》处理。

结合《条例》第4、5、6条进行整体分析，首先第4条⁶明确任何人不得未经许可，为商业目的使用奥林匹克标志，其次第5条对“商业目的使用”进行列举阐述。在前两条的基础上，第6条作为兜底性条款，将违法行为类型扩展为利用“奥林匹克运动有关的元素开展活动”，而不仅限于使用奥林匹克标志等知识产权保护客体。同时，将《条例》与《反不正当竞争法》进行衔接，前述行为如果达到引人误认效果的，按照《反不正当竞

争法》进行处罚。

我们认为该条法规的设计符合国际奥委会对隐性营销行为规制的初衷，换言之，对于明确侵犯奥林匹克标志等知识产权保护客体的行为，可以直接适用《商标法》等法律法规，而对于无法直接通过知识产权单行法律法规条款予以解决的其他隐性营销行为，以《条例》第6条进行兜底，进而衔接至《反不正当竞争法》，对被侵犯合法权益的相关方予以保护。根据官方对《条例》修订的解读，也可以与我们的观点相验证，即第6条的目的在于打击隐性营销行为。⁷

另外，在现实中，隐形营销行为往往具有隐蔽性、多样性与创新性，行为的损害结果也具有聚合性。比如，未经授权主体使用奥运相关标志进行营销，如果只能以《商标法》作为权利基础，那么意味着其同行业获得授权的竞争者，就很难提起相应的诉讼。而隐性营销的受害者除了奥运会主办方之外，还包括奥运会的官方赞助商。适度扩大打击隐形营销的有权主体，将有助于实现更好的效果。当然，在这种情况下，如何避免对同一行为的重复评价，可能需要奥运会主办方与授权赞助商之间的协商与配合。

（二）《反不正当竞争法》

如前所述，《条例》为隐性营销的规制搭建了法律的桥梁，真正发挥效果的条款在于《反不正当竞争法》。与隐性营销相关的法条主要为《反不正当竞争法》第6条⁸和第8条⁹。学界对这两条法律的适用问题已经有了一些成果，如有学者认为第8条虚假宣传的适用范围较窄，仅适用于经营者宣传其产品性能等特性时使用奥林匹克元素，其余情形应当适用第6条第4项的兜底条款进行处理。¹⁰

当前，《反不正当竞争法》第8条虚假宣传的适用边界相对比较清晰。同时，在能够利用第6条混淆行为开展司法或者执法活动时，奥运相关权利方和执法机关使用第8条的意愿并不强烈。《反不正当竞争法》第6条要求经营者不得实施混淆行为，引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系。结合隐性营销在《主办城市合同》中的定义，混淆行为相对较好地涵盖了隐性营销行为，也就是经营者希望通过利用奥林匹克元素开展活动，使消费者认为自己的产品或服务与奥运会之间存在商业联系。

混淆行为的认定，尤其是第6条第4款兜底条款，诚然在实践中存在着解释的空间，篇幅所限本文在此不做累述。简而言之，其核心问题在于，经营者的行为达到何种程度，才足以达到引人误解存在特定联系。在隐性营销的处理上，这一问题的难度可能反而较小。首先，因为奥运会作为全球最为重要的赛事，在消费者中的知名度极高，且奥运会本身就存在大量的赞助商与合作方，知名度越高，应获得保护的会相应更广。因此，经营者的混淆行为能够较为容易的实现引人误认的效果，原告对“混淆”的举证会较为轻松。其次，法律解释与适用层面，在目前严厉打击隐性营销的背景下，一旦确定经营者不具有奥林匹克相关知识产权的合法授权，执法机关对经营者可能构成混淆行为的营销行为，通常会选择予以打击。因此经营者在采用可能触及隐性营销行为的活动时，应当予以谨慎，充分考量平衡潜在的法律风险与可能的商业收益。

此外，近些年来，随着《反不正当竞争法》第二条作为兜底条款在不少案件中发挥了实质作用，在民事诉讼中，对于层出不穷的隐性营销行为也可以视其具体情况以《反不正当竞争法》第二条这一原则条款作为适用依据。

如前所述，对于能够被《中华人民共和国商标法》、《特殊标志保护条例》、《中华人民共和国广告法》等具体法律规范所明确规制的侵权行为，本文在此不做具体讨论。简而言之，可以综合适用各相关法律法规以制止与隐性营销有关的侵权行为。

三、隐性营销的司法与执法

（一）民事诉讼

民事诉讼的司法解决路径，是打击隐性营销行为的重要方式，其中根据参与方的不同，可以诉请的内容与依

据也有所不同。概括来看，主要有两类民事诉讼：1、奥委会或冬奥组委等享有专有权的组织，在与作为赞助商/合作伙伴的经营者等相关方签订的合同中，往往会对相关方进行合同条款上的约束，如常见的条款包括“无市场开发权”或仅有“特定市场开发权”，除此之外，会禁止相关方从事隐性营销行为。因为在合同中禁止相关方开展隐性营销，一旦相关方违反合同条款，专有权人可以直接依据合同条款诉请违约并追究其责任。在这种情况下，主要针对的是合同相对方超出授权范围的营销行为。2、合法享有相关授权或许可的经营者，他们对竞争对手采取的隐性营销行为，可以依据《反不正当竞争法》与《条例》相结合的体系，要求竞争对手承担《反不正当竞争法》下的法律责任。

目前，国内涉及到隐性营销的民事诉讼数量仍然较少，本文仅以广东大哥大集团、三六一度公司侵害商标权纠纷再审一案的法院裁判¹¹，进行简要分析。本案中基本事实是原告广东大哥大集团为广州亚运会正装制服独家供应商，但是被告三六一度公司在发布的新闻报道中仅提到自己“打造亚运会制服”，并引用开幕式上裁判员代表身着佩戴有三六一度商标正装制服的图片，广东大哥大集团遂以三六一度公司构成商标侵权及不正当竞争行为为由将三六一度公司诉至广州市天河区人民法院。经过一审、二审败诉后，在再审中广东大哥大集团提出三六一度公司违反隐性市场义务以及构成不正当竞争的主张。

广东省高级人民法院首先针对反隐性市场义务（即反隐性营销）进行分析，提出原告提出的反隐性义务来源于其与第16届亚运会组委会、亚洲奥林匹克理事会之间的合同约定，属于合同法律关系，因未在本案提出其他诉讼请求，所以不予审理。尽管法院没有进行实质审理，但是该诉讼请求恰好符合前述第一类民事诉讼，即如果合同有约定，可以依据合同法律关系对隐性营销行为提出诉请。

其次，针对反不正当竞争的主张，因为行为发生在2010年，所以适用1993年《反不正当竞争法》第9条虚假宣传进行分析裁判。法院认为“结合整个发布仪式的内容和形式，不足以认定以上宣传会引起相关公众的误解，不足以认定为虚假宣传。”虽然法院没有支持原告的主张，但是其分析过程与前述隐性营销的法律规制路径在实质上相类似。考虑到行为发生时，《条例》与新《反不正当竞争法》的相关条款还未生效，所以在未来的涉奥隐性营销判例中，我们应该可以观察到更多的适用《条例》与《反不正当竞争法》相结合进行裁判的分析思路。

在三六一度公司与大哥大公司另一起诉讼中，二者同为2012年“海阳亚沙会”的服装赞助商，三六一度公司将涉及大哥大公司的照片发布于互联网平台上，且未给予标识或说明。大哥大公司以侵害著作权以及不正当竞争为由将三六一度公司起诉至法院，二审法院经审理认定：对于具有普通知识和认知水平的公众而言，可能会对互联网内容所传递的信息产生误解，将大哥大公司设计制作的正装、礼仪服装误认为系三六一度公司设计制作。由于三六一度公司涉案行为产生的误导性后果，可能降低大哥大公司试图利用赞助“亚沙会”等体育赛事来提升企业的曝光度、知名度以及帮助提高大哥大公司的商品销售数额等商业目的。三六一度公司的行为不符合公平竞争的市场秩序与公认的商业伦理，损害了大哥大公司的合法权益，应认定构成不正当竞争。三六一度公司被认定构成虚假宣传的不正当竞争行为。¹²该案判决中虽然没有直接提及隐性营销，但涉案行为实际上属于一类隐性营销行为，也落入了《反不正当竞争法》的适用范围。

（二）行政执法

除了通过司法途径解决隐性营销问题，行政执法同样是打击隐性营销的重要手段。在2008年北京奥运会中，执法机关曾经集中对隐性营销行为开展过执法活动。对于执法而言，执法机关参考前述法律规制路径，同样可以采取《条例》与《反不正当竞争法》相结合的方式，对违法经营者做出处罚。此外，在特定的赛事举办期间，主办城市或者主办方可以专门针对隐性营销发布保护规定，进而与行政执法机关等合作，在赛事期间加大保护力度。

2014年南京青奥会期间，中国联通江苏分公司在其微信、微博公众平台直接发布的与南京青奥会相关的报道，南京工商局认为该公司构成隐性市场行为，即有意或无意与青奥会、青奥会标志、南京青奥组委构成虚假或未经授权关联，直接或间接产生了为其公司形象和产品品牌作宣传的效应。执法机关遂依据《南京青年

奥林匹克运动会知识产权保护规定》进行处罚¹³。在本案中，虽然执法机关执法依据并非《条例》或《反不正当竞争法》，但是适用《南京青年奥林匹克运动会知识产权保护规定》进行分析要件，与奥委会对隐性营销的定义要素完全吻合。因此，在冬奥临近的当下，执法机关按照前述《条例》与《反不正当竞争法》结合的处罚思路展开行政执法应该不存在法律阻碍。

我们注意到，针对2022北京冬奥会的保护，国家知识产权局、市场监管总局共同印发《北京2022年冬奥会和冬残奥会奥林匹克标志知识产权保护专项行动方案》，并表示“从严处置侵犯冬奥会知识产权违法行为”¹⁴。虽然行政执法一直以来存在着行为危害性与执法成本的平衡问题，即对于危害性较小且执法成本较高的违法行为，执法机关通常不会大规模的积极处罚。但是对于冬奥的隐性营销问题，执法成本可能不再是考量的首要因素，确保隐性营销行为的充分打击会成为执法机关的重要任务。

除了上述发现隐性营销后可以采取的行动之外，对于冬奥会赞助商/合作伙伴而言，也应当积极做好事前监测与预防工作。对于隐性营销的高发期间（比如奥运会的前夕、开闭幕式、明星运动员比赛期间、中国队夺金高峰时段、运动员凯旋欢迎仪式和庆功会等时间点），冬奥会赞助商/合作伙伴可以选择与第三方监测机构、外部律师事务所共同对侵权线索进行监控与固定，并采取相应的法律行动。

四、结语

隐性营销脱胎于商业，但受制于法律。在迎接2022年北京冬奥会的关键时点，赞助商希望保护自己与冬奥会的赞助利益，一部分竞争对手毫无疑问也想要抓住重要赛事举行的机遇，提升品牌影响力。在此过程中，经营者需要重点关注隐性营销的法律风险，在实现商业意图的同时，守好合规经营的底线。已经与冬奥组委签订赞助协议的赞助商或者合作伙伴，除了根据协议积极开展营销活动以外，还应关注同行业竞争对手的“隐性营销”，做好提前预防监控。在面对“搭便车”的隐性营销行为时，更应注意与冬奥组委加强沟通，并在现行的法律体系中综合利用行政、民事等各种措施及时遏制与隐性营销有关的侵权与不正当竞争行为，依法捍卫自己的合法权益。

1. <http://home.xinhua-news.com/gdsdetailxhs/share/10302712-?pageflag=iframe>。

2. Host City Contract, Section 44(b): “Ambush Marketing” shall be interpreted as including all intentional and unintentional attempts to create a false or unauthorized commercial association (whether direct or indirect) with the Olympic Movement or the Olympic Games.

3. 崔汪卫：奥运会网络隐性营销法律规制研究，《体育科学》，2020年(第40卷)第11期 P89。

4. 《奥林匹克标志保护条例》第5条：“本条例所称商业目的使用，是指以营利为目的，以下列方式利用奥林匹克标志：

- （一）将奥林匹克标志用于商品、商品包装或者容器以及商品交易文书上；
- （二）将奥林匹克标志用于服务项目中；
- （三）将奥林匹克标志用于广告宣传、商业展览、营业性演出以及其他商业活动中；
- （四）销售、进口、出口含有奥林匹克标志的商品；
- （五）制造或者销售奥林匹克标志；
- （六）其他以营利为目的利用奥林匹克标志的行为。”

5. 《奥林匹克标志保护条例》第6条：“除本条例第五条规定外，利用与奥林匹克运动有关的元素开展活动，足以引人误认为与奥林匹克标志权利人之间有赞助或者其他支持关系，构成不正当竞争行为的，依照《中华人民共和国反不正当竞争法》处理。”

6. 《奥林匹克标志保护条例》第4条：“奥林匹克标志权利人依照本条例对奥林匹克标志享有专有权。未经奥林匹克标志权利人许可，任何人不得为商业目的使用奥林匹克标志。”

7. <http://home.xinhua-news.com/gdsdetailxhs/share/10302712-?pageflag=iframe>。

8. 《反不正当竞争法》第6条：“经营者不得实施下列混淆行为，引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系：

- （一）擅自使用与他人有一定影响的商品名称、包装、装潢等相同或者近似的标识；
- （二）擅自使用他人有一定影响的企业名称(包括简称、字号等)、社会组织名称(包括简称等)、姓名(包括笔名、艺名、译名

等);

(三)擅自使用他人有一定影响的域名主体部分、网站名称、网页等;

(四)其他足以引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系的混淆行为。”

9.《反不正当竞争法》第8条:“经营者不得对其商品的性能、功能、质量、销售状况、用户评价、曾获荣誉等作虚假或者引人误解的商业宣传,欺骗、误导消费者。经营者不得通过组织虚假交易等方式,帮助其他经营者进行虚假或者引人误解的商业宣传。”

10.宋雅馨:奥林匹克标志反隐性营销的法律保护《知识产权与市场竞争研究》2019年第1期 P133。

11.参见(2019)粤民申2093号民事裁定书。

12.(2014)闽民终字第680号民事判决书。

13.参见鼓工商案(2014)02665号行政处罚决定书。

14. <http://home.xinhua-news.com/gdsdetailxhs/share/10302712-?pageflag=iframe>。

2022-03-14