

2011 年第九届“理律杯”模拟法庭辩论赛

答
辩
状

京华市民政局呈递

第 1 号参赛队

2011 年 11 月 12 日

目 录

第一部分 基本事实

一、当事人基本事实	3
二、案情回顾	4

第二部分 答辩意见

一、蓝天不是我国行政法上规定的适格的原告

（一）原告所诉称的“合法权益”非行政法律上确立和保护 的“特定权利”，仅是反射利益	5
（二）具体行政行为的存在	6
（三）原告“合法权益”的受损与行政行为之间不存在因果关系	7

二、本案不属于我国行政诉讼法上规定的受案范围

（一）行政事实行为与行政法律行为的区分	8
（二）我局作出回复函的行为是行政事实行为	8
（三）本案符合《最高人民法院关于执行<中华人民共和国行政诉讼法> 若干问题的解释》中不受案范围的规定	8

三、我局作出的回复函事实认定清楚、证据确凿、适用法律正确

（一）京华市社会福利保障中心接受黄金叶烟草集团有限公司的捐赠符合法律规定	
1、捐赠行为双方当事人适格	8
（1）黄金叶烟草集团有限公司是适格的捐赠主体	9
（2）京华市社会福利保障中心是适格的接受捐赠的主体	10
2、黄金叶烟草集团有限公司向京华市社会福利保障中心进行捐赠的行为本身不是广告	10
（二）京华中心与黄金叶公司合作开展的一系列活动不是变相烟草广告，没有违反法律法规	
1、“金叶映秋实，华彩写人生”的标语标牌不是烟草广告	11
2、“金叶映秋实，华彩写人生”为题的中学生作文比赛不是冠名、冠杯活动	11
3、黄金叶公司派出工作人员前往参加赛事的组织工作不是变相广告宣传	12
4、西南省工商行政管理局出具证明，认定京华市社会福利保障中心与黄金叶烟草集团有 限公司合作开展的一系列活动不是变相烟草广告	12
（三）我局作出的行政行为适用法律、法规正确	13
（四）国际公约在我国不适用	14

1、国际法和国内法的关系问题	14
2、国际法在国内适用的普遍的操作	14
3、国际条约在我国的适用	14
4、《世界卫生组织烟草控制框架公约》在本案中并不适用	16

四、我局认真履行法定职责并无行政不作为

（一）我局已认真履行法律规定的职责	17
（二）我局所未履行的查处违法广告的原告诉求超出我局权限范围	18
（三）我局是在法定期限内发出回复函	18

第三部分 情理上的答辩意见

一、我局行政行为符合行政法的基本原则和精神	19
二、关于烟草企业捐赠的思考	21

第四部分 结论 21

第五部分 立法建议和司法前瞻

（一）完善烟草企业进行慈善活动的相关法规	22
（二）逐步推进国内法与国际条约的对接	23
（三）完善我国行政法关于“原告资格界定”规则	24

第六部分 附件 26

附件一：《申请书》复印件（略）

附件二：《京华市民政局投诉（举报）回复函》复印件（略）

附件三：《行政复议申请书》（略）

附件四：《民政部行政复议决定书》复印件（略）

附件五：开展中学生作文比赛的新闻报道复印件（略）

答辩状

答辩人： 京华市民政局
地址： 京华市城东区永安大街 147 号，100991
法定代表人： 李 XX
职务： 局长

被答辩人： 蓝天
住址： 京华市朝西去大北街 135 号
通讯地址： 京华市朝西区大北街 135 号，100101
电话： 139XXXXXXXX

尊敬的审判长、审判员：

就原告蓝天对我局作出《京华市民政局投诉（举报）回复函》这一行政行为的起诉，我局现作出如下答辩：

行政法是维系一个国家公共秩序的重要法律，是保护公民合法权利和行政机关依法行政的依据。行政诉讼法不仅保护公民的合法权益，也同样保护行政机关依法作出的行政行为，维护国家正常的行政秩序，保证国家的稳定和发展，进而增加全社会的福祉。基于以上认识并根据案件事实和相关法律，在全面了解本案基本事实，认真研究相关证据后，具体答辩意见如下：

第一部分 基本事实

一、当事人基本事实：

（一）京华市民政局系属被告，其下属京华市社会福利保障中心（下称“京华中心”），为依法成立的公益组织，有国家法律和政策许可的从事公益活动的资质和能力。京华中心接受黄金叶集团有限公司（下称“黄金叶公司”）捐赠 1000 万元，并设立“金叶发展基金”，用于支持贫困地区的“母亲水窖”及“金色童年快车”两个公益项目。同时京华中心与该公司合作在周边县域开展以黄金叶公司赞助用语（金叶映秋实，华彩写人生）为题的中学生作文比赛等一系列公益活动。

（二）黄金叶公司系属合法成立的国有企业，从事烟草经营活动。同时是“金叶发展基金”的捐赠者和“金叶映秋实，华彩写人生”中学生作文比赛的赞助者。该公司所在地的西南省工商行政管理局出具证明，认定该公司网站上报道的赞助活动内容及赞助用语“金叶映秋实，华彩写人生”不含烟草促销元素，其捐赠是该公司形象的塑造，而非烟草促销活动。

（三）蓝天同志系属本案原告，京华市朝西区大北街居民。原告认为其在生活和工作环境中长期深受包括黄金叶公司所生产的卷烟在内的烟草制品的烟雾损害，要求京华市民政局对京华市社会福利保障中心的相关行为进行查处。

二、案情回顾：

（一）原告蓝天向我局发出申请书：

2010 年 12 月 3 日，原告针对我局下属京华中心接受黄金叶公司捐赠 1000 万元，并设立“金叶发展基金”，用于支持贫困地区的“母亲水窖”及“金色童年快车”两个公益项目一事，向我局提出申请，要求我局依法履行市民政局的法定职责，对京华中心违法接受黄金叶公司赞助的行为以及与该公司合作在周边县域开展以黄金叶公司赞助语（金叶映秋实，华彩写人生）为题的中学生作文比赛等活动的行为予以查处，并将查处结果尽快告知原告¹。

（二）我局依法作出了《京华市民政局投诉（举报）回复函》

经认真调查，缜密取证，我局得出：京华中心为依法成立的公益组织，有国家法律和政策允许的从事公益活动的资质和能力。黄金叶公司的企业法人营业执照的经营范围为“在国家允许的范围内进行投资开发”。该公司所在地的西南省工商行政管理局也出具证明，认定黄金叶公司确实存在原告所举报的行为，但其公司网站报道以及赞助活动现场的标语、展牌均为公益活动的标识，不含烟草促销元素，不构成商业广告宣传。

因此，我认为该活动为社会公益机构依法从事的公益活动，黄金叶公司的捐赠是其公司形象的塑造，而非烟草促销活动。此种公益活动不是原告所称的《中华人民共和国广告法》中所规定的不得进行的烟草广告或者变相烟草广告的行为。活动中使用的赞助用语也非《烟草广告管理暂行办法》中所禁止的“烟草广告”。捐赠活动后在周边几个县开展的中学生作文比赛是“金色童年快车”公益项目的组成部分，黄金叶公司派员参与该项比赛的组织筹办是捐赠协议中履行“公司社会责任”的规定，而非相关法律法规所禁止的商业冠名赞助的体育或演出活动，与我国现行广告法律法规并无抵触。综上所述，黄金叶公司的行为在法律上并无不当，因此我局依法作出了《京华市民政局投诉（举报）回复函》²。

（三）中华人民共和国民政部对原告提起的行政复议做出回复：

原告不服我局在回复函中做出的决定。依据《中华人民共和国行政复议法》于 2011 年 3 月 1 日向中华人民共和国民政部申请行政复议，民政部经过审查后于 2011 年 4 月 29 日向原告送达了《民政部行政复议决定书》（民复字【2011】93 号），作出了维持原告于 2011 年 2 月 15 日发出的《京华市民政局投诉（举报）回复函》的行政复议决定。

第二部分 答辩意见

一、蓝天不是我国行政法上规定的适格的原告

纵观我国法律法规，判定行政诉讼原告资格的主要法律依据是《中华人民共和国行政诉讼法》第二条、第二十四条和第四十一条以及《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第十二条。根据《中华人民共和国行政诉讼法》的规定，合法权益遭受具体行政行为侵害的人可以成为行政诉讼的原告；而《最高人民法院关于执行〈中

¹ 详见附件一

² 详见附件二

华人民共和国行政诉讼法>若干问题的解释》则要求原告必须与具体行政行为有法律上的利害关系。

因此，合法权益是否遭受侵害，以及是否与具体行政行为具有法律上的利害关系，是判断行政诉讼原告资格的两个核心问题。根据现行的法律及司法解释，“合法权益”是原告所主张的是明确受法律保护权利；“法律上的利害关系”则要求原告主张的损害与具体行政行为之间有明确的内在联系。³目前学术界就此问题并没有统一定论，比较主流的观点认为所谓“法律上的利害关系”就是公民、法人或者其他组织的合法权益与行政行为之间存在的一种因果关系。⁴根据此观点，“法律上的利害关系人”构成要件有三：合法权益的存在；行政行为的存在；合法权益的受损与行政行为之间存在因果关系。

（一）原告所诉称的“合法权益”非行政法律上确立和保护“特定权利”，仅是反射利益

《中华人民共和国行政诉讼法》第二条和第四十一条规定中的“合法权益”应采“法律保护范围”说。起诉人诉请保护的不能是泛泛的，或者一般性的合法权益，而必须是与被诉行政行为有关联的、具有确定性的和易于把握的合法权益。

按照该衡量标准，起诉人诉请保护的权益（主张其受到损害的权益）必须是与被诉具体行政行为有关的法律规范所保护的利益，即通常是用以衡量被诉具体行政行为合法性的法律规范所保护的利益范围，该法律规范以保护该权益为目的或者指向⁵。该观点被实务界所广泛接受⁶。可见，合法权益不是泛指的、抽象的，而是由被诉行政行为的法律依据所保护的那种具体的、特定的合法权益⁷。

1、原告所主张的利益不是特定权利，仅仅是反射利益

行政法上所称的利益，是指与行政主体的行为有着直接利害关系的利益，尤其指行政主体的行政目的所指向的目的或利益。在德国、日本，曾经以“权利的反射”或“反射利益”概念，把由于法律保护公共利益而间接地给有关人员带来的利益，排除在私人享有的法律利益范围之外。即起诉人不能通过主张反射利益而成为适格原告⁸。利益与反射利益的区别在于前者是行政的主观目的，后者则是行政的客观结果。因而，前者是法律主观意图所保护的利益对象，而后者不是。任何一个国家的行政诉讼法都不会保护公民的反射利益，而仅仅是保护与行政主体作出的行政行为有较为直接利害关系的利益。

当行政活动仅在事实上、客观上给特定或不特定的私人带来一定的利益或损害时，因这种利益是为了实现行政目的而采取的行政行为的结果，而不是法律所确立和保护“特定权利”。关于“法律上的利害关系”，最高法院行政审判庭庭长江必新将其概括为“公民、法人或者其他组织能够证明自己与被诉的行政行为具有其他公民、法人或其他组织不具有的特别的利害关系。”

³ 江必新主编，《中国行政诉讼制度的完善》，法律出版社2005年版，第115页。

⁴ 张旭勇：《“法律上利害关系”新表述》，载《华东政法学院学报》，2001年第6期第42页

⁵ 孔祥俊，《法院在实施《行政许可法》中的监护作用》，载于《法律适用》2004年第8期。

⁶ 王达，《债权人对影响其债权实现的房地产登记行为是否具有司法救济权》，载于《行政执法与行政审判》2004年第4集（总第12集）

⁷ 朱中一：《供应商以外的主体在政府采购行政诉讼中不具有原告资格》，载于《行政法学研究》

⁸ 胡芬：《行政诉讼法》，莫光华译，法律出版社2003年版，第251页

杨建顺：《日本行政法通论》，中国法制出版社1998年版，页198-200

本案中，与我局行政行为有直接利害关系的利益是“金色童年快车”与“母亲水窖”两个公益项目的实施，在这一行政行为作出的过程中对原告“合法权益”的“损害”，仅仅是一种反射利益的体现，不是我国行政诉讼法所保护的合法权益，也不存在特别利害关系。

2、原告健康权的损害不具有现实性和必然性

首先，原告无法证明其健康权受到损害

原告诉称，其长期受到烟草烟雾损害，要求我局对京华中心的行为进行查处。但是原告并不能举出相关的证据材料证明其健康权受到损害；

其次，原告无法证明是由于黄金叶烟草的烟雾导致其健康权受到损害

即使原告可以举出相关证据材料证明其健康权受到烟草烟雾的污染，但是原告并不能证明其健康权受到损害是由于黄金叶烟草的烟雾污染。烟草的污染也存在许多的不确定的因素，比如不同的场所、不同的消费人群、所处的区域等其他的因素。原告难以证明其受到的损害就是黄金叶烟草的烟雾污染造成的。

最后，原告无法证明由于我局的行政行为导致其权益受损程度的加深

烟草对于人体的危害是一种事实，原告不能证明其这种损害是由于我局并未查处黄金叶烟草公司的捐赠以及所谓的“变相广告”而造成的。即使原告认为黄金叶烟草公司进行捐赠以及开展公益项目扩大了烟草的销量，造成了烟雾污染和原告的损害，这样的损害也只是一个增量，原告无法证明这样的增量是多少，更无法证明其是由于我方的行政行为或者由于黄金叶烟草公司捐赠行为造成的。

烟草制品销售数量的增加并不必然导致原告受进一步烟雾损害。增量的多少没有办法计算，损害是否真的扩大也没有办法证明，在此情况下，原告的权益受进一步损害没有得到证明。同时烟草的污染也存在许多的不确定的因素，原告无法证明这样的增量有多少。即使在这之后继续受到烟草烟雾的损害，也不能说明就与我局有了关系。烟草广告的效果在与使得更多的人去购买和消费烟草制品，而这些比原本的烟民多了的烟民有多少，这些烟民在何处吸烟，这些烟雾对原告的健康是否造成了进一步的损害，这些事实都不明了，也没有进一步的证明。所以原告所起诉的权利基础既不现实，也不必然。原告更无法证明由于我局并未禁止烟草公司进行捐赠以及开展相关活动而扩大了烟草的宣传和烟草销量。

因此，原告权益的损害不具有现实性和必然性，仅是一种泛泛上的“合法权益”。

（二）具体行政行为的存在

1、如何界定具体行政行为

所谓具体行政行为，是指行政机关行使行政权力，对特定的公民、法人和其他组织作出的有关其权利义务的单方行为。具体行政行为有四个要素：第一，主体要素；第二，成立要素；第三，对象要素；第四，内容要素。具体行政行为的存在是引发法律上利害关系的关键。首先，在我们讨论的行政诉讼原告资格的范围里，如果没有具体行政行为的存在，那么权益人的合法权益就不可能发生变化，那么权益人也不会提起诉讼了。因为《中华人民共和国行政诉讼法》中规定，仅对具体行政行为才可以提起诉讼。具体行政行为可以产生如下的法律效力：第一，确定力；第二，拘束力；第三，执行力；第四，公信力。

2、我局的行政行为为行政事实行为，非具体行政行为

行政事实行为是指行政主体基于职权实施的不能产生、变更或者消灭行政法律关系的行政行为。我局作出回复函的行政行为为行政事实行为，并不对相对人的权利义务产生法律上的影响。

本案中，我局针对原告蓝天提出的要求查处京华中心违法接受捐赠并开展变相烟草广告行为的申请，我局在经过认真调查后对其请求进行了回复，作出《京华市民政局投诉（举报）回复函》。该回复函并未对原告直接设定、变更或者消灭权利和义务关系，也没有引起相关的法律关系的产生、变更和消灭，也没有产生法律上的效力。

（三）原告“合法权益”的受损与行政行为之间不存在因果关系：

行政行为与起诉人合法权益遭受侵害之间，**必须具有法律上的因果关系，即合法权益受到侵害须是具体行政行为作用的结果**，因此只有具备了法律上的因果关系，才符合原告资格要件，如果行政行为与起诉人的合法权益风马牛不相及，显然就不具备原告资格要件⁹。而且，司法实践要求损害结果与被告行政行为之间有明确的因果关系，而排除可能的因果关系¹⁰。因此，证明被诉具体行政行为与原告受损害的合法权益之间存在明确的因果关系，成为确定起诉人拥有原告资格的关键。

本案中，原告的合法权益受到损害与黄金叶公司的捐赠和开展公益活动无明确的因果关系。

首先，京华中心设立金叶基金，在周边县域开展以“金叶映秋实，华彩写人生”的作文比赛，并不是对黄金叶公司的一种广告宣传，不会扩大黄金叶公司的影响范围。

其次，假使这是一种宣传，且中学生是吸烟主要群体，那该行政行为与原告受烟雾损害之间也并无直接的因果关系。这种因果关系只是一种假象的，是起诉人主观臆造的因果关系。假使是京华中心不在周围县域开展该作文比赛，原告蓝天同样会受到烟雾污染，身体受到损害。

假使我们不否定这种因果关系的存在，假定起诉人受到该行政行为的影响，那种影响发生的可能性也是极小的。在我方当事人行政行为与原告所谓的权益之间存在着若干其他因素，这一条因果关系链实为冗长，中间的因素有很多。比如说黄金叶烟草公司生产的卷烟在市场上所占份额很大，或者说本次作文比赛的影响范围很大，再比如蓝天周边的人对黄金叶卷烟情有独钟，这里面存在着很多很多因素，只有当它们同时发生时该因果关系才能成立，但是每一个因素的存在可能性都很小，它们同时发生的可能性必然小之又小，所以，这种因果关系的成立可能性是微弱的，缺少某一个因素，都会使这条因果关系链灰飞烟灭。

综上，原告所认为的利害关系只是一种想象的、微弱的因果关系，根本不能成立原告与被告具体行政行为之间法律上的利害关系。

综上所述，原告不符合“法律上利害关系人”的构成要件：第一，原告所主张的利益不是特定权利，仅仅是反射利益；第二，具体行政行为并不存在；第三，原告“合法权益”的受损与行政行为之间不存在因果关系。因此，原告不符合《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》第十二条所规定的“法律上的利害关系人”，因此不具有适格的原告资格。

⁹ 叶伟平《行政诉讼原告主体资格问题刍议》，载于《行政执法与行政审判》2005 年第 4 期（总第 16 集）。

¹⁰ 甘文，《主张、权利和因果关系——重新界定行政诉讼的原告资格》，载于《人民司法》2004 年第 12 期。

二、我局作出的回复函为行政事实行为，不属于行政诉讼法的受案范围

（一）行政事实行为与行政法律行为的区分

行政事实行为是指行政主体基于职权实施的不能产生、变更或者消灭行政法律关系的行
为，具有行政性、不能产生、变更或者消灭行政法律关系、可致权益损害性的三大特征。行政事实行为的内容具有非法律强制性，行政事实行为没有行政法律行为的确定力和拘束力，这是行政事实行为的根本特征。

行政法律行为是指行使行政权力，产生法律效果以实现国家行政管理目的的行为。跟行政法律行为相比，行政事实行为虽然是依职权产生的，但是它未对相对人直接设定、变更或者消灭权利义务。而行政法律行为一经作出，便具有以下效力：1) 确定力：行政行为具有确定力是指有效成立的行政行为，具有不可变更力，即非依法不得随意变更或撤销和不可争辩力；2) 拘束力：行政行为具有拘束力是指行政行为成立后，其内容对有关人员或组织产生法律上的约束力，有关人员或组织必须遵守、服从，主要表现为对行政主体和行政相对人的拘束力；3) 公定力：所谓“公定力”是指行政主体作出的行政行为，不论合法还是违法，都推定为合法有效，相关的当事人都应当先加以遵守或服从，这是行政效率原则的要求；4) 执行力：行政行为具有执行力是指行政行为生效后，行政主体依法有权采取一定手段，使行政行为的内容得以实现的效力。

（二）我局作出的回复函是行政事实行为

本案中，针对原告提出的要求查处京华市中心违法接受捐赠并开展变相烟草广告的行为的请求，我局经过认真调查后，进行了回复，作出《京华市民政局投诉（举报）回复函》。我局认为，该回复函并未对原告直接设定、变更或者消灭权利和义务关系，也没有引起相关法律关系的产生、变更和消灭，也没有产生法律上的效力。此行为只是对行政管理职责的履行和对公民监督、检举和控告权的保护。因此我局作出的《京华市民政局投诉（举报）回复函》为行政事实行为，而非行政法律行为。

（三）本案符合《最高人民法院关于执行<中华人民共和国行政诉讼法>若干问题的解释》中不受案范围的规定

根据《最高人民法院关于执行<中华人民共和国行政诉讼法>若干问题的解释》第一条第二款第六项的规定：“公民、法人或者其他组织对下列行为不服提起诉讼的，不属于人民法院行政诉讼的受案范围：(六)对公民、法人或者其他组织权利义务不产生实际影响的行为”。

结合本案，虽然原告的申请理由不符合法律的规定，但是我局仍本着“为人民服务”的宗旨，对其进行了答复，充分保障了宪法赋予原告的监督权。该行为未侵犯原告的利益，也没有对原告权利义务造成实际影响。

综上所述，该行为是行政事实行为，不在受案范围之内。

三、我局作出的回复函事实认定清楚、证据确凿、适用法律正确

（一）京华市社会福利保障中心接受黄金叶烟草集团有限公司的捐赠符合法律规定

1、捐赠行为双方当事人适格

(1) 黄金叶烟草集团有限公司是适格的捐赠主体

国际公约在我国不能直接适用

原告以《世界卫生组织烟草控制框架公约》以及全国人民代表大会关于批准世界卫生组织《烟草控制框架公约》的决定为法律依据，认定黄金叶公司没有捐赠的资格。首先，我国没有宪法性法律规定国际条约在国内的适用。其次，从我国关于国际条约适用的法律实践可以看出，我国实际采用了纳入与转化这两种方式。然而《世界卫生组织烟草控制框架公约》并未通过纳入和转化的方式成为相应的国内法。

因此，该条约不具有国内法的效力，不能在我国直接适用。

我国法律没有禁止烟草企业从事公益事业

根据私法中“法无禁止皆有权”的原则，《中华人民共和国公益事业捐赠法》、《烟草广告管理暂行办法》等相关法律并没有禁止烟草公司进行捐赠。所以黄金叶公司可以从事公益活动进行捐赠。

我国立法对企业从事公益活动加以支持

从多年的公益实践中可以归纳出，公益捐赠行为是指自然人、法人或者其他组织自愿无偿地向各级政府、依法成立的公益性社会团体和公益性事业单位以及其他代表受资助的不特定人利益的临时机构捐赠金钱、实物以及无形财产，用于公益事业的行为。公司企业进行公益捐赠有利于社会整体利益的提升，也是公司精神文明建设的重要形式之一。

《中华人民共和国公益事业捐赠法》第八条规定，“国家鼓励公益事业的发展，对公益性社会团体和公益性非营利的事业单位给予扶持和优待。国家鼓励自然人、法人或者其他组织对公益事业进行捐赠。对公益事业捐赠有突出贡献的自然人、法人或者其他组织，由人民政府或者有关部门予以表彰。对捐赠人进行公开表彰，应当事先征求捐赠人的意见。”此规定体现了我国鼓励公民、法人和其他组织参加公益事业的立法精神。所以，黄金叶公司进行公益捐赠是积极响应了《中华人民共和国公益事业捐赠法》。

同时，黄金叶公司的捐赠行为，是其履行社会责任的表现

公司的营利性是其根本特征，但是公司也应该履行其社会责任。我国《公司法》在 2005 年修订版第五条中规定“公司从事经营活动，必须遵守社会公德和商业道德，接受政府和社会公众的监督，承担社会责任”。国资委在《关于中央企业履行社会责任的指导意见》第 15 条中指出，“中央企业履行社会责任的主要要求之一是热心参与慈善、捐助等社会公益事业，关心支持教育、文化、卫生等公共福利事业，在发生重大自然灾害和突发事件的情况下，积极提供财力、物力和人力等方面的支持和援助”。

公司投身于社会公益活动，可以弥补国家公益建设资金的不足，促进社会公益事业的发展，有利于社会财富的再分配，缓解社会矛盾。公司从事公益活动不管是对于企业还是对于社会来说都具有很重要的现实意义。随着公司参与社会公益活动的范围日益广泛，公益捐赠成为一种常见的社会公益活动形式。

在本案中，黄金叶公司捐赠 1000 万元，并设立“金叶发展基金”，用于支持贫困地区的“母亲水窖”及“金色童年快车”两个公益项目对于社会的发展而言有着重要的意义。**黄金**

叶烟草公司作为国家法律、法规和政策批准成立和依法进行投资和开发的大型国有企业，不仅为国民经济发展做出了巨大的贡献，同时还主动承担了现代公司的社会责任，积极参与社会公益活动，应当得到社会各界的鼓励和支持。

(2) 京华市社会福利保障中心是适格的接受捐赠的主体

根据《中华人民共和国公益事业捐赠法》第九条的规定，“自然人、法人或者其他组织可以选择符合其捐赠意愿的公益性社会团体和公益性非营利的事业单位进行捐赠”，第三条则规定了公益事业的类型：“本法所称公益事业是指非营利的下列事项：(一)救助灾害、救济贫困、扶助残疾人等困难的社会群体和个人的活动；(二)教育、科学、文化、卫生、体育事业；(三)环境保护、社会公共设施建设；(四)促进社会发展和进步的其他社会公共和福利事业”。结合本案事实，经调查，京华中心为依法成立的公益组织，有国家法律和政策允许的从事公益活动的资质和能力。而捐赠的款项用于支持贫困地区的“母亲水窖”及“金色童年快车”两个项目，其属于公益事业的范围。也就是说，根据第九条的规定，**京华中心是适格的接受捐赠的主体。**

2、黄金叶烟草集团有限公司向京华市社会福利保障中心进行捐赠的这一行为本身不是广告

(1) 关于什么是广告

关于什么是广告，《Black's Law Dictionary》对其作了相关的定义：“advertising. the action of drawing the public's attention to something to promote its sale.”¹¹也有观点认为：“广告主创造广告信息并意图使这种信息全面传达”¹²在现代，广告被认为是运用媒体而非口头形式传递的具有目的性信息的一种形式，它旨在唤起人们对商品的需求并对生产或销售这些商品的企业产生了解和好感，告之提供某种非营利目的的服务以及阐述某种意义和见解等。

《中华人民共和国广告法》第二条规定，“本法所称广告，是指商品经营者或服务提供者承担费用，通过一定的媒介和形式直接或者间接地介绍自己所推销的商品或者所提供服务的商业广告。”该条法律规定阐明了广告的构成要素：

- ① 商品经营者或服务提供者承担费用
- ② 通过一定媒介和形式介绍自己的商品或服务
- ③ 该笔费用是用于商品介绍或服务

(2) 根据广告的构成要素分析捐赠行为的合法性

本案中，原告认为“金叶发展基金”中的“金叶”二字与黄金叶烟草公司的名称重合，是黄金叶公司通过捐赠行为进行的一种变相广告宣传。首先，“金叶”不等于“黄金叶”，将二者混为一谈只是原告的主观认识，不能作为普通大众的一般感受。黄金叶公司并没有以自己公司名称或产品商标命名该基金，“金叶”二字，仅仅是对该基金美好的寄托。其次时值金秋，以此命名是应景而为，并不是所谓的以公司名称命名的广告宣传。同时，以“金叶”为名的企业、公司不计其数，涉及各行各业，所以不能作为认定广告的依据。最后，“金叶”与中国妇女发展基金会实施的慈善项目——金色童年快车中的“金色”二字相呼应。

¹¹ Bryan A.Garner, 《Black's Law Dictionary》(8 edition), Thomson West, p168

¹² 《人民法院报》，2008 年 4 月 20 日，第 003 版

因此，1000 万元的捐赠基金费用就不是广告法中所称的用于介绍商品或服务的费用。所以黄金叶公司捐赠 1000 万元用于设立“金业发展基金”的行为就不是广告，具有合法性。

（二）京华中心与黄金叶公司合作开展的一系列活动不是变相烟草广告，没有违反法律法规

1、“金叶映秋实，华彩写人生”的标语标牌不是烟草广告

黄金叶公司在公益活动过程中打出“金叶映秋实，华彩写人生”的标语标牌并非烟草广告行为而是公益活动的标识，没有违反《中华人民共和国广告法》、《烟草广告管理暂行办法》中关于烟草广告的相关规定。

原告对于“金叶”二字的理解有误。从句意来看，“金叶映秋实，华彩写人生”表达的是在硕果累累的秋天，我们应珍惜时间，把握机会，用华美的色彩书写人生。在此句中，“**金叶**”二字点出了比赛的时间，并与中国妇女发展基金会实施的慈善项目——金色童年快车中的“金色”二字相呼应，并不是“黄金叶”公司中的“金叶”。

除此之外，根据京华新晚报 2010 年 11 月 16 日第四版（见附件五）的报道：“市福保中心在近两个月内，先后在金枫、大叶等四个县组织了以县为单位的中学生作文比赛”，可见“金叶”二字也是此次作文比赛参赛县名字的简称。而在该基金会的宣传标语中，并没有特意突出黄金叶公司的名称，这严格遵守了《烟草广告管理暂行办法》第九条第一款：“烟草经营者利用广播、电视、电影、报纸、期刊发布社会公益广告时，不得出现烟草制品名称、商标、包装、装潢。出现的企业名称与烟草商标名称相同时，不得以特殊设计的办法突出企业名称”。张贴这样的标语标牌仅仅是为了扩大“金叶发展基金”这个公益基金的影响范围，是对公益活动的宣传，而不是对黄金叶烟草的促销与推广。

根据《中华人民共和国广告法》第二条第二款的规定，“本法所称广告，是指商品经营者或者服务提供者承担费用，通过一定媒介和形式直接或者间接地介绍自己所推销的商品或者所提供的服务的商业广告。”由此可知，该行为并不是在推销商品，故不构成广告。因为不构成烟草广告，遂不违反《中华人民共和国广告法》、《烟草广告管理暂行办法》中关于烟草广告的规定。

2、以“金叶映秋实，华彩写人生”为题的中学生作文比赛不是冠名、冠杯活动

法律上没有对冠名进行界定，冠名权在新华字典中的含义是“商家为某项活动（如比赛、义演等）出资赞助，取得用自己的商标或品牌为活动命名的权利”。所谓冠名，就是一方当事人以自己的姓名、名称或商标、产品名称等对于另一方当事人所有或管理的对象化事物进行的命名。命名的一方取得了冠名权之后，就享有对冠名的维持、使用处分与排除非法干涉。冠名权所体现的财产权因素，即冠名的机会，可以认为是一种无形财产¹³。

京华中心在周边县域组织的以“金叶映秋实，华彩写人生”为题的中学生作文比赛，是“金色童年快车”项目中的一个组成部分，目的是唤起中学生对周围世界的关注，增强中学

¹³ 朱体正：《冠名权的法理界定》，载于《社会科学家》，2006 年 7 月第 4 期

生的文化素养，而不是对黄金叶公司形象的宣传，更不是为了推销黄金叶公司的产品，并没有扩大黄金叶有限公司的影响。组织该作文比赛的行为不构成烟草广告行为，不违反相应的法律法规。所以这是一次积极向上，健康进取的活动，并不会对青少年产生危害，在社会上也并没有产生消极的影响。

我局认定该行为并非是“以公益活动为招牌，变相为烟草企业冠名，大肆宣传和推广烟草广告”的行为。《烟草广告管理暂行办法》第八条规定，“在各类临时性广告经营活动中，凡利用烟草经营者名称、烟草制品商标为活动冠名、冠杯的，不得通过广播、电视、电影、报纸、期刊发布带有冠名、冠杯内容的赛事、演出等广告”。

首先，京华中心与黄金叶烟草公司组织作文比赛，**既非冠名、冠杯的赛事，也非临时性的广告经营活动，而是公益项目中的内容；**

其次，黄金叶公司并没有以自己公司的名称或产品商标命名该活动，仅以“金叶”二字。对于“金叶”二字，通常人不会立刻联想到黄金叶公司。除此之外，以金叶为名的企业、公司不计其数，涉及各行各业；金叶含义颇多，金叶基金当然不是对黄金叶公司的大肆宣传和推广；此作文比赛中用“**金叶映秋实、华彩写人生**”的标语既点名了比赛的时间也暗含了**金枫、大叶两处地名**；并不是“取得用自己的商标或品牌为活动命名的权利”的行为；

最后，根据《中华人民共和国广告法》第八条规定，“通过广播、电视、电影、报纸、期刊发布带有冠名、冠杯内容的赛事、演出等广告”。该作文比赛既非以烟草企业冠名、冠杯的比赛，也没有通过“广播、电视、电影、报纸、期刊”进行发布。因此其不在法律规定的禁止范围之内。

综上，我方认为，黄金叶公司向京华中心的捐赠行为不是《中华人民共和国广告法》第八条中禁止的事项，不是以烟草企业冠名、冠杯活动。

3、黄金叶公司派出工作人员参加赛事的组织工作不是变相广告宣传

黄金叶公司派出工作人员参加赛事的组织工作，也并非广告宣传行为。正如在回复函中所称：工作人员参加组织活动，是**黄金叶公司履行与京华中心签订的捐赠协议中有关“公司社会责任”的规定**。该行为的目的是为了辅助赛事的组织筹划，保证活动的有序进行。这一方面体现了工作人员的热情以及高尚道德情操，另一方面也体现了黄金叶公司高度的社会责任感。因此，黄金叶公司派工作人员参加赛事组织工作这一行为并非是对公司的广告宣传，不构成烟草广告。

4、西南省工商行政管理局出具证明，认定京华中心与黄金叶公司合作开展的一系列活 动不是变相烟草广告

根据我国相关行政法律法规，行政机关的行政行为一旦作出，即具有**公定力和拘束力**，非经法定程序不得撤销。在经法定程序撤销之前，其他行政机关和相对人都受此行政行为的拘束。本案中，西南省工商局作出的认定行为具有公定力和拘束力，我局自然受其行政行为的拘束。

西南省工商行政管理局出具证明，认定该公司网站上报道的赞助活动内容及赞助活动现场多处树立的赞助用语“金叶映秋实，华彩写人生”均为公益活动的标识，不含烟草促销元

素，不构成商业广告宣传。根据《最高人民法院关于行政诉讼证据若干问题的规定》第63条：“证明同一事实的数个证据，其证明效力一般可以按照下列情形分别认定：（一）国家机关以及其他职能部门依职权制作的公文文书优于其他书证”。根据该证据**优势规则**，**西南省工商行政管理局出具的证明再本办案中具有最高效力**。

京华中心与黄金叶公司合作开展的一系列活动均不是烟草广告行为，我局在回复函中所作出的认定是正确无误的。

综上，京华中心接受黄金叶公司的捐赠行为以及与其合作开展的一系列活动没有违反相关法律法规，我局在回复函中做出的认定，事实认定清楚，证据确凿。

（三）我局作出的行政行为适用法律、法规正确

本案系行政诉讼案件。原告在申请书中要求我局依据《全国人大常委会通过关于批准世界卫生组织烟草控制框架公约决定》、《世界卫生组织烟草控制框架公约》第十三条和我国有关广告的法律法规的规定对其下属的京华中心的违法行为依法予以查处。我局在收到原告申请书后，积极依照法律履行行政职权，并于法定期间内发出了《京华市民政局投诉（举报）回复函》，适用法律、法规正确无误。

1、我局下属京华中心接受黄金叶公司捐赠并设立“金叶发展基金”的行为

依据《中华人民共和国公益事业捐赠法》第八条的规定“国家鼓励自然人、法人或者其他组织对公益事业进行捐赠”，且法律法规没有明文规定烟草公司不得进行公益性的捐赠，因此黄金叶公司的捐赠行为应受到鼓励。另根据我国《信访条例》第三十三条规定，“信访事项应当自受理之日起60日内办结”，《中华人民共和国民事诉讼法》第七十五条关于最后一天节假日的期间的规定，我局于2011年2月15日向原告发出回复函时并没有超出60日的期限。

2、我局允许京华中心与黄金叶公司携手合作开展作文比赛的行为及其赞助标语的认定

经查证，开展的作文比赛是其支持贫困地区公益项目——“金色童年快车”活动的一个组成部分，而非该公司的商业推广或广告宣传活动。依据《中华人民共和国广告法》第二条与《烟草广告暂行管理办法》第二条对“广告”和“烟草广告”的明确规定，烟草广告即是指烟草制品生产者或者经销者（以下简称烟草经营者）发布的，含有烟草企业名称、标识，烟草制品名称、商标、包装、装潢等内容的广告。其标语中的“金叶”二字含义颇多，并不符合相关法律法规对“广告”及“烟草广告”的认定。其次这一系列活动具有公益性，并不包含广告的盈利性、促销性元素，因此不能以《烟草广告暂行管理办法》第八条为依据。

3、对于原告“对接受赞助行为、开展活动并以赞助用语为题的作文比赛、以及与该公司合作在上述活动中进行烟草广告宣传等活动予以查处”的要求

首先，依据我国《中华人民共和国公益事业捐赠法》第十二条的规定，捐赠人可以与受赠人就捐赠财产的种类、质量、数量和用途等内容订立捐赠协议。捐赠人有权决定捐赠的数量、用途和方式。因此，京华中心与黄金叶公司签订协议并一一履行，并不违反也不超出该法律的规定。同时，《中华人民共和国宪法》第四十一条明确规定了公民的监督、控告、检举的权利。在本案中，对于原告的《申请书》，我局在查明事实的基础上向原告作出了回复函。

可见，我局已根据原告的申请依法行使了行政职能，并非行政不作为。因此我局在回复函中作出的不予以查处的决定符合法律法规的要求。

其次，依据《中华人民共和国广告法》第六条的规定，我局并非广告的监督管理机关，因此对于原告所认为的“烟草广告”没有查处权。

综上，我局所作出的行政行为合法合情合理，原告对我局的上述要求不合法不合理，无法通过法律、法规得到任何支撑。

（四）国际公约在我国不适用

1、国际法和国内法的关系问题：

国际法与国内法无论在主体、调整对象、法律渊源、效力根据、实施等方面都不相同，所以毫无疑问两者是不同的法律体系。但由于国家是国内法的制定者，又是国际法的制定者，所以国际法与国内法彼此之间有着密切的联系，互相渗透、互相补充。正如王铁崖先生认为：“国际法与国内法的关系在理论上的争议是不可避免的。尽管更务实的英美学者对欧陆学者一元论、二元论的对立往往不屑一顾，但是这并不意味着国际法和国内法关系的理论争议在实践中毫无意义，相反，它是上至国际法院下到各国的国内法院在引用国内法和国际法时都不得不面对的问题，任何回避与含糊其辞都无益于问题的解决¹⁴”关于国际法与国内法的关系问题，理论上有一元论和二元论之争。

2、国际法在国内适用的普遍的操作：

国内法与国际法是两个完全独立的法律体系，国际法本身不会成为国家内部法律的一部分。特殊情况下，国际法规则可以在国内适用，而它们之所以能在国内适用，是因为它们为国家内部法律所采纳，并作为该国国内法的一部分而不是作为国际法来适用¹⁵。

（1）关于条约在一国的适用的理论：

第一种是“一元论”，即认为国内法与国际法属同一法律体系，持该主张的学者又分为两派，一派认为国内法优于国际法，另一派则认为国际法优于国内法。

第二种是“二元论”，即认为国内法与国际法属不同的法律体系。两者在效力上不具有可比性。从“二元论”出发，则国际条约不能在国内直接适用，只能通过成员国依据条约规定来废、改、立国内法的方式在国内间接适用，这适用模式被称为“转化”。

第三种是混合式，指一个国家同时采用转化和纳入两种方式适用条约。根据条约的性质或内容的不同，要求有些条约以纳入并入的方式在国内直接适用；而另一些条约须经过立法机关的立法转化为国内法后才能在国内直接适用。

（2）国际上关于国际法适用的方式：

一般理论上认为，**各国缔结或参加的国际条约并不能直接成为其国内的法律，除非另经其国内立法机关以“纳入”或“转化”的方式予以确认。**

所谓纳入，是指将条约一般性地纳入国内法，在国内直接适用。所谓转化，是指将条约规定为相应的国内法形式，间接适用。通过转化或者纳入后，国际条约就相当于国内法。当然这一类的“国内法”与真正的国内法之间的效力还是有所区分的。

3、国际条约在我国的适用：

¹⁴ 王铁崖：《国际法引论》，北京大学出版社，1998

¹⁵ 贾少学：《国际法与国内法关系论争的时代危机——对一元论和二元论进路的反思》，载于《法制与社会发展》，2009年第2期

一个国际条约要在一个国家的国内适用，前提是这个条约已经生效。条约的生效是指一个条约在法律上成立，对各缔约方发生约束的法律效果¹⁶。国内法转化为国际法的条件是得到国际社会的公认，而**国际法转化为国内法的条件则是要经过各国立法机关的法定程序。**¹⁷

国家参与国际公约，并不意味着国际公约在国内直接适用。认为一国所参加或缔结的国际条约都能够在该国内直接适用的观点没有意识到国际法与国内法存在和发展所依赖的社会基础的不同，而是简单地将国内法的模式生硬地套用到国际法与国内法的关系之中，进而否定作为国家根本属性和国际法基础的国家主权，意图以世界法代替国际法，以世界政府代替主权国家¹⁸。

(1) 我国无宪法性法律规定国际条约如何适用：

当前，**我国并无宪法性法律规定国际条约在国内的适用问题。**在执行国际条约的国内程序这一问题上，我国也没有原则性的规定，既没有规定转化方式，也没有规定纳入方式。我国《宪法》仅原则性简单规定了国务院的缔约权及全国人大常委会的决定批准与废除权，《缔结条约程序法》也只规定了缔结条约的程序问题。全国人大常委会在公布决定批准或加入国际条约时，并不意味着其开始在国内生效。而命令执行该国际条约时，一般也不单独制定“实施某国际条约”的法律，只是把国际条约的内容转化为国内法。这就是说没有采用转化的方式。同时，**中国也没有将国际条约纳入国内法的明确规定。**

(2) 国际条约在我国的适用的具体方式

其一，通过法律规定条约在国内直接适用。

我国一些具体的单行法律规定了国际条约的直接适用。关于直接适用条约的方式，《民法通则》第一百四十二条规定：“中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同中华人民共和国的民事法律有不同规定的，适用国际条约的规定，但中华人民共和国声明保留的条款除外。中华人民共和国法律和中华人民共和国缔结或者参加的国际条约没有规定的，可以适用国际惯例。”《中华人民共和国民事诉讼法》第一百八十九条规定，“我国缔结或者参加的国际条约同本法有不同规定的，适用该国际条约的规定。但是，我国声明保留的条款除外”。此外，我国国内机关，包括行政机关和司法机关，特别是国务院及其所属的政府部门也制定了许多行政法规，对直接适用国际条约作了规定。除法律和行政法规外，最高人民法院颁布的权威性司法解释，有的也含有要求各级人民法院直接适用国际条约的规定¹⁹。

其二，通过国内立法将国际法转化为国内法。

我国《领海及毗连区法》和《缔结条约程序法》等法律，都是不同程度地将国际法规则转化为国内法。此外，在我国立法实践中，许多法律的起草和制定直接参照了有关国际法，从整体上保证了中国立法符合国际法的要求。例如，我国1990年的《著作权法》就是参照《保护文学艺术作品伯尔尼公约》和《世界版权公约》的规定而制定的，这就是通过国内立法的形式将国际法转化为国内法的国家实践。

¹⁶ 王铁崖主编：《国际法》，1995年8月第1版，第308页

¹⁷ 王虎华主编：《国际公法学》，北京大学出版社，2009年版，第29页

¹⁸ 陶凯元：《国际法与国内法关系的再认识——凯尔森国际法学思想述评》，载于《暨南学报：社会科学版》，1999

¹⁹ 王虎华：《论国际法在国适用的理论与实践》，载于《当代国际法从论》，第13页

其三，根据国际条约修改和补充国内法。

根据我国缔结或参加的条约的规定，在现行法律规定与条约规定明显不一致或者现行法律没有相应规定的情况下，我国及时地对国内法作出相应的修改或补充。例如，我国于 1985 年加入《保护工业产权巴黎公约》后，为了保证全面履行公约的义务，国务院于 1985 年制定了《关于申请商标注册要求优先权的暂行规定》，对《商标法》作了重要补充。

综上所述，国际条约在我国的适用，大多采用转化与纳入相结合的方法。国际法在我国具有效力的前提是国际条约已经成为“国内法”进行适用。

4、《世界卫生组织烟草控制框架公约》在本案中并不适用：

(1) 《世界卫生组织烟草控制框架公约》不具有国内法的效力：

《世界卫生组织烟草控制框架公约》没有通过“转化”或“纳入”方式转化为国内法

各国缔结或参加的国际条约并不能直接成为其国内的法律，除非另经其国内立法机关以“纳入”或“转化”的方式予以确认。根据我国相关的司法实践，我国参与的国际公约必须通过“纳入”或者“转化”的方法，才能产生国内法的效力。而本案中，原告所援引的《世界卫生组织烟草控制框架公约》并未通过任何方式转变为“国内法”。

首先，关于国际条约的直接适用，我国虽然在一些具体的单行法律中有规定，但是本案中，我国并没有相关的法律法规规定《烟草框架公约》可以在我国直接适用。

其次，我国也没有将该框架公约转化为国内法。如我国在加入《维也纳外交关系公约》和《领事关系公约》以后，将两个公约的内容纳入了我国国内法律体系，制定了《外交特权与豁免条例》和《领事特权与豁免条例》。但是我国却并未依据该公约制定相应的关于烟草控制的国内法律。

再次，我国也没有根据该公约修改和补充国内立法。关于烟草企业的捐赠行为，《中华人民共和国公益事业捐赠法》、《中华人民共和国广告法》以及《烟草广告管理暂行办法》都没有禁止性规定。我国在加入《世界卫生组织烟草控制框架公约》后，并未对以上相关法律进行修改和补充。

综上，《世界卫生组织烟草控制框架公约》并不具有国内法的效力。

(2) 《民法通则》规定“国际条约效力高于国内法”仅适用于涉外案件：

《民法通则》第一百四十二条规定：“涉外民事关系的法律适用，依照本章的规定确定。中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同中华人民共和国的民事法律有不同规定的，适用国际条约的规定，但中华人民共和国声明保留的条款除外”。该条法律规定的情形仅适用于涉外民事案件，在涉外民事案件中可以适用“国际条约优先”的原则。

但是在本案中，并非涉外民事案件，不适用该条规定，即不适用国际条约。而我国有许多直接适用国际公约的案件：如 1998 年“美国联合企业有限公司与中国山东省对外贸易总公司烟台分公司购销合同纠纷案”，1995 年北京第一中级人民法院审理的“二十世纪福克斯公司诉北京市文化艺术出版社音像大世界侵犯著作权纠纷案”，1988 年天津海事法院审理的

“中国船舶燃料供应公司天津分公司与香港大顺航运有限公司船舶碰撞损害赔偿纠纷案”等都是因为具有涉外因素²⁰，才可以根据相关的法律法规，优先适用国际法。

但是本案中，黄金叶公司对京华中心捐赠 1000 万元，并设立基金的行为不含有涉外因素，所以不应该适用《民法通则》等相关法律的规定，即不能优先适用国际法。

(3) 国际公约的义务主体应该是国家，而非一国公民：

每个国家作为国际法主体有义务履行缔结或参加的国际条约，这一点毋庸置疑，国际条约只是用来解决含有涉外因素的案件。但是，当某一案件事实并不具有涉外因素，而仅仅是一国内部的纠纷时，能否以国际条约作为审判的法律依据就必须具体分析。

国际条约的义务主体应该是条约的缔约国或参加国，而不应该是缔约国或参加国国内的公民，如果要求每一个缔约国或参加国公民都必须遵守该国所有参加或缔约的国际条约，这显然对于公民的“知法”的程度要求太高，作为一个普通公民也很难做到。这样的要求是过分的，也是不切实际的。所以应该由缔约或参加的国家来履行国际条约的义务——将国际条约转变为国内法进行适用。

本案中，我国加入《世界卫生组织烟草控制框架公约》后，我国的确有义务在相关的时间内制定或修改相应的法律以达到与国际条约相适应的目的，履行国家责任。但是我国却并未通过将条约转化为国内法在我国国内适用，仅仅是由全国人大常委会批准加入。对于其是否生效，何时生效、效力如何、具体执行措施如何，广大公民都难以预见和知晓。如果仅依据我国的加入便要求适用国际公约，要求公民在从事相关的行为时完全依据此公约，这难以保证公民对法律的预见性，会带来社会经济秩序的动荡。

(4) 《世界卫生组织烟草控制框架公约》仅是原则性条款，而非行动性条款，缺乏可执行力：

《世界卫生组织烟草控制框架公约》仅是框架性和原则性条款，缺乏具体的可执行性的规范。这些原则性的条款难以与国家的具体实践相结合，在我国更难以实施。

(5) 行政诉讼中的法律渊源不包括国际法：

《中华人民共和国行政诉讼法》第五十二条规定“人民法院审理行政案件，以法律和行政法规、地方性法规为依据。地方性法规适用于本行政区域内发生的行政案件。”此条规定了我国审理行政案件所适用的法律渊源主要是法律、行政法规和地方性法规，并不包含国际条约等国际法律规范。此外，我国的《立法法》等相关的法律也并未规定我国行政机关所作出的行政行为所依据的法律渊源包括国际条约等国际法律规范。

本案中，京华市民政局作出的行政行为严格依据并遵守我国的相关法律、行政法规和具体的规章制度，合法合情合理，不需要适用国际条约。

四、我局认真履行法定职责并无行政不作为

²⁰ 沈四宝、谢进：《论国际条约在我国的适用》，载《甘肃社会科学》2010 年第 3 期，96—100 页。

（一）我局已认真履行法律规定的职责

根据我国《社会福利机构管理暂行办法》第五条规定，“国务院民政部门负责指导全国社会福利机构的管理工作。县级以上地方人民政府民政部门是社会福利机构的业务主管部门，对社会福利机构进行管理、监督和检查”。

在原告向我局提交申请书，要求我局对京华中心和黄金叶公司之间的捐赠行为以及后续的一系列活动进行监管、查处后，我局按照法律规定充分调查了京华中心与黄金叶烟公司的行为，履行了自己的职责。并作出了回复函，从中可以看出，一方面我局对京华中心与黄金公司的一系列活动是否为广告行为进行了充分的调查、鉴定；另一方面，我局也对京华中心以及黄金叶公司的性质、其从事公益活动的资格进行审查。因此，我局已认真履行了自己的职责，充分保障了原告的合法权益。并非行政不作为。

（二）我局所未履行的查处违法广告的原告诉求超出我局权限范围

对于行政机关来说，“法无明文规定即禁止”。尤其是对于行政处罚和行政干预，一旦行政主体没有法律的授权就对社会生活进行干预，会严重侵犯宪政秩序。因此我局一向对查处违法行为坚持“有法可依、有法必依”的原则，绝不越权。

本案中，我局并没有任何职权对黄金叶公司的行为进行查处。原因如下：

查处违法广告的行为主体只能是工商行政管理部门。《中华人民共和国广告法》第六条规定，“县级以上人民政府工商行政管理部门是广告监督管理机关”。由此可见，查处违法广告的权力为工商行政管理部门所有。

原告在申请书中要求我局依据《中华人民共和国广告法》第十八条对黄金叶公司的宣传活动进行查处。但是根据《中华人民共和国广告法》第四十二条的规定，“违反本法第十八条的规定，利用广播、电影、电视、报纸、期刊发布烟草广告，或者在公共场所设置烟草广告的，由**广告监督管理机关**责令负有责任的广告主、广告经营者、广告发布者停止发布，没收广告费用，可以并处广告费用一倍以上五倍以下的罚款”。

可见有权对非法烟草广告进行处罚的机关应当是广告监督管理机关。而查处违法广告的权力只能有工商行政管理部门行使。我局是民政部门，不是工商行政管理部门，因此没有查处非法广告的权利。同时在本案中，西南省工商行政管理局已经认定了黄金叶公司的赞助用语不含有烟草促销元素，黄金叶公司的宣传用语经过西南省工商行政管理局的批准之后，我局不能越权查处。

（三）我局是在法定期限内发出回复函

原告于 2010 年 12 月 13 日向我局递交申请书，我局在 2011 年 2 月 15 日对原告进行回复。根据《信访条例》第三十三条规定，“信访事项应当自受理之日起 60 日内办结”。即我局只需在 60 天内（工作日）作出回复即可。所以原告在申请书中希望我局在 30 天内作出回复的要求没有法律依据。出于对人民负责的态度，为了更加充分仔细没有疏漏地调查京华中心与黄金叶公司的行为，因此我局花了更长的时间、更多的心血去进行证据搜集、事实调查等，并在法律规定时间内及自己所能地给予原告回复

第三部分 情理上的答辩意见

一、我局作出的行政行为完全符合行政法的基本原则和精神

（一）基于信赖利益保护原则，黄金叶公司的信赖利益应当得到保护，我局在回复函中所作出的答复是正确无误的：

所谓信赖利益保护原则，是指政府对其行为应守信用，个人或组织对政府行为的正当利益必须予以合理保护，以使其免受不可预计的不利后果。信赖保护原则的基础在于法律稳定、政府诚信以及公民的基本权利保障。若政府随意改变其已经作出的行为、反复无常，那么，不仅法律秩序难以在一段时间内保持安定状态，政府在民众中失去信用，更会让公民的基本权利难以得到正当的保护。

信赖保护原则大致要符合以下条件：（1）信赖的基础是政府的一定行为，包括作为、不作为以及承诺，而不管该政府行为是否合法；（2）个人或组织对该政府行为存在信赖，这种信赖是通过个人或组织采取的某种行为表现出来的；（3）个人或组织的信赖是值得保护的正当信赖，如果是当事人通过恶意欺诈、胁迫、贿赂或其他不正当方法导致政府作出行为的，或者当事人对重要事项提供不正确资料或不完全陈述而导致政府行为的，或者当事人明知政府行为违法或者出于重大过失而忽视政府行为违法性的，那么，个人或组织的信赖就是不正当信赖，法律不予以保护。如果满足上述条件，信赖保护可以采取两种方式，一是存续保护的方式，即政府不得撤销、变更或废止已经作出的行为；二是补偿保护的方式，即政府要权衡公共利益和个人或组织的信赖利益，认为公共利益明显大于个人或组织的信赖利益的，必须撤销、变更或废止已经作出的政府行为。否则，公共利益会受到重大损失，那么，政府可以撤销、变更或废止，但同时应当对个人或组织由此而受到的合法权益损失予以适当的补偿。

结合本案，黄金叶公司向京华中心捐赠 1000 万元，设立基金，用于支持贫困地区的“母亲水窖”和“金色童年快车”两个公益项目。相关民政部门对黄金叶公司设立基金的行为予以确认和许可。

首先，相关民政部门已经作出了行政确认和行政许可这两个具体行政行为，构成了信赖的基础。

其次，从黄金叶公司在履行捐赠协议之后，所作出的一系列行为（如：举办作文比赛、派工作人员参与作文比赛组织工作）中可以看出，黄金叶公司已经对相关民政部门作出的行政行为产生了信赖。

最后，黄金叶公司的信赖是值得保护的正当信赖。该公司未提供虚假信息，而相关民政部门作出该行政行为没有违法也没有重大过失。所以黄金叶公司的信赖是正当的信赖利益，应当予以保护。结合法条，《中华人民共和国行政许可法》第八条规定：“**公民、法人或者其他组织依法取得的行政许可受法律保护，行政机关不得擅自改变已经生效的行政许可。**行政许可所依据的法律、法规、规章修改或者废止，或者准予行政许可所依据的客观情况发生重大变化的，为了公共利益的需要，行政机关可以依法变更或者撤回已经生效的行政许可。由此给公民、法人或者其他组织造成财产损失的，行政机关应当依法给予补偿”。

因此，我局不应该撤销先前的行政行为。

(二) 基于比例原则的精神，我局也不应该对京华中心接受捐赠进行干预：

比例原则是指政府在采取某项措施时，必须权衡公共利益目标的实现和个人或组织合法权益的保障，若为了实现公共利益的目标而采取对个人或组织权益不利的措施时，应当将不利影响限制在尽可能小的范围和限度内，而且要保持二者之间适度的比例。

比例原则具体包含三个要求：(1) 适当性要求，即政府采取的措施必须能够实现其所宣称的目的，或者至少有助于目的的实现；(2) 必须性要求，即政府采取的是在可选择的几个适当措施之中对于个人或组织合法权益造成的侵害最小的措施；(3) 狭义的比例性要求，即政府采取的措施与目的之间是成比例关系的，政府采取的措施对个人或组织合法权益造成的侵害越多，目的的公共利益的价值就应该越大，反之，就应该最小。比例原则所追求的是最小侵害，即衡量行政行为带来的利益受损害的程度，选择利益受损害程度最小的一种。

比例原则说明，政府在实施行政行为时，要比较行政行为对相对人利益影响的大小，选择尽可能小的侵害相对人利益的方式为之。将其精神拓展，政府在作出行政行为时，要进行价值选择和利益衡量，选择利益最大化的行为方式。

结合本案，在这里我们暂且承认原告所提出的本人受到烟雾损害以及未成年人受到不良导向影响的这一事实，民政局下属的京华中心接受黄金叶公司的捐赠，这一行为的维持与撤销所涉及直接利益如下：1、由于金叶基金设立，“母亲水窖”与“金色童年快车”两个公益项目得到了支持，受益于该两个公益项目的妇女和儿童的权益；2、受该行为影响到的中学生及其他被吸烟困扰的公民的权益。权衡这两个权益，如果说撤销该行政行为，那么金叶基金无法设立，母亲水窖与金色童年快车两个公益项目无法继续进行，贫困地区的众多妇女儿童得不到援助、救济，一直饱受贫穷、饥饿、疾病的折磨，贫困儿童没有了金色的童年，贫困妇女也没有幸福的人生。而捐赠行为以及其他一系列活动所带来的对中学生以及其他公民的影响是非常小的，非吸烟者不会因为黄金叶公司的公益捐赠活动而去吸烟，原来不喜欢黄金叶烟草的吸烟者也不会因此而去改换自己的吸烟喜好。

更何况我们都知道，烟草企业的存在是一个客观事实，中国烟民的大量存在也是一个客观事实，因此导致的烟雾污染的伤害也是一种无须论证的事实。我局认为我局作出的行政行为完全符合法律法规的规定、事实认定清楚、证据确凿、符合法定程序，应当予以维持。当然我局也承认，在某种意义上，黄金叶烟草公司开展的社会公益活动客观上也许带来了一定的宣传效果，暂且不去讨论是进行企业形象宣传还是烟草宣传，当然这种效应究竟如何证明也是存在困难的。在烟雾污染已经是一个事实的情况下，黄金叶公司的行为是否扩大了烟草的污染给青少年带来了损害更是一种难以证明的增量。这样的模糊概念要受很多其他因素的影响，比如吸烟者的吸烟地点、对烟草的选择、当地政府的政策等因素。这样一个难以证明的增量，一种模模糊糊的并不确定的损害与青少年可能从“金色童年”、“母亲水窖”这两个公益项目中获得的利益相比，究竟哪个更重要，相信尊敬的审判长心中已有定论。

除此之外，在前面我方已经陈述，作文比赛的目的在于宣传黄金叶烟草，它只是一个鼓励青少年好好读书，修身养性的活动，参赛学生获得的更多的是写作能力的提升，而不是获得鼓励吸烟、鼓励烟草企业发展的导向。

因此，权衡两个权益我们可以发现，我局的行政行为不仅完全符合《行政诉讼法》第五十四条第二款的规定，应当予以维持，而且完全符合行政法的基本原则和基本精神。我们知道，基本原则，是整个法律体系或者某一法律部门所适用的、体现法的基本价值的原则。我局的行政行为不仅合法而且合理，符合行政法以及行政工作的基本价值导向。

二、关于烟草企业的思考：

对一个案件的审理不仅要分析案件本身的利害关系，更应该将其放置在整个社会的大背景下加以审视和讨论。当今社会经济飞速发展，人民群众的生活水平日益提升，但社会冷漠、人情淡薄等 GDP 的衍生品也随之而来。作为一个在我国依法注册、合法经营的企业，黄金叶公司捐助公益、一心向善的善举得到的不应是质疑和批判，而更应该是鼓励和提倡。只有每个企业和个人都情系公益、心存善意，才能温暖这个逐渐冷漠化的社会，才能尽量避免小悦悦类似案件的再次发生。

黄金叶公司是一家由国家控股和运营的国有企业，是政府意志和利益的体现，与其他公有制企业一并被称为共和国的长子。国有企业不仅代表着国家的形象，同时也应主动投入到社会公益领域，将既得利益取之于民用之于民，协助国家进行民生管理与社会救济。因此黄金叶公司即便在公益报道里无意中获得了一些社会影响力的提升，也是为包括私营企业、外资企业与民营企业在内的其他非国有企业做出正面的公益表率 and 榜样，履行国有企业的社会责任。

诚然，烟草制品会对吸烟者以及周边人的身体造成一定损害，所以在全世界范围内都在逐步推进由限烟到公共场所禁烟的相关政策的实施。但我们也要清醒的认识到，《公约》所提到的在全世界范围内完全消灭烟草只是它的最终宗旨与美好设想，烟草在未来几年甚至几十年的时间内都不可能消失，烟草企业也会继续在市场上进行生产销售。既然无论是否投资公益，烟草企业都会存在和运营，那么为什么不鼓励他们进行公益活动以此来改善烟草企业的社会形象，让他们更多的为社会服务呢？再者说来，烟草公司知名度的提升是为了扩大产品在既有烟民中的市场占有率，而不是为了提升烟民的总体数量。我们在用有色眼镜审视烟草公司的同时是不是也过度苛刻了公益的含义呢？

最后我们想说，烟草危害确实显而易见，公共场所禁烟活动也确实应该推行，但是在高喊禁烟推进立法的过程中，我们是不是应当适度地考虑下烟民的感受？对于大多数人来说，吸烟仅仅是个人无伤大雅的爱好的消遣，这是一种生活方式，戒烟的痛苦与纠结反而是难以忍受的。因此在未来的立法过程中，允许和鼓励烟草公司进行更多的公益投资，在活动同时强制打上吸烟有害健康的标语是不是比简单粗暴地将烟草公司拒之门外要好呢？是否完全禁烟以及禁烟的尺度的立法听证，我们是不是也要多听听将吸烟者的权利与声音，将各方观点平等地纳入考量呢？只有这样，一个民主平等法制和谐的中国才会离我们越来越近。

第四部分 结论

一、原告不符合《最高人民法院关于执行<中华人民共和国行政诉讼法>若干问题的解释》第十二条规定：“与具体行政行为有法律上利害关系的公民、法人或者其他组织对该行为不服的，可以依法提起行政诉讼”。原告与我局作出的行政行为之间并不存在法律上的利

害关系，原告的合法权益是否受损与我局的行政行为之间并不存在因果关系。根据《中华人民共和国行政诉讼法》第四十四条第二款，“有下列情形之一的，应当裁定不予受理；已经受理的，裁定驳回起诉：(二)起诉人无原告诉讼主体资格的；”裁定驳回起诉。

二、我局作出的《京华市民政局举报（投诉）回复函》这一行政行为为事实行为，不对相对人的权利义务造成现实影响。根据《最高人民法院关于执行《中华人民共和国行政诉讼法》若干问题的解释》第二条第六项规定：“公民、法人或者其他组织对下列行为不服提起诉讼的，不属于人民法院行政诉讼的受案范围：(六)对公民、法人或者其他组织权利义务不产生实际影响的行为”。根据《中华人民共和国行政诉讼法》第四十四条第一款：“有下列情形之一的，应当裁定不予受理；已经受理的，裁定驳回起诉：(一)请求事项不属于行政审判权限范围的”，裁定驳回起诉。

三、京华市中心接受黄金叶公司捐赠并设立“金叶基金”的行为符合我国相关法律法规的规定。我国尚没有相关的法律禁止烟草企业对社会进行福利捐赠。国际条约在也因不符合我国法律实践而不适用。因此我局作出这一行政行为所适用的法律法规完全正确。

四、京华中心与黄金叶公司的活动是非促销性的社会公益活动，不是烟草公司的宣传、促销，并非属于烟草广告（包括变相的烟草广告），也没有违反《中华人民共和国广告法》和《烟草广告管理暂行办法》。从我局作出回复的内容上来讲，我局并无错误或不当之处，我局根据西南省工商局作出的相关证明，对原告作出回复函。事实认定清楚，证据确凿。

我局作出《回复函》的行为也完全符合法定程序，充分保障了原告蓝天的监督权

五、根据《中华人民共和国行政诉讼法》第五十四条第一款：“人民法院经过审理，根据不同情况，分别作出以下判决：（一）具体行政行为证据确凿，适用法律、法规正确，符合法定程序的，判决维持”。我局认为，我局的行政行为证据确凿，适用法律、法规正确，符合法定程序，应判决维持我局先前所作出的决定。

六、由原告承担所有的诉讼费用

以上答辩意见，希望合议庭予以采纳

第五部分 立法建议和司法前瞻

一、完善烟草企业进行慈善活动的相关法规：

（一）原罪与责任的博弈：接受烟草企业的捐款，就是对烟企“作恶”的默许吗？

烟草对人体健康的危害已经是家喻户晓。中国控烟协每年都会对和烟草有关的活动进行监测统计。根据该协会 09 年对烟草企业公益活动和文体赛事捐赠活动监测显示：09 年 9 月至 12 月，共有 52 家烟草企业捐赠公益及文体活动 79 起，其中公益慈善捐赠 63 起。

调查发现，烟草企业从事的慈善活动可谓是精心策划，颇费心思。其中捐资助学是烟草企业的首选，在 63 起公益捐赠中，包括扶贫、救助、救灾、助学、助残等诸多内容，其中捐资助学达 35 起，占 55.6%。

然而，烟草行业每一次大手笔的捐赠，都会引起社会的关注和争议。早在 2008 年，“中

华慈善奖”的评选过程中就有6家曾经上榜的烟企迫于舆论压力最终被取消了获奖资格。

烟草被称为是燃烧生命的恶魔，慈善则被视作放飞爱心的天使，当两者合二为一，“烟草慈善”引起争议顺理成章。在控烟专家看来，“烟草慈善”无疑是烟草公司无孔不入的又一种方式的变相营销。但是更多网友认为，你不让它捐，它的巨额利润一分也不会少，而且人家虽卖的是烟草，但总归也是合法企业合法利润。

既然烟草企业存在具有其客观性，不以个人主观好恶为转移，预期限制其捐赠，不如规范其捐赠行为。因此在未来的立法过程中，允许和鼓励烟草公司进行更多的公益投资，在活动同时强制打上吸烟有害健康的标语是不是比简单粗暴地将烟草公司拒之门外要好呢？

（二）烟草式慈善相关法律如何完善？

慈善的前提是帮助需要帮助的人，如果因为某些负面的影响而让那些需要帮助的人落魄不已，这本身就是最大的不慈善。烟草企业在中国是利润丰厚、实力强大的企业，它的利润来源也是合法经营所得，我们不能因为其经营产品的特殊性而剥夺其慈善权。在我国慈善体制不完善与国有企业垄断的现状下，公益机构的公益资源日益稀缺，还要面对扩大捐赠范围、增加筹款额度等生存性问题。何不让烟草企业加入慈善事业的同时制定和完善相应的法律法规对其进行规制，防止变相广告等现象的出现。

不可否认，烟草危害确实显而易见，公共场所禁烟活动也确实应该推行。烟草行业在这个历史潮流中黯然离场是必然结果。但我们也要清醒的认识到，《世界烟草控制框架公约》所提到的在全世界范围内完全消灭烟草只是它的最终宗旨与美好设想，烟草在未来几年甚至几十年的时间内都不可能消失，烟草企业也会继续在市场上进行生产销售。在这一过程中希望强制烟草与捐赠绝缘就能担当这样的使命的想法更是荒唐。

公益事业与式微“污点”行业的接触该有怎样一个限度？烟草企业和慈善事业之间该有一个怎样的平衡？在烟草慈善存在争议的情况下，我们应该完善相关的法律法规，来促进社会慈善事业的发展。

第一，完善国内立法，在相关的法律条文或者司法解释中明确注明慈善和捐赠的区别；

第二，在法律中对烟草企业相关的广告、促销和赞助行为进行法律解释，防止出现以慈善为手段的公然违反《广告法》的变相营销活动；

第三，立法规定烟草企业开展慈善事业时，应加强对青少年的保护：如日本烟草公司所进行的公益活动主要集中在社会帮助项目、教育项目、预防青少年吸烟活动，以及环境保护活动等；由于烟草企业以及产品具有特殊性，因此在选择何种方式以及传播方向是烟草企业特别需要慎重的；防止青少年认为烟草是一种有益的东西，直接导致就是危害身体健康；烟草企业在开展慈善活动时，需要承诺尽一切努力不让青少年接触到卷烟；

第四，在制定相关的慈善制度时，召开相关的听证会，广泛吸收不同利益群体的意见。

控并不等于控捐。从越来越多的案例来看，企业与社会之间的关系是互动关系并且在过程中互相获益。烟草企业作为一种合法的行业存在，怎样肩负起社会责任，任重而道远。

二、逐步推进国内法与国际条约的对接：

随着国家实力的增强和国际地位的提升，我国愈发积极地在国际事务中崭露头角。为了树立大国形象，更好地处理与其他国家之间的关系，同时维护我国主权与人民的利益，我国加入了许多国际条约。但是，我国在法律中并没有具体规定所加入的国际条约的效力和适用。这导致了在国内司法实践中国际条约的空设以及国际条约与国内法适用之间的矛盾。若不及时改变这一情况，那么一方面国内相应的秩序得不到改善，外交资源被浪费；另一方面我国

在国际上诚信之邦的大国形象将被破坏。因此，我们应当推进国内立法与国际条约的对接，解决国际条约国内适用这一瓶颈问题。

当今国际上关于国际条约在国内适用有如下理论实践。首先，国际条约在国内法律体系的接受上，各国实践上有转化制、纳入制和混合制三种方式。其次国际条约在国内的直接效力上，各国实践有自动执行条约和非自动执行条约两种。

我们认为，解决这一问题，必须以下两方面入手：

（一）关于国际条约在国内法律体系的接受，我国应当采混合制。根据所签署的国际公约的性质、背景以及我国关于该公约所规范的秩序的特殊性，来决定采用转化还是纳入来接受国际条约。混合制一定程度上扩大了我国接受国际条约的灵活性，可以将国际公约与我国国情密切结合起来。但是我们切不可忽略的一点是我国必须通过立法明确我国国内法律体系接受国际条约的具体程序。如果缺少了这一具体法律规定，那么关于国内法律体系接受国际条约的实践中将出现权力机关相互推诿，司法适用矛盾等问题。

（二）关于国际条约在国内的直接法律效力，我国应当采非自动执行条约，即必须由国内立法机关作出补充性规定，国内司法和行政机关才可适用国际公约。国际公约是各国为了达成某一共同目标，相互协商、相互妥协的产物。一方面，从宏观的角度公约确实是与签署国利益相一致的，但是难免会有部分与签署国本国利益不符；另一方面国际公约常常在只是框架性、纲领性的，没有具体的行动性条款。因此，为了国际公约能够更好地在国内施行，不使其成为摆设，成为本国人民的绊脚石，那么必须对其作出补充性规定。因此采非自动执行条约更为合适。

结合本案，我国虽然已经加入《世界卫生组织烟草框架公约》，但考虑我国现在法律尚无具体规定，以及我国在加入此公约时的态度，我们发现，在本案中不适用《世界卫生组织烟草框架公约》更为合适。《世界卫生组织烟草控制框架公约》与我国国情并非是对应的，虽然我国国内立法实现与国际公约对接是大势所趋，但是在这中间还有很长的过渡期和隔阂，因此在我国对该公约的适用及法律效力无任何具体相关规定时，不应当在司法实践中适用该公约，我局虽然对控烟表示支持，但是我局的行政行为仍然需要严格依据国内的法律法规。

三、如何完善我国行政法关于“原告资格界定”的规定

我国行政诉讼中关于确定起诉人原告资格的主要依据是《行政诉讼法》第二条，第二十四条。从以上法条中我们得出这样的结论：原告的起诉权是一项程序权利，不以行政机关实际上真正侵犯相对人的合法权益为前提。只要是公民、法人或者其他组织认为行政机关及其工作人员的具体行政行为侵犯其合法权益就可以提起诉讼。

但是《最高人民法院关于执行〈行政诉讼法〉若干问题的解释》(以下简称《解释》)第十一条至第十八条则作了进一步明确规定。其中第十二条规定：“与具体行政行为有法律上利害关系的公民、法人或者其他组织对该行为不服的，可以依法提起行政诉讼”。也就是说必须有法律上利害关系的公民、法人或其他组织才有资格依法提起行政诉讼。

所以关于“原告资格界定”大致可以概括为：

1、提出主张：认为具体行政行为侵犯其合法权益；

2、实际影响：与具体行政行为确有法律上的利害关系；

其中最关键的一点便是“实际影响”的确认。与具体行政行为有法律上的利害关系由起诉人提出，由法院审查。在此我们应当明确一点：法院审查有法律上的利害关系并不是审查具体行政行为是否侵权。法律上的利害关系≠实际侵权。所以什么是“法律上的利害关系”必须明确。但我国对此并没有相关的法律解释，所以在实践中就会出现很大的争论空间，其焦点就是：“利害”到底能够延续多长，即因果关系链能够有多长，间接利害关系即间接因果关系算不算。我们知道行政相对人与具体行政行为之间必然具有法律上的利害关系，但是有时候不是行政相对人能否提起诉讼？答案是肯定的。解释中规定了几类特殊主体的原告资格，可见在“法律上的利害关系”的解释中，我们依然应遵守严格解释。

如果我们认为“法律上利害关系”包括间接利害关系，则如何界定“间接”的范围和程度将成为司法实践面临的又一难题，其争执的结果势必造成法官在判断时无所适从。同时如果对“间接”的范围作严格限定，则与“间接”二字应有的内涵相悖，也起不到将利害关系之范围放宽的目的；如果对“间接”的范围作宽泛理解，将导致享有原告资格者的范围漫无边际，使得对原告资格进行必要限制的立法要求变得毫无意义。但这又提出一个新的问题：《解释》中规定的几类特殊主体的原告资格无法满足现实生活中“间接利害关系人”权利的保护，特别是公益性质的行政诉讼请求如何满足的问题。

为了防止滥用诉讼权利，浪费司法资源，我们选择严格的原告资格解释，但权利实际受到侵害又要求我们必须予以救济。

就本案而言，蓝天显然不是直接法律上的利害关系人，民政局所作的回复函对蓝天法律上的权利义务没有直接的影响。但是若仔细分析大致可以看出这是一个类似公益性质的诉讼。如果我们假设京华中心确实违法接受捐赠，并进行了烟草宣传，同时对青少年产生了危害，那么蓝天有没有资格诉讼呢？显然是没有的，因为“与你无关”。这样显然对权利的救济是不公平的。

为了解决这样的矛盾，我们是否可以选择这样的解决方式：在法院审查，发现起诉人没有原告资格，同时确有不特定人的实体权益受到侵害时，法院可以通知检察院替代原告进行诉讼。这里需要强调的是“不特定”的人，这一点与公益诉讼类似。因为根据民事诉讼中的处分原则，特定人的实体权利受到侵害必须由当事人自己提出。这一原则在行政诉讼中应当同样适用，所以必须强调“不特定”。只有这样，我们才能做到既“严格解释”法条关于原告资格的规定，又满足权利救济！

以上是我们的建议，希望我国的法律对权利的保护更加完善。

我局在代理意见的最后需要再次对原告这一维护社会公益的热忱表示钦佩，也对蓝天同志对我局的相关行政行为进行监督表示欢迎。政府的权力是公民赋予的，政府机构的高效、公正和合法的运作，需要蓝天这样的公民进行监督，我局也会对我局相关行为进行反思。针对此案，我局已经详细的论证了做出这一行政行为所依据的事实、适用的法律以及行政行为的合法性和合理性。

可是我们也承认，没有像原告蓝天这样的公民，没有原告这样秉持正义的精神，中国的法制是不能在泥泞中奋勇前行的。法制的建设和社会的变革一样，它需要自上而下的完善和

发展，它也需要自下而上的批评和不断地整改。中国法制的步伐如何迈的稳健而踏实，我想除了法律人的责无旁贷之外，我们需要更多的像原告一样的普通人，他们中肯的批评和指正，永远是我们奋斗和努力的最温暖的源泉。

愿原告蓝天在之后的人生道路上依然故我，坚持这份天下为公的高义，中国法制每一个坚实的脚印都会有如你一样的公民的伟岸的身影。

最后希望尊敬的审判长和公正的合议庭成员们，给予原告最诚挚的掌声和祝福，为公正的法律，为中国行政公益诉讼任重道远的历程。

此致

京华市人民法院

2011 年 6 月 6 日

第六部分 附件

附件一：《申请书》复印件（略）

附件二：《京华市民政局投诉（举报）回复函》复印件（略）

附件三：《行政复议申请书》（略）

附件四：《民政部行政复议决定书》复印件（略）

附件五：开展中学生作文比赛的新闻报道复印件（略）