

队伍编号：11 号

第九届“理律杯”全国高校模拟法庭比赛

原告代理意见书

原告：蓝天

被告：京华市民政局

目录

诉讼请求.....	- 1 -
代理意见.....	- 1 -
一、原告可以就本案提起行政诉讼.....	- 1 -
(一) 起诉人蓝天具有诉讼主体资格.....	- 1 -
1. 起诉人蓝天对行政复议决定不服, 可以提起诉讼.....	- 1 -
2. 起诉人蓝天与被告所作出的具体行政行为具有法律上利害关系.....	- 1 -
(二) 原告具备起诉条件.....	- 3 -
1. 起诉应具备的条件.....	- 3 -
2. 本案符合人民法院的受案范围.....	- 3 -
二、被告京华市民政局在《京华市民政局投诉(举报)回复函》中作出的行政决定主要证据不足, 应予撤销.....	- 4 -
(一) 被告没有提供作出行政决定的全部证据和依据, 应依法视其具体行政行为没有相应证据.....	- 5 -
1. 被告对其作出的行政决定承担举证责任.....	- 5 -
2. 被告行为属于法律法规规定的“证据不足”.....	- 5 -
(二) 西南省工商行政管理局出具的证明不具有效力.....	- 5 -
1. 被告并未提供西南省工商行政管理局出具的证明文件实物.....	- 5 -
2. 西南省工商行政管理局出具的证明不具有合法性.....	- 5 -
3. 西南省工商行政管理局出具的证明不具有真实性.....	- 5 -
(三) 京华中心的行为违反我国相关法律法规, 被告在《回复函》中作出的行政决定错误, 应予撤销.....	- 6 -
1. 京华中心以下行为均构成违法发布烟草广告: 设立“金叶发展基金”; 与黄金叶公司在赞助活动现场设立赞助语“金叶映秋实, 华彩写人生”的大型标语和展示牌; 以赞助语为题目开展中学生作文比赛, 并允许黄金叶公司派穿着印有“黄金叶公司”名称工作服的员工参与现场活动.....	- 6 -
2. 被告在《回复函》中作出的行政决定错误, 应予撤销.....	- 9 -
(四) 京华中心的行为违反《世界卫生组织烟草控制框架公约》(下文简称“《公约》”), 被告在《回复函》中作出的行政决定错误, 应予撤销.....	- 10 -
1. 《公约》对我国具有拘束力.....	- 10 -
2. 《公约》应被自动纳入.....	- 10 -
3. 本案中可以直接适用《公约》.....	- 11 -
4. 京华中心以下行为均违反《公约》第13条第2款: 设立“金叶发展基金”; 与黄金叶公司在赞助活动现场设立赞助语“金叶映秋实, 华彩写人生”的大型标语和展示牌; 以赞助语为题目开展中学生作文比赛, 并允许黄金叶公司派穿着印有“黄金叶公司”名称工作服的员工参加比赛.....	- 13 -
5. 被告在《回复函》中作出的行政决定错误, 应予撤销.....	- 14 -
三、基于政策考虑, 法院也应判决被告撤销其《回复函》中所作的行政决定.....	- 14 -
(一) 控烟是保护国民健康的要求.....	- 14 -
1. 烟草广告与烟草消费具有密切关系.....	- 14 -
2. 烟草制品严重威胁人类健康.....	- 15 -
3. 国民的健康权不容侵犯.....	- 15 -
(二) 控烟也能带来经济收益.....	- 15 -

（三）控烟是国际趋势，是我国建立负责任的大国形象的要求.....	- 15 -
（四）判决被告撤销其《回复函》有利于以司法推进立法.....	- 15 -
1. 我国烟草控制相关立法急需完善	- 16 -
2. 法院应以司法推进立法	- 16 -
四、应判决被告承担诉讼费和与此有关的所有费用.....	- 16 -
附件	- 1 -
1. 附件一：《申请书》复印件.....	- 1 -
2. 附件二：《京华市民政局投诉（举报）回复函》复印件.....	- 1 -
3. 附件三：《行政复议申请书》复印件.....	- 1 -
4. 附件四：《民政部行政复议决定书》复印件 民复字【2011】93号.....	- 1 -
5. 附件五：开展中学生作文比赛的新闻报道复印件.....	- 1 -
6. 附件六：本案中法律适用情况汇总.....	- 1 -

诉讼请求

原告蓝天请求法院支持如下诉讼请求：

1. 撤销被告于 2011 年 2 月 15 日在《京华市民政局投诉（举报）回复函》（下文简称“《回复函》”）中所作出的行政决定；
2. 判决被告承担诉讼费和与此有关的所有费用。

代理意见

尊敬的审判长、审判员：

受蓝天委托，受天平公益法律援助律师事务所指派，我担任一般授权诉讼代理人，参加蓝天要求撤销京华市民政局“京华市民政局投诉（举报）回复函”一案的审理。

原告方认为本案的争议焦点主要集中在以下几个方面：

1. 原告是否可以就本案提起行政诉讼；
2. 被告京华市民政局在《回复函》中作出的不查处京华中心的行政决定，是否因主要证据不足，应予撤销；
3. 是否应判决被告承担诉讼费和与此有关的所有费用。

现就上述争议点，原告将陈述如下代理意见：

一、原告可以就本案提起行政诉讼

（一）起诉人蓝天具有诉讼主体资格

1. 起诉人蓝天对行政复议决定不服，可以提起诉讼

案件事实已经查明，起诉人蓝天因对被告《回复函》中所作决定不服，于2011年3月1日向国家民政部提出行政复议，申请撤销京华市民政局在《回复函》中作出的行政决定。

国家民政部于2011年4月29日向起诉人蓝天送达了《民政部行政复议决定书》。该复议决定书最终作出了维持被告于2011年2月15日作出的《京华市民政局投诉（举报）回复函》的行政复议决定。其同时确认，“申请人如不服行政复议决定，可以自收到本复议决定之日起15日内依法向人民法院提起行政诉讼”。

依据《中华人民共和国行政诉讼法》（下文简称“《行政诉讼法》”）第38条第2款的规定：申请人不服复议决定的，可以在收到复议决定书之日起十五日内向人民法院提起诉讼。且民政部在其复议决定书中也确认了这一点。

根据《最高人民法院研究室关于期间问题的电话答复》（1990年7月11日），参照《民事诉讼法（试行）》第66条第3款的规定期间届满的最后一日是节假日的，以节假日后的第一日为期间届满的日期。起诉人于2011年4月29日收到《民政部复议决定书》，因15日期间届满时恰逢周末，于5月16日向人民法院提起行政诉讼。因此，蓝天符合该条规定，可以起诉。

2. 起诉人蓝天与被告所作出的具体行政行为具有法律上利害关系

《行政诉讼法》第2条规定：公民、法人或者其他组织认为行政机关和行政机关工作人员的具体行政行为侵犯其合法权益，有权依照本法向人民法院提起诉讼。《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》（下文简称“《行政诉讼法若干问题的解释》”）第12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。

首先，“具有法律上利害关系”包括“主观上认为具有法律上利害关系”。

在《最高人民法院关于土地实际使用人对行政机关出让土地的行为不服可否作为原告提起诉讼问题的答复》（2005年6月3日 [2005]行他字第12号）原请示书中，审理该案件的辽宁省高院庭务会（本案中代表审委会多数人意见）认为，尽管原告与被告具体行政行为所具有的法律上利害关系是法律不保护的，但原告“认为”该行为侵犯自己合法权益就应有原告资格。最高法院称，“同意审委会多数人意见。根据《行政诉讼法》第2条和《行政诉讼法若干问题的解释》第12条的规定，土地的实际使用人对行政机关出让土地行为不服，可以

作为原告提起行政诉讼。”

此外，在《最高人民法院对内蒙古高院〈关于内蒙古康辉国际旅行社有限责任公司诉呼和浩特市工商行政管理局履行法定职责一案的请示报告〉的答复》（1999年11月24日[1999]行他字第13号）中称：“（依据行政诉讼法第2条），公司登记中的利害关系人认为登记管理机关的登记行为侵犯其合法权益，或者对登记行为不服请求变更、撤销，登记管理机关不予变更或撤销，向人民法院提起行政诉讼的，具备原告资格。

根据上述“答复”中的规定，可以得出以下的结论：（1）由上文所列两份“答复”可见，只要起诉人“认为”具体行政行为侵犯其合法权益即具备起诉的条件。（2）由上文所列“答复”一可见，合法权益并不一定是法律保护的权益，即使是法律尚无规定加以保护的权益，被侵害人只要满足第2条其他要件，依然具备原告资格；（3）结合《行政诉讼法》第2条以及两“答复”，《行政诉讼法若干问题解释》第12条中“具有法律上利害关系”应当理解为隐含了“认为”的意思，即“主观上”具有法律上利害关系即可，这是法律一致性的要求，也符合实践中法律适用的实际状况。

还需注意的是，该起诉条件的规范目的是防止滥诉，应当以起诉人自身的认知为基础来判断是否存在法律上的利害关系，并不要求起诉人先向法院申请确认存在法律上利害关系之后才可以提起诉讼。

其次，本案中被告作出了具体行政行为。

本案中，被告于2011年2月15日向起诉人发出《京华市民政局投诉（举报）回复函》。被告称，经其认真调查，最终决定：京华中心接受黄金叶公司的捐赠非烟草促销活动，活动过程中竖立的赞助用语标幅亦并非广告，中学生作文比赛是公益项目的内容，非商业推广或广告宣传活动，黄金叶公司派员参与并非商业冠名资助的体育或演出活动，与现行广告法律法规无抵触。因而被告未对上述活动进行查处。

民政部在其复议决定书中对被告的《回复函》中的行政决定予以维持。根据《中华人民共和国行政复议法》（下文简称“《行政复议法》”）第2条：公民、法人或者其他组织认为具体行政行为侵犯其合法权益，向行政机关提出行政复议申请，行政机关受理行政复议申请、作出行政复议决定，适用本法。由此可见，行政复议的对象是具体行政行为。民政部既已受理行政复议申请并作出维持的决定，便证明了被告在回复函中的行政决定是具体行政行为。

我国对具体行政行为并没有明确的规定，但结合《行政诉讼法》第2条、第11条，《行政复议法》第2条，《行政诉讼法若干问题解释》第1条，可以总结出其含义和特征。

具体行政行为，是指国家行政机关和行政机关工作人员、法律法规授权的组织、行政机关委托的组织在行政管理活动中行使行政职权，针对特定的公民、法人或者其他组织，就特定的具体事项，作出的有关该公民、法人或者其他组织权利义务的单方面行为。

具体行政行为特征有四：其一，由行政主体作出；其二，依行政主体单方面意志来实施，不以相对人同意为必要条件；其三，针对特定的人或事；其四，影响相对人的权利义务，产生行政法上的法律后果。

被告在回复函中作出如下决定，即蓝天申请其查处的诸项行为不违法，不对京华中心予以查处。

对照上文所述具体行政行为的四项特征，本案中的行政决定由被告这一国家行政机关针对起诉人的举报而作出，依被告单方面意志来实施，且影响了起诉人蓝天的生命健康权，因此该行政决定属于具体行政行为。

至于本案中的《回复函》，不能仅依照该公文的名称是“回复函”就认为它只是一项答复因而而不具有可诉性。在最高人民法院审理“吉德仁等四人不服盐城市人民政府行政决定案”

¹以及“申钟诉河南省中牟县教育局不履行义务上诉案”²等案件中，最高人民法院明确表示对于行政机关制作的公文文书是否具有可诉性，不能仅从名称或者形式上判断，而必须通过内容来确定，其对起诉人产生实际影响的，即属于可诉的行政行为。本案中，被告以“函”为形式作了行政决定，影响了起诉人蓝天的权利义务，因此该回复函是具体行政行为的载体。

最后，起诉人蓝天与该具体行政行为具有法律上利害关系。

2010年12月13日，起诉人在《申请书》中主张，作为一名在生活和工作中长期深受包括黄金叶公司生产的卷烟在内的烟草制品之烟雾损害的公民，针对被告所属京华中心的相关事实向京华市民政局举报。起诉人认为京华市民政局所属的京华中心与烟草业龙头老大——黄金叶公司合作，公然违反我国已经签署并生效的《世界卫生组织烟草控制框架公约》（下文简称“《公约》”）和《中华人民共和国广告法》（下文简称“《广告法》”）以及《烟草广告管理暂行办法》等相关法律法规。因此，起诉人申请京华市民政局履行法定职责，对京华中心违法行为予以查处。

根据《中华人民共和国民法通则》第98条：公民享有生命健康权，且该规定归属于第四节人身权项下。在《中华人民共和国侵权责任法》第2条第2款中亦规定：本法所称民事权益，包括生命权、健康权……等人身权、财产权益。以上均说明生命健康权是人身权的一种。民政局认定京华中心的行为不违法，并最终作出不予查处的决定，纵容了京华中心与黄金叶烟草公司联手大肆进行烟草广告宣传，客观上扩大了黄金叶公司的影响，必然促进该公司形象的树立，带动烟草制品的销售，加深了起诉人蓝天受到的烟雾损害，侵害了起诉人的生命健康权。民政局不仅在起诉人举报前未能积极履行自己的法定监管职责³，及时查处京华中心的违法行为，而且在起诉人提出申请后，依然怠于履行其职责，置起诉人的生命健康权于不顾。

因此，起诉人与该具体行政行为具有法律上利害关系，起诉人具备原告资格。在下文中，将直接以“原告”指代上文所述起诉人蓝天。

（二）原告具备起诉条件

1. 起诉应具备的条件

根据《行政诉讼法》第41条，提起诉讼应当符合下列条件：（一）原告是认为具体行政行为侵犯其合法权益的公民、法人或者其他组织；（二）有明确的被告；（三）有具体的诉讼请求和事实根据；（四）属于人民法院受案范围和受诉人民法院管辖。

第一项已在上文有所证明。且本案中有明确的被告——京华市民政局，符合《行政诉讼法》第25条第2款：经复议的案件，复议机关决定维持原具体行政行为的，作出原具体行政行为的行政机关是被告；复议机关改变原具体行政行为的，复议机关是被告。本案中亦有具体的诉讼请求和事实根据。因此下面就第四项进行阐述。

2. 本案符合人民法院的受案范围

首先要明确的是，关于这一问题，依职权属于法院依法裁量的范围，但是出于阐明问题的意愿，原告仍将就这一问题陈述己方意见。

¹ 吉德仁等四人不服盐城市人民政府行政决定案（2003）苏行终字第025号。

² 申钟诉河南省中牟县教育局不履行义务上诉案（1997）行终字第14号。

³ 依据《社会团体登记管理条例》第6条第2款：国务院有关部门和县级以上地方各级人民政府有关部门、国务院或者县级以上地方各级人民政府授权的组织，是有关行业、学科或者业务范围内社会团体的业务主管单位。以及第28条的规定：业务主管单位履行下列监督管理职责：（一）负责社会团体筹备申请、成立登记、变更登记、注销登记前的审查；（二）监督、指导社会团体遵守宪法、法律、法规和国家政策，依据其章程开展活动；（三）负责社会团体年度检查的初审；（四）协助登记管理机关和其他有关部门查处社会团体的违法行为；（五）会同有关机关指导社会团体的清算事宜。京华市民政局作为京华市社会福利保障中心的业务主管单位，京华中心及其举办的活动中出现的任何行为，都应认定为京华市民政局具有行政监管职责。

《行政诉讼法》第 11 条规定了人民法院受理公民、法人和其他组织对下列具体行政行为不服提起的诉讼，其中第 8 项为“认为行政机关侵犯其他人身权、财产权的”具体行政行为。

《行政诉讼法若干问题解释》第 1 条也对受案范围和不属于受案范围的诉讼有所规定：公民、法人或者其他组织对具有国家行政职权的机关和组织及其工作人员的行政行为不服，依法提起诉讼的，属于人民法院行政诉讼的受案范围。

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：（一）行政诉讼法第十二条规定的行为；（二）公安、国家安全等机关依照刑事诉讼法的明确授权实施的行为；（三）调解行为以及法律规定的仲裁行为；（四）不具有强制力的行政指导行为；（五）驳回当事人对行政行为提起申诉的重复处理行为；（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。

又，《行政诉讼法》第 12 条规定：人民法院不受理公民、法人或者其他组织对下列事项提起的诉讼：（一）国防、外交等国家行为；（二）行政法规、规章或者行政机关制定、发布的具有普遍约束力的决定、命令；（三）行政机关对行政机关工作人员的奖惩、任免等决定；（四）法律规定由行政机关最终裁决的具体行政行为。

由上述法律规定可见，第 11 条第 8 项是为了防止《行政诉讼法》第 11 条前 7 类案件列举不足而作出的补充性规定。前面 7 类案件都是对行政机关涉及人身权、财产权的具体行政行为进行的逐一列举，而列举难以做到全面完整。第 8 项则将其他的情况加以总体概括，这就使涉及公民、法人或其他组织人身权、财产权的行政案件全部归入了行政诉讼的受案范围。

根据上文中的论述（原告与被告的具体行政行为具有法律上利害关系），本案属于行政诉讼法第 11 条第 8 项所规定的情形，因此属于法院的受案范围之内。

申言之，原告提起的诉讼也不属于被排除在受案范围之外的情况。根据最高人民法院印发的《关于依法保护行政诉讼当事人诉权的意见》的通知（法发〔2009〕54 号）：“凡是行政诉讼法明确规定的可诉性事项，不得擅自加以排除；法律和司法解释没有明确排除的具体行政行为，应当属于人民法院行政诉讼受案范围。不仅要保护公民、法人和其他组织的人身权和财产权，也要顺应权利保障的需要，依法保护法律、法规规定可以提起诉讼的与人身权、财产权密切相关的其他经济、社会权利。”因此，本诉讼不应被排除在受案范围之外。

综上，本案属于法律规定的受案范围。同时，从上述法律到司法解释，再到新的意见通知，我国立法及司法实践体现了一种扩大行政诉讼受案范围的趋势，即放宽审查标准的趋势。

二、被告京华市民政局在《京华市民政局投诉（举报）回复函》中作出的行政决定主要证据不足，应予撤销

案件已经查明，被告京华市民政局下属的京华市社会福利保障中心接受黄金叶烟草集团有限公司捐赠 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；后京华中心又与该公司合作在周边县域数次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；黄金叶公司派员参与上述作文比赛，所派人员身着黄金叶公司工作服，前胸印有“黄金叶公司”字样；在上述各项活动中，黄金叶公司在活动现场多处竖立赞助用语“金叶映秋实，华彩写人生”的大幅标语和各种展示牌；黄金叶公司以其赞助用语为公司网站上的标志，并在公司网站上报道了赞助活动内容。

原告认为，被告京华市民政局在《回复函》中作出的不查处京华中心的行政决定，主要证据不足，根据《行政诉讼法》第 54 条第 2 项，“具体行政行为有下列情形之一的，判决撤销或者部分撤销，并可以判决被告重新作出具体行政行为：1、主要证据不足的……”，因此被告该行政决定应予撤销。

(一)被告没有提供作出行政决定的全部证据和依据，应依法视其具体行政行为没有相应证据

1. 被告对其作出的行政决定承担举证责任

案件事实已经查明，被告于 2011 年 5 月 25 日收到京华市城东区人民法院转来原告的起诉状，并于 2011 年 6 月 6 日向法院递交答辩状。

《行政诉讼法》第 32 条规定：“被告对作出的具体行政行为负有举证责任，应当提供作出该具体行政行为的证据和所依据的规范性文件。”又，第 43 条第 1 款：“被告应当在收到起诉状副本之日起十日内向人民法院提交作出具体行政行为的有关材料，并提出答辩状。”该要求在《行政诉讼法若干问题解释》第 26 条和《最高人民法院关于行政诉讼证据若干问题的规定》（下文简称“《行政诉讼证据规定》”）里都被重申。

在本案中被告京华市民政局对于不查处京华中心的行政决定，承担向京华市城东区人民法院提供证据和所依据的规范性文件的责任。

2. 被告行为属于法律法规规定的“证据不足”

《行政诉讼法若干问题解释》第 26 条规定：“被告（在收到起诉状副本之日起 10 日内）不提供（答辩状和作出具体行政行为时的证据、依据）或者无正当理由逾期提供的，应当认定该具体行政行为没有证据、依据。”

《行政诉讼证据规定》第 1 条第 1 款：“（在收到起诉状副本之日起十日内）被告不提供（据以作出被诉具体行政行为的全部证据和所依据的规范性文件）或者无正当理由逾期提供证据的，视为被诉具体行政行为没有相应的证据。”

在答辩状提交时，本应同时提供作出具体行政行为时的全部证据和所依据的规范性文件。但根据现有事实与证据，被告仅仅向法院提交了答辩状，并未给出其作出不查处的行政决定所依据的规范性文件。因此，被告的具体行政行为应“视为没有相应的证据”。

又，根据《行政诉讼法》第 54 条第 2 项，“具体行政行为有下列情形之一的，判决撤销或者部分撤销，并可以判决被告重新作出具体行政行为：1、主要证据不足的……”，本案中被告作出的行政决定非但证据不足，甚至根本就没有相应证据，因此法院应当判决予以撤销。

(二) 西南省工商行政管理局出具的证明不具有效力

1. 被告并未提供西南省工商行政管理局出具的证明文件实物

被告仅在《回复函》中以转述的形式告知原告西南省工商行政管理局出具的证明的部分内容，并未在法院要求提交证据的期限内向原告提供该份证明文件实物或复印件。

2. 西南省工商行政管理局出具的证明不具有合法性

首先，西南省工商行政管理局并不是监督管理黄金叶公司在京华市进行广告活动的主体。

《烟草广告管理暂行办法》第 5 条第 2 款规定：“烟草经营者或者其被委托人直接向商业、服务业的销售点和居民住所发送广告品，须经所在地县级以上广告监督管理机关批准。”即，烟草广告的监督管理的主体是实际广告行为所在地（京华市）工商行政管理局。

本案中，京华中心与黄金叶烟草公司的诸多烟草广告宣传行为均发生在京华市而非该公司所在地——西南省。因而西南省工商行政管理局不是作出该证明的适格主体。

其次，由于被告不提供该证明文件，原告无法得知：其一，作出该证明文件的真实主体，原告推断其可能是西南省工商行政管理局主管广告的部门，也有可能只是该部门中一个不具有该项权力的公务员擅自作出的；其二，被告获得该证明文件的手段。

3. 西南省工商行政管理局出具的证明不具有真实性

由于被告没有提供该证明文件，原告无从得知：

首先，从证据的来源上看，作出该证明的主体是否亲自搜集了黄金叶公司一系列活动的

相关证据；其所得到的证据与原告亲眼所见的是否相同。

其次，从广告认定标准的角度上看，作出该证明的主体对于广告认定的标准，以及认定黄金叶公司一系列活动不是广告的其他理由、论证。

最后，从作出证明的机关与黄金叶公司的关系上看，一方面，烟草业一向拥有丰厚的盈利，黄金叶烟草公司作为西南省的大型国有垄断企业，且是当地的龙头企业，毫无疑问是当地政府税收的重大来源，西南省工商行政管理局也属于当地政府的分支机构，因此其出示的证明文件是否具有客观性值得怀疑。另一方面，西南省工商行政管理局是广告监督机关，如黄金叶公司违法发布烟草广告，可能涉及到该工商行政管理局的责任，即西南省工商行政管理局是该项认定结论的利害关系人。因此，原告方对其证明文件的真实性提出质疑。

(三)京华中心的行为违反我国相关法律法规，被告在《回复函》中作出的行政决定错误，应予撤销

1.京华中心以下行为均构成违法发布烟草广告：设立“金叶发展基金”；与黄金叶公司在赞助活动现场设立赞助语“金叶映秋实，华彩写人生”的大型标语和展示牌；以赞助语为题目开展中学生作文比赛，并允许黄金叶公司派穿着印有“黄金叶公司”名称工作服的员工参与现场活动

本案中，京华中心受到《社会团体登记管理条例》和《社会团体设立专项基金管理机构暂行规定》的规制。京华中心的违法行为有：（1）京华中心设立“金叶发展基金”；（2）与黄金叶公司在赞助活动现场设立赞助语“金叶映秋实，华彩写人生”的大型标语和展示牌；（3）以赞助语为题开展中学生作文比赛，并允许黄金叶公司派穿着印有“黄金叶公司”名称工作服的员工参加比赛。

原告认为上述行为符合法律法规对于广告的认可，属于为黄金叶公司宣传的烟草广告。原告的主要依据是：

《广告法》第2条：“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。”又，《烟草广告管理暂行办法》第2条：“本办法所称烟草广告，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。”以及《公约》第1(c)条将“烟草广告和促销”界定为“任何形式的商业性宣传、推介或活动，其目的、效果或可能的效果在于直接或间接地推销烟草制品或促进烟草使用”。

首先，京华中心设立“金叶发展基金”是广告，而非普通的接受捐赠的行为。

《中华人民共和国公益事业捐赠法》（下文简称“《公益事业捐赠法》”）第2条规定：“自然人、法人或者其他组织自愿无偿向依法成立的公益性社会团体和公益性非营利的事业单位捐赠财产，用于公益事业的，适用本法。”《财政部关于加强企业对外捐赠财务管理的通知》第1条第1款规定：“对外捐赠是指企业自愿无偿将其有权处分的合法财产赠送给合法的受赠人用于与生产经营活动没有直接关系的公益事业的行为。”上述法律法规旨在规范企业捐赠的无偿性，要求“用于与生产经营活动没有直接关系”。黄金叶公司向京华中心捐款1000万元，用于支持“母亲水窖”和“金色童年快车”这两个公益项目，单从这一行为本身来看，并不违反我国《公益事业捐赠法》等相关法律的规定。该法鼓励社会各界向公益事业进行捐赠，而且也没有对烟草企业的捐赠行为加以限制。但黄金叶公司的行为并未仅仅局限在捐赠的范围内，该公司在此基础上，与京华中心签订了捐赠协议，为1000万元捐款设立“金叶发展基金”。这样的一种行为便具有了商业赞助和广告的性质。

我国《公益事业捐赠法》第12条第1款的规定：捐赠人可以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。该

条文属于授权性规范,在很大程度上授予了捐赠人一方在对捐赠协议进行谈判时所拥有的筹码,即在本案中,黄金叶烟草公司可以在事实上对定名等活动产生影响。结合后来黄金叶公司的一系列行为:采取与其企业名称联系十分紧密的“金叶”作为基金名称,用“金叶发展基金”赞助具有全国影响力的大型公益活动,在赞助现场广泛设立大幅标志等等,均带有商业赞助和广告宣传的色彩。因此,原告认为京华中心与黄金叶公司的捐赠协议相当于是附条件的捐赠协议,即黄金叶公司以京华中心承诺与其联手发布广告为条件向京华中心捐赠。

我国《广告法》第2条中规定: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。《烟草广告管理暂行办法》第2条中规定:本办法所称烟草广告,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。该条对于烟草广告的规定由于形式要求很多,看似非常严格,但需注意的是,《烟草广告管理暂行办法》是由作为广告监管部门的国家工商行政管理局制定和发布的,并且其第13条明确规定:本办法由国家工商行政管理局负责解释。实践中国家工商行政管理局已经下发过很多烟草广告认定相关的规范性文件,如《国家工商行政管理局关于卷烟厂祝贺广告是否属于烟草广告问题的答复》(工商广字〔1995〕第185号)中就解释道:“烟草广告,是由烟草生产者和经营者承担费用,通过各种媒介和形式,直接或间接地宣传烟草产品名称、商标、生产经营企业等,以提高烟草企业或商标的知名度,促进产品销售的广告。”此外还有很多规范性文件⁴,这些都表明了并非要符合《烟草广告管理暂行办法》第2条中规定的全部形式方面的要求才能被认定为广告。现实中,北京市工商行政管理局已经禁止“大红鹰,胜利之鹰”、“一品黄山,天高云淡”、“境由心生,自在娇子”、“思想有多远,我们就能走多远”等烟草公司的广告宣传。

基金的名字虽然仅采用了“金叶”二字,但不能忽视的是:其一,黄金叶烟草集团有限公司作为一个大型的国有垄断企业,资金雄厚,影响力甚广,民政部在《复议决定书》中也承认其为“当地的龙头企业”;其二,根据《企业名称登记管理规定》第7条第1款:企业名称应当由以下部分依次组成:字号(或者商号,下同)、行业或者经营特点、组织形式。“黄金叶”作为字号属于黄金叶公司的企业名称。司法实践中,在“山东山起重工有限公司与山东起重机厂有限公司侵犯企业名称权纠纷((2008)民申字第758号)”以及“温州市诺托五金有限公司、北京森润华龙商贸有限公司不正当竞争((2009)二中民终字第17383号)”、“阿莱斯企业有限责任公司、阿莱斯绝热材料(广州)有限公司诉被告杭州阿莱斯福乐斯保温材料有限公司商标侵权及不正当竞争((2008)杭民三初字第207号)”中,法官均以名称的市场知名度和可识别性作为判断企业名称相似的标准。最高人民法院在山东山起重工有限公司与山东起重机厂有限公司侵犯企业名称权纠纷一案中指出,“简称的形成与两个过程有关:一是企业使用简称代替其正式名称;二是社会公众对于简称与正式名称所指代对象之间的关系认同。这两个过程相互交织。”“一个企业的简称是否能够特指该企业,取决于该简称

⁴ 如:《国家工商行政管理总局关于非烟草制品生产者经销者发布含有与烟草有关内容广告问题的认定与处理意见》(部门规范性文件)非烟草制品生产经营者在广告宣传中,如果出现与烟草企业的烟草企业的烟草广告相同、近似的画面、用语,或者与烟草制品商标相同、近似的商标文字图形,属于与烟草制品有关的表示,违反了《烟草广告管理暂行办法》第七条的规定,应依法予以处理。

《国家工商行政管理局关于与烟草制品有关的商品、服务广告是否认定为烟草广告的答复》其他商品、服务的商标名称及服务项目名称与烟草制品商标名称相同的,在其广告中,如果出现与烟草企业的烟草广告相同、近似的画面、用语,或者与烟草制品商标相同、近似的商标文字图形,属于与烟草制品有关的表示,违反了《烟草广告管理暂行办法》第七条的规定,应依法予以处理。

《国家工商行政管理局关于烟草企业发布无企业名称、无烟草制品名称广告是否认定为烟草广告问题的答复》(部门规范性文件)烟草生产、经营者发布的未注明烟草企业名称、烟草制品名称的广告,如果其主要画面、用语与该经营者发布的其他烟草广告的主要画面、用语相同或相似,虽不出现烟草企业名称、标识以及烟草制品名称、商标、包装、装潢,也同样具有宣传烟草企业形象、直接或者间接宣传其烟草制品的作用,应认定为烟草广告。

是否为相关公众认可，并在相关公众中建立起与该企业的稳定联系。”黄金叶烟草公司向京华中心捐款的数目为1000万元，以该等可观数额设立基金一定已被广为报道。而“金叶”二字又与该公司名称中的两个字相同，虽然“黄金”二字也包含在企业名称中，但“金叶”与“黄金”不同，它并不是一个常见词汇，很容易使人联想到“黄金叶公司”。此后再出现“金叶”二字，马上就能联想到“黄金叶公司”。如果黄金叶公司并不想引起这样的联想，它完全可以采用其他不会引起歧义的基金名称。在《公约》、我国《广告法》以及《烟草广告管理暂行办法》等相关法律法规已经对烟草广告和赞助行为有所限制和禁止的情况下，烟草公司对其宣传和促销等活动应该更为谨慎，但其却仍旧要采用极易联想到本公司名称的“金叶”为捐赠基金冠名，应当认定其具有通过基金名称的形式进行广告宣传的主观目的。

任何一种广告的实质目的都是想以此方式向公众传递自己产品或服务的信息，最终促进他们的销售。烟草公司通过“金叶发展基金”的名称使烟草公司与公益捐赠建立了长期、稳固的联系，其宣传的受众也从以往的客户群体扩大到一个更为广泛的受众范围，并在这些之前对烟草公司并不了解的群体中树立了一个正面的企业形象，在客观上达到了广告宣传的效果。

其次，京华中心与黄金叶公司在赞助活动现场设立赞助语“金叶映秋实，华彩写人生”的大型标语和展示牌是广告。

根据《广告法》第2条第2款，“广告”的实质是直接或者间接地宣传企业的商业行为。

“金叶映秋实，华彩写人生”的大幅标语和各种展示牌带有宣传黄金叶烟草公司企业名称的实质性内容，间接地宣传了黄金叶公司，因此应被认定为广告行为。

其一，尽管黄金叶烟草公司的名称是“黄金叶烟草公司”，赞助用语中并未完整出现“黄金叶”三个字，但是在黄金叶烟草公司向京华中心捐款1000万元已经被广大公众得知、并频繁参与其后的诸多活动的情况下，一般人在看到这样的赞助用语时不可避免地会从金叶联想到黄金叶烟草集团有限公司，继而是黄金叶公司的烟草制品。

其二，这一赞助语确实已通过一定形式发布。黄金叶烟草公司回避了采取广播、电视、报纸等媒介发布这种法律禁止的方式，而采取了与京华中心合作设置大型标幅和展示牌的方式。从效果而言，该方式同样使广告语为众人所知，所达到的即为广告的效果，是实质上的广告。从发布方式而言，黄金叶公司所采取的与法条中列举的媒介在本质上是相通的。黄金叶公司采取该方式的意图非常明显，即保证广告效果的同时，规避采取广播、电视、报纸等媒介发布的法律风险。

其三，该赞助语在客观上起到了广告宣传的实际效果。“金叶映秋实，华彩写人生”的赞助用语使人们在看到它时很轻易地联想到黄金叶烟草公司，并且通过树立大幅标语和展示牌的形式将信息传递给广大群众，尤其是对于判断力不强的未成年人，其可能会形成“黄金叶公司赞助行为是正面的，继而它的产品也是正面的”这一认识。因此该行为便在潜移默化中起到了广告效果。

再次，以赞助语为题目开展中学生作文比赛，并允许黄金叶公司派穿着印有“黄金叶公司”名称工作服的员工参加比赛，应被认定为广告。

通过上述分析，“金叶映秋实，华彩写人生”这一赞助语无疑符合我国相关法律法规对烟草广告的认定，而通过将其作为作文比赛题目的方式向外发布，受众对象直指未成年的中学生群体。我国一向重点关注未成年人健康问题，贯彻执行《中华人民共和国未成年人保护法》等法律法规中有关保护未成年人远离烟草的规定，以积极履行《公约》义务。⁵但以烟

⁵ 在以下文件中均提出为加强我国的履约公约，应全面贯彻执行《未成年人保护法》：《卫生部关于开展第二十个世界无烟日活动的通知（卫妇社发[2007]61号）》；《卫生部、全国爱国卫生运动委员会关于开展第

草公司的赞助语为题开展中学生作文比赛，扩大了烟草公司在中学乃至小学的宣传和影响，为其树立了正面的形象，在客观上对烟草制品也产生了积极影响，这种行为，相比在其他公共场所违法发布广告而言，更具可谴责性。虽然被告在《回复函》中一直强调该作文比赛是京华中心主办，且为“金色童年快车”这一公益项目的组成部分，但这并不排斥该项活动中有发布烟草广告的行为。

京华中心允许黄金叶公司人员穿着胸前有其公司名称的服装参与赛事，导致活动现场出现企业名称，直接表明了黄金叶公司与该活动的联系，起到了广告推荐宣传的效果。践行捐赠条款中“履行公司社会责任”的约定，本来无需大张旗鼓的组织公司人员穿着印有公司名称的衣服在现场进行服务。履行公司社会责任的方式有很多种，而黄金叶公司选择的恰是能起到最好的宣传效果的可移动广告。对于任何组织或社会团体的成员，其穿着印有该组织或团体名称字样的衣服出现时，人们无疑会将成员的行为与该团体相联系。因此，当穿着黄金叶公司工作服的志愿者出现在作文比赛的赛场时，人们自然会将黄金叶公司与公益活动相联系，使得黄金叶公司不仅如愿地进行了宣传，还建立了具有社会责任感的正面形象，此影响从附件五《京华新晚报》的新闻报道中即可看出。

此外，京华市为直辖市，应当就烟草广告宣传有更为严格的规定。比照北京市关于烟草广告的规定：《北京市教育委员会北京市卫生局北京市爱国卫生运动委员会关于在北京市中小学校、托幼机构全面控烟的通知》第3点规定：“教育系统拒绝烟草生产企业和销售单位的任何赞助和活动，校园内禁止任何形式的烟草广告宣传。”

综合上述分析，本案中京华中心的行为已经符合《广告法》第2条、《烟草广告管理暂行办法》第2条所认定的烟草广告的标准。

2. 被告在《回复函》中作出的行政决定错误，应予撤销

本案中被告京华市民政局在认定京华中心行为合法并作出不予查处京华中心的行政决定时，也未认识到设立“金叶发展基金”、与黄金叶公司在赞助活动现场设立赞助语“金叶映秋实，华彩写人生”的大型标语和展示牌、以赞助语为作文比赛的题目、允许黄金叶烟草公司派穿着印有“黄金叶公司”的员工参加比赛等行为符合《广告法》与《烟草广告管理暂行办法》等法律法规对于“广告”的认定。而且《公约》第13条第2款亦规定“每一缔约方应根据其宪法或宪法原则广泛禁止所有的烟草广告、促销和赞助”。根据《国家工商行政管理局广告审查标准》第3条规定：“本标准为广告发布前审查的基本标准。凡违反国家有关广告管理法律、法规，不符合本标准要求的广告，一律不得发布。”又，第6条第11项：“下列广告，不得发布：（十一）中国加入的国际公约中明确规定禁止出现的。”《广告法》第2条第5款规定：“本法所称广告发布者，是指为广告主或者广告主委托的广告经营者发布广告的法人或者其他经济组织。”本案中，京华中心是社会团体，属“其他经济组织”类型中的广告发布者，故其行为违反了以上法律规定。

又依据我国《烟草广告管理暂行办法》中第3条的规定：禁止利用广播、电影、电视、报纸、期刊发布烟草广告。禁止在各类等候室、影剧院、会议厅堂、体育比赛场馆等公共场所设置烟草广告。由于该行为并非以第3条中所禁止的方式、在禁止的场所进行，所以应受到《烟草广告管理暂行办法》第5条的规制：在国家禁止范围以外的媒介或者场所发布烟草广告，必须经省级以上广告监督管理机关或者其授权的省辖市广告监督管理机关批准。然而京华中心与黄金叶公司合作发布赞助用语的烟草广告时没有向广告监督管理机关申请批准，因而属于违法行为。

十八个世界无烟日活动的通知（卫妇社发[2005]96号）》；《中共中央精神文明办公室、卫生部、全国爱国卫生运动委员会、教育部、国家工商行政管理总局、国家广播电影电视总局关于开展第十七个世界无烟日活动的通知（卫基妇发[2004]45号）》。

根据《行政诉讼法》第54条第2项,“具体行政行为有下列情形之一的,判决撤销或者部分撤销,并可以判决被告重新作出具体行政行为:1、主要证据不足的……”,本案中被告根据法律法规的规定,其作出不查处京华中心的行政决定,主要证据不足,法院应当判决予以撤销。

(四)京华中心的行为违反《世界卫生组织烟草控制框架公约》,被告在《回复函》中作出的行政决定错误,应予撤销

1.《公约》对我国具有拘束力

2003年5月21日,《公约》于第56届世界卫生大会得到一致通过,并于2005年2月27日生效。中国于同年11月10日签署了《公约》,并于2005年8月27日十届全国人大常委会十七次会议批准了该公约,10月11日正式向联合国交存了批准书,10月13日,举行履行《公约》启动仪式。根据《公约》本身规定,交存批准书后90天⁶,即2006年1月9日,《公约》在全中国正式生效。

中国于1997年无保留地加入《维也纳条约法公约》。根据第2条(乙)以及第12,14和16条的规定,“签署”、“批准”、“向联合国交存批准书”等等都是表示同意受条约拘束的国际行为。第26条称:条约必须遵守。凡有效之条约对其各当事国有拘束力,必须由各该国善意履行。第27条规定:一当事国不得援引其国内法规定为理由而不履行条约。

条约必须信守原则要求我国在国际和国内两个层面,全面地,不折不扣地执行条约,而且我国国内的立法,司法和行政机关都有适用条约的职务。

而国际法院判例也一直贯行“条约必须遵守”的国际法原则。

(1) Polish Nationals in Danzig 案⁷中,国际常设法院在判决中写道:“一国不能为对抗另一国而援引其宪法,以规避依据国际法或生效的条约而需要履行的义务。”

(2) Certain German Interests in Polish Upper Silesia 案⁸中,国际常设法院宣称:“从国际法及作为其机关的本法院的观点来看,国内法像法律决定及行政措施一样仅仅是事实,表示国家的意志并构成国家活动。可以肯定,本法院不被要求波兰法律本身作出解释,但是,没有什么能够阻止本法院对下述的问题作出判决,即在适用该法律时,波兰是否遵照其依据《日内瓦公约》对德国的义务行事。”

2.《公约》应被自动纳入

条约的“接受”,是指各国国内法律主体通过具体的方式以完成国际条约赋予该国的权利和义务,从而使在国际上有效的条约在国内发生法律效力。它是一个已经在国际上生效的条约在一国国内得到执行的前提条件。由于国际法与国内法分属于两个不同的法律体系的客观事实,使得作为国际法重要渊源的条约不能自动地和直接地在国内法领域发挥作用,从而只能在获得国内法接受的前提下,才能进入国内法领域发挥作用。

接受可以分为条约规定转变为国内法的接受(以下简称“转化”)和无须转变而将条约规定纳入国内法的接受(以下简称“纳入”)。转化是指条约或国际法规范不能直接在本国国内法上取得法律效力,而必须经过例如相应的法律等国内立法行为将其转化为国内法,才能在本国适用。⁹纳入是指无论是条约还是国际法规范一经过批准后就可以直接在国内生效,而无须再经过转化,其国际法的形式和内容不加以改变。¹⁰

⁶ 《世界卫生组织烟草控制框架公约》最后条款的“生效”部分规定:对于在本条第1款中规定的生效条件达到之后批准、接受、核准或加入本公约的每个国家,本公约应自其交存、批准、接受、核准或加入的文书之日后第九十天起生效。

⁷ (1931), P. C. I. J., Ser. A/B No. 44.

⁸ (1925), P. C. I. J., Ser. A, No. 6.

⁹ See O'Connell, International Law. Clarendon Press, 1970. P. 49.

¹⁰ R. Bernhardt ed., Encyclopedia of Public international law vol. 10, Elsevier science publishers, 1987, P. 245.

从实践中看，我国采用“纳入”的方式接受条约。

显而易见的是，条约经过我国有关机关的签署和批准之后，就代表着已经被我国接受，该条约对我国产生拘束力。我国当前的宪法和宪法性法律没有规定条约在我国国内法上的接受方式，《中华人民共和国宪法》（下文简称“《宪法》”）也仅原则性地规定了国务院的缔约权及全国人大常委会的决定批准条约与废除条约权，但我们将目光转到我国的立法、司法以及政府声明等方面可实践，可以判断出条约在中国国内法上是以纳入的方式获得接受的。

条约在我国国内法上的拘束力的取得是条约在我国缔结完成以后就获得的，而不是要经过国内的特别立法才获得的。“在中华人民共和国，作为通例，并不需要制定法律以执行条约，条约的内部效力在中华人民共和国主席颁布后立即发生。”¹¹而且关于这一点，中国外交代表在多种国际场合已经表明了我国的立场：

其一，1990年4月，中国代表在联合国禁止酷刑委员会上，针对部分委员就中国政府提交的《执行〈禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约〉的报告》时称：“根据中国的法律制度，中国缔结或者参加的国际条约，要经过立法机关批准或国务院核准程序，该条约一经对中国生效，即对中国具有法律效力，我国即依公约承担相应义务。”

其二，1991年11月14日，我国代表张克宁在联合国大会社会、人道和文化问题委员会上发言时重申，中国作为联合国《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》的缔约国，将忠实履行公约义务。并且，他指出：按照中国的法律制度，有关的国际条约一经中国政府批准或加入并对中国生效后，中国政府就承担了相应的义务，不再为此另行制定国内法进行转换。条约在中国的适用不改变条约作为国际法渊源的性质和内容。这一点可以从我国有关适用条约的法律和司法解释中得到印证。法律方面，如：我国1986年的《民法通则》第142条第2款规定：“中华人民共和国缔结或者参加的条约同中华人民共和国的民事法律有不同规定的，适用条约的规定，但中华人民共和国声明保留的除外。”另外，我国1989年的《行政诉讼法》第72条规定：“中华人民共和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。”行政法规方面，如：《海上国际集装箱运输管理规定》第12条规定：用于海上国际集装箱运输的集装箱，应当符合国际集装箱标准化组织规定的技术标准和有关国际集装箱公约的规定。由于上述各法的各个规定是我国最高立法机关对条约的国内执行作出的原则规定，按照这个原则，我国与外国所缔结的条约在生效时，就当然被纳入国内法，由我国各主管机关予以适用，而无须另以法律予以转变为国内法。此外，在司法解释方面：我国最高人民法院于1987年4月10日发布的《最高人民法院关于执行我国加入的〈承认及执行外国仲裁裁决公约〉》中指出：该公约（《承认及执行外国仲裁裁决公约》）将于1987年4月22日对我国生效。各高、中级人民法院都应立即组织经济、民事审判人员、执行人员以及其他有关人员认真学习这一重要的国际公约，并且切实依照执行。并且，在我国最高人民法院于1988年2月9日发布的《最高人民法院关于执行中法司法协助协定的通知》中也指出：“中华人民共和国和法兰西共和国关于民事、商事司法协助的协定”已经互换批准书，并于1988年2月8日起生效。现将该协定转发给你们，请按法（办）发（1988）3号文件规定执行。

由此可见，在我国的实践中对条约一般采取自动纳入的方式予以接受。

如上所述，《公约》已经被全国人大常委会批准生效，在没有特别相反的规定时，应当认为该条约与其他一般的条约一样，通过“纳入”的方式被我国接受，成为我国法律体系中的一部分。

3. 本案中可以直接适用《公约》

条约的适用方式是指在一国已经将条约接受到其法律体系内之后，该国的司法机关、行

¹¹ 王铁崖：《中国与国际法——历史与当代》，载邓正来主编：《王铁崖文选》，中国政法大学出版社1993年版，第386页。

政机关应如何援引条约处理具体问题的方式。条约的适用方式主要有直接适用和间接适用两种方式。直接适用条约，是指一国法律适用的专门机构，即司法及有关行政部门，以条约规定作为其适用法律的渊源，并以适用国内法的同样方式适用条约的规定。而间接适用条约是指一国的司法和行政机关适用由立法机关将条约转化成国内法处理具体问题的方式，而且个人和法人不能直接援引该条约的规定。关于已被我国接受的条约采用何种方式适用，在我国《宪法》和《中华人民共和国缔结条约程序法》中没有作出明确的规定，因此，需要从我国的相关实践中进行分析。

首先，在我国，国际条约一般通过直接适用的方式执行：

其一，据统计在 1979 年到 1998 年的 20 年间，中国公布的，规定有条约在国内直接适用的法律、法规 69 件，相关条款 109 条。如在《民事诉讼法》与《民法通则》中都有“我国缔结或参加的条约与中国法律有不同规定的，适用条约规定，但我国声明保留的条款除外。”的规定；在《商标国际注册马德里协定》中明确规定相关事项直接适用条约；以及在《中国民用航空安全保卫条例》、《中国红十字标志使用办法》的“国内法律规定相关事项以相关法律办理，但遇中国批准的国际条约另有规定的应依条约”，或者“国内法规定未尽事宜，依有关条约办理。”等。

其二，在中国法院审理的案件中，亦不乏直接适用国际条约的案例。民事案件：上海市静安区人民法院审理的“上海振华港口机械有限公司诉美国联合包裹运送服务公司国际航空货物合同标书快递厌恶赔偿纠纷案”；知识产权案件：北京市第一中级人民法院审理的“美国沃尔特·迪斯尼公司诉北京出版社等侵犯著作权纠纷案”；海事案件：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”。

其次，通过立法转化来适用条约属于个别例外情况，具体分为以下三种情况：

其一，有些条约明确规定缔约国须通过国内立法的方式予以执行，缔约国就必须通过国内补充立法的方式执行该条约，这本身也是对条约义务的承担。如：《消除对妇女一切形式歧视公约》中不仅规定了妇女的各项权利，而且同时要求各国根据本国情况制定法律，以保障妇女的权益。所以我国在签署了这一条约之后，专门制定了《妇女权益保障法》。

其二，有些条约是一种政治性的国际条约，其原则上只涉及缔约国政府本身的权利义务，而与自然人和法人无关，如果要将这类条约的效力扩及到本国的自然人和法人，就需要国内补充或配套立法予以配合。比如同盟互助类条约。

其三，有些条约只是大纲性或原则性的规定，不够详细和周密，同样也需以依国内具体的国情，通过立法做补充规定。如依据《维也纳外交关系公约》和《维也纳领事关系公约》而制定出的《中华人民共和国外交特权与豁免条例》《中华人民共和国领事特权与豁免条例》。

但从整体上看，这些情形相对较少，故间接适用条约在我国仍属于例外情况。

最后，在对国际条约的适用没有明确规定时，应当认为默认为可以直接适用。

以《维也纳外交关系公约》和《维也纳领事关系公约》为例。我国于 1975 年和 1979 年分别加入了这两个公约。并且在此后的很长一段时间内，我国并没有将这两个公约的规定制定成相应的国内法，但在司法实践中，却存在着直接适用上述两个公约的实例。具体可见国家税务总局、外交部关于印发《外国驻华使（领）馆及其人员在华购买物品和劳务退还增值税管理办法》的通知（1981 年）第 4 条。直到 1986 年和 1990 年我国才制定《外交特权与豁免条例》以及《领事特权与豁免条例》，将两公约的很多内容通过立法转化的形式规定为国内法。

《公约》的序言中明确指出，《公约》的制定是虑及国际社会关于烟草消费和接触烟草

烟雾对全世界健康、社会、经济和环境造成的破坏性后果的关注，且其第3条目标也规定：本公约及其议定书的目标是提供一个由各缔约方在国家、区域和全球各级实施烟草控制措施的框架，以便使烟草使用和接触烟草烟雾持续大幅度下降，从而保护当代和后代免受烟草消费和接触烟草烟雾对健康、社会、环境和经济造成的破坏性影响。因此，该《公约》应属于我国签署并批准的规范环境公益卫生，以及保护人民生命健康类型的公约。对于此类国际条约，在《中华人民共和国国境卫生检疫法》以及《中华人民共和国水法》《中华人民共和国环境保护法》等¹²都有“同本法有不同规定的适用该国际条约的规定。”等可以直接适用的表述。

此外，本案中《公约》并不具有需要经过立法转化才能适用的情形。首先，在公约中并没有明确提出各国必须通过立法的方式来执行条约。其次，《公约》虽然属于框架性公约，但并不意味着其中的条文都不具有可执行性。具体表现在以下三个方面：

其一，框架性公约是一种确定各缔约方基本权利义务的多边条约形式，其通过建立原则框架要求的形式给后续的细节商定和发展留下了必要的空间。但这一性质并不意味着框架性公约的条文规定都是模棱两可的。

其二，原告方主张适用的《公约》中的条款均有对法律术语的明确解释，有评价的范围，有明确的权利义务（即“广泛禁止所有烟草广告、促销和赞助”）是具有执行性和操作性的，实际上已经具有了议定书的性质。

其三，关于原告提出适用的第13条，缔约方会议在2008年11月第三届会议上通过了《关于烟草广告、促销和赞助的世卫组织烟草控制框架公约第13条的实施准则》（FCTC/COP3(12)号决定），进一步加强了该条款的可执行性。

我国目前并没有在相关法律法规中明确规定《公约》应通过立法转化的方式来适用，因此根据一般惯例，应当认定公约可以在我国司法实践中直接适用。本案中，原告以《公约》作为依据主张被告的行政决定有误，符合我国的司法实践。

4. 京华中心以下行为均违反《公约》第13条第2款：设立“金叶发展基金”；与黄金叶公司在赞助活动现场设立赞助语“金叶映秋实，华彩写人生”的大型标语和展示牌；以赞助语为题目开展中学生作文比赛，并允许黄金叶公司派穿着印有“黄金叶公司”名称工作服的员工参加比赛

本案中，京华中心违反《公约》的行为有：（1）京华中心设立“金叶发展基金”；（2）与黄金叶公司在赞助活动现场设立赞助语“金叶映秋实，华彩写人生”的大型标语和展示牌；（3）以赞助语为题目开展中学生作文比赛，并允许黄金叶公司派穿着印有“黄金叶公司”名称工作服的员工参加比赛。

原告认为上述行为符合《公约》对于“烟草赞助”和“烟草广告”的认定。主要依据是《公约》第1条（g）项：“‘烟草广告和促销’系指任何形式的商业性宣传、推介或活动，其目的、效果或可能的效果在于直接或间接地推销烟草制品或促进烟草使用；”及《公约》第1条（c）项：“‘烟草赞助’系指目的、效果或可能的效果在于直接或间接地推销烟草制品或促进烟草使用的，对任何事件、活动或个人的任何形式的捐助。”

¹² 《中华人民共和国国境卫生检疫法》第24条：中华人民共和国缔结或者参加的有关卫生检疫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，中华人民共和国声明保留的条款除外；《中华人民共和国水法》第78条：中华人民共和国缔结或者参加的与国境或者国境边界河流、湖泊有关的国际条约、协定与中华人民共和国法律有不同规定的，适用国际条约、协定的规定。但是，中华人民共和国声明保留的条款除外；《中华人民共和国环境保护法》第46条：中华人民共和国缔结或者参加的与环境保护有关的国际条约，同中华人民共和国的法律有不同规定的，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。

其他如：《中华人民共和国固体废物污染防治法》第90条：中华人民共和国缔结或者参加的与固体废物污染环境防治有关的国际条约与本法有不同规定的，适用国际条约的规定；但是，中华人民共和国声明保留的条款除外。

根据我国《宪法》第 21 条第 1 款：“国家发展医疗卫生事业，发展现代医药和我国传统医药，鼓励和支持农村集体经济组织、国家企业事业组织和街道组织举办各种医疗卫生设施，开展群众性的卫生活动，保护人民健康。”第 26 条第 1 款：“国家保护和改善生活环境和生态环境，防治污染和其他公害。”上述规定均从正面说明我国《宪法》规定国家保护和改善生活环境和生态环境，保护公共卫生，保护人民健康。而根据《公约》第 1 条（g）项和第 1 条（c）项，其判断标准都只要求“间接地推销烟草制品或促进烟草使用”。通过（三），即京华中心违反国内法部分的论述，已证明其符合《公约》所要求的烟草赞助和烟草广告的标准。《公约》第 13 条第 2 款规定“每一缔约方应根据其宪法或宪法原则广泛禁止所有的烟草广告、促销和赞助。”在我国《宪法》没有明确表明不能禁止所有的烟草广告、赞助和促销行为时，就应当通过对于第 21 条第 1 款和第 26 条第 1 款规范的解释，认定是根据宪法和宪法原则要求广泛禁止所有的烟草广告、赞助和促销行为。从规范目的上说，我国加入《公约》至少是限制烟草对于公共卫生领域的危害，希望达到的目的是比原来更严格控制烟草广告、赞助、促销行为。根据《世界卫生组织烟草控制框架公约第 13 条（烟草广告、促销和赞助）实施准则》“宗旨与目标”第 1 条中语句：“本准则为缔约方实施和执行广泛禁止烟草广告、促销和赞助提供指导，亦或为由于其宪法或宪法原则制约而无法实行广泛禁止烟草广告、促销和赞助的缔约方提供指导，以尽可能广泛的实行烟草广告、促销和赞助限制。”也就是只有在“无法实行广泛禁止烟草广告、促销和赞助”的时候才需要说明有宪法或宪法原则上的原因，一般情况下根据宪法或者宪法原则，都应当“广泛禁止烟草广告、促销和赞助”。因此，在我国《宪法》上有第 21 条第 1 款和第 26 条第 1 款的根据的情况下，应当认定我国在《公约》中坚持“广泛禁止所有的烟草广告、促销和赞助”。

综合上述本案中被告的行为，已经论证符合《公约》第 1 条（g）项规定的“目的、效果或可能的效果在于直接或间接地推销烟草制品或促进烟草使用的，对任何事件、活动或个人的任何形式的捐助”的“烟草赞助”，或者符合《公约》第 1 条（c）项规定的“任何形式的商业性宣传、推介或活动，其目的、效果或可能的效果在于直接或间接地推销烟草制品或促进烟草使用”的“烟草广告和促销”，因此违反了《公约》第 13 条第 2 款有关“每一缔约方应根据其宪法或宪法原则广泛禁止所有的烟草广告、促销和赞助”的规定。

5. 被告在《回复函》中作出的行政决定错误，应予撤销

本案中，被告京华市民政局在认定京华中心行为合法并作出“不查处京华中心”的行政决定时，未认识到京华中心存在违反《公约》的事实，因此应认定为京华市民政局作出此行政决定的证据不足。根据《行政诉讼法》第 54 条第 2 项，“具体行政行为有下列情形之一的，判决撤销或者部分撤销，并可以判决被告重新作出具体行政行为：1、主要证据不足的……”，本案中根据法律法规的规定，被告作出“不查处京华中心”的行政决定，主要证据不足，法院应当判决予以撤销。

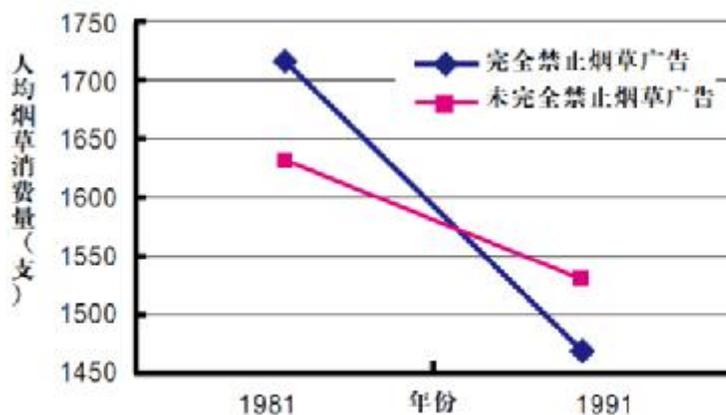
三、基于政策考虑，法院也应判决被告撤销其《回复函》中所作的行政决定

（一）控烟是保护国民健康的要求

1. 烟草广告与烟草消费具有密切关系

102 个国家烟草广告与烟草消费趋势之间的关系研究表明，在那些全面禁止烟草广告的国家，烟草消费呈现出急剧下降的趋势。¹³

¹³ Prabhat J. and Frank C. Editors. Tobacco Control in Developing Countries. Oxford University Press, 2000.



102个国家烟草广告和烟草销量之间的关系

尤其要注意，以烟草企业或企业集团冠名的间接烟草广告宣传效果非常明显，对青少年的影响是对成年人影响的三倍。¹⁴

2. 烟草制品严重威胁人类健康

数十年来，上万个科学研究证明二手烟暴露对人群健康危害严重，能导致癌症、心血管疾病和呼吸系统等疾病。其中的有毒化学物质可以长时间存留在窗帘、衣物、食物、家具和其它物品中，即使开窗或有通风设备通风，这些有毒物质可以在在房间内存留数周甚至数月。

中国每天有超过 3000 人死于吸烟导致的相关疾病。每年，由于接触二手烟，成千上万的非吸烟者死于心脏疾病和肺脏疾病，成千上万的儿童遭受呼吸道感染。2010 年全国成人烟草调查结果显示，有 74% 的非吸烟者遭受二手烟暴露，据此估算现在有 5.56 亿成人非吸烟者遭受二手烟暴露，加上 1.8 亿青少年，共计有 7.38 亿非吸烟者遭受二手烟暴露。¹⁵

3. 国民的健康权不容侵犯

我国宪法规定：“国家尊重和保障人权”。“十二五”规划纲要将提高人民健康水平作为国家的重要任务。温家宝总理指出：“绝不能以牺牲人的健康和生命换取企业的利润和经济发展。”健康权是基本的人权之一，国民的健康权不容侵犯，免受二手烟的危害是保障人们健康权的重要体现。非吸烟者受到二手烟的危害，政府有义务保护非吸烟者健康这一基本人权。在《公约》的导言也已经明确指出这一点。

(二) 控烟也能带来经济收益

证据显示除了卫生方面的益处外，无烟环境还能带来经济收益。澳大利亚、加拿大、英国和美国全面禁烟后都看得到了相似的结果。以纽约市为例，纽约市实施无烟化立法分了两个阶段（1995 年覆盖了包括大多数餐厅在内的多数工作场所，2003 年又进一步覆盖了其它的酒吧和剩余的餐厅），1995 年法律开始实施之后餐厅的就业率发生了增长。而在 2003 年法令实施之后当年，酒吧和餐厅的就业率与收入都再次提高，并从此之后一直处于上升状态。¹⁶

(三) 控烟是国际趋势，是我国建立负责任的大国形象的要求

在 172 个缔约国中，目前有 19 个国家制定了全国性的全面无烟环境的法律。美国、加拿大和澳大利亚在这方面取得了斐然成绩。

如果我们签署并批准了《公约》而不履行，或不将公约的宗旨与精神作为指导，《公约》将变为一纸空文，无疑将有损我国的国际形象。

(四) 判决被告撤销其《回复函》有利于以司法推进立法

¹⁴ Pollay RW, Siddarth S, Siegel M, et al. Cigarette advertising and realized market shares among youths and adults. *J Marketing*, 1996,60: 1-6.

¹⁵ 中国疾控中心控烟办公室：《2011 控烟报告》，2011 年 5 月。

¹⁶ 同注 13。

1. 我国烟草控制相关立法急需完善

首先，从各地的实践以及一些重大事件引起的舆论来看，控烟已成为公众共识。2010年上海市有关部门采取多项措施，积极推动“无烟世博”，退还了上海某烟草公司向世博局捐赠的人民币2亿元。2009年举办的第十一届全运会迫于巨大的社会舆论压力全部退还9家烟草公司的捐款。地方政府也积极推动履约工作，继北京市人民政府2008年出台《北京市公共场所禁止吸烟范围若干规定》之后，上海市和杭州、广州、银川市人大相继出台公共场所控制吸烟条例，制定了地方控烟法规。

其次，与不具备法律约束力、缺乏执行机制自愿政策相比，法律的保护将更加平等和全面，立法能使所有非吸烟者有权维护其健康权、生命权和健康环境权。立法是确保公众避免二手烟暴露危害唯一可接受的有效策略，因为法律对于全面无烟环境的创建，具有以下作用：具有法律约束力；能够建立执行机制；对违法行为采取处罚措施；能够平衡企业竞争环境。

而我国还没有统一的烟草控制的立法。基于上述理由，应当加快立法步伐。

2. 法院应以司法推进立法

我国现有的控烟相关法律滞后，缺乏规范，规定零散片面，而根据我国加入《公约》的宗旨和精神，以及我国对控制烟草的确切需要，法院应当以《公约》为指导进行司法，判决被告撤销《回复函》中所作行政决定，对京华中心与第三人联手进行烟草广告宣传的行为进行查处，以司法推动立法，推动法制的完善。

四、应判决被告承担诉讼费和与此有关的所有费用

原告认为，被告京华市民政局在《回复函》中作出的不查处京华中心的行政决定，主要证据不足，根据《行政诉讼法》第54条第2项，“具体行政行为有下列情形之一的，判决撤销或者部分撤销，并可以判决被告重新作出具体行政行为：1、主要证据不足的”，该行政决定应予撤销。原告所提诉讼请求为合法合理的请求。法院应当判决原告胜诉。

《诉讼费用交纳办法》第29条第1款规定：“诉讼费用由败诉方负担，胜诉方自愿承担的除外。”《最高人民法院关于适用〈诉讼费用交纳办法〉的通知》中对于该条的适用进行了说明：“诉讼费用由败诉方负担，胜诉方自愿承担的除外。对原告胜诉的案件，诉讼费用由被告负担，人民法院应当将预收的诉讼费用退还原告，再由人民法院直接向被告收取，但原告自愿承担或者同意被告直接向其支付的除外。”因此，诉讼费用与此有关的所有费用应当由被告承担。

鉴于上述事实和法律依据，原告请求法庭支持原告的诉讼请求。

此致

京华市东城区人民法院

原告：蓝天

代理人：宋恭毅（天平公益法律援助律师事务所律师）

2011年11月8日

附件

1. 附件一：《申请书》复印件
2. 附件二：《京华市民政局投诉（举报）回复函》复印件
3. 附件三：《行政复议申请书》复印件
4. 附件四：《民政部行政复议决定书》复印件 民复字【2011】93号
5. 附件五：开展中学生作文比赛的新闻报道复印件
6. 附件六：本案中法律适用情况汇总

1. 附件一 《申请书》复印件

申请书

申请人：蓝天

住址：京华市朝西区大北街 135 号

通讯地址：京华市朝西区大北街 135 号，100101

电话：139xxxxxxxx

申请事项：

请依据《全国人大常委会通过关于批准世卫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 13 条和我国有关广告的法律法规的规定，依法履行市民政局的法定职责，对贵局所属京华市社会福利保障中心违法接受黄金叶烟草集团有限公司赞助的行为、与该公司合作在周边县域开展以黄金叶公司赞助用语为题的中学生作文比赛、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，并将查处情况尽快告知原告。

申请理由：

申请人在生活和工作环境中长期深受包括黄金叶烟草集团有限公司所生产的卷烟在内的烟草制品的烟雾损害，对非法烟草推广和宣传行为一向持反对态度，坚决支持国际和国内控制烟草的有关公约和法律法规的实施，对烟草公司把黑手伸向青少年一代的行为更是深恶痛绝。但贵局所属的京华市社会福利保障中心与烟草业的龙头老大——黄金叶烟草集团有限公司——携手合作，公然违反我国已经签署并生效的《世界卫生组织烟草控制框架公约》和我国《广告法》及其相关法规规定（《中华人民共和国广告法》第 18 条、《烟草广告管理暂行办法》第 4、8 和 9 条的相关规定），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企业；同时运用“金叶映秋实，华彩写人生”等字样推行变相的烟草广告；运用中学生作文比赛宣传烟草文化。这是对我国承担的国际法律义务的逃避，是对我国法律规定的无视和违反。故恳请贵局依据上述有关法律法规的规定履行法定职责，对所属京华市社会福利保障中心与黄金叶烟草集团有限公司联手推广和宣传烟草企业和制品的违法行为予以查处，并将查处情况于 30 日内告知申请人。

申请人期待得到贵局的回复，并保留根据回复和查处情况决定是否采取进一步措施的权利。

此致

京华市民政局

申请人：蓝天（签名）

2010 年 12 月 13 日

2. 附件二 《京华市民政局投诉（举报）回复函》复印件

京华市民政局投诉（举报）回复函

蓝天同志：

您好！

您就京华市社会福利保障中心接受黄金叶烟草集团有限公司赞助的行为、与该公司合作在周边县域开展以黄金叶公司赞助用语为题的中学生作文比赛活动、以及与该公司的合作活动涉嫌违法进行烟草广告宣传等活动的举报申请已经收悉。

经我局认真调查，证实京华市社会福利保障中心（下称“京华中心”）确实接受了黄金叶烟草集团有限公司（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。在上述公益活动过程中，黄金叶公司确实打出过“金叶映秋实，华彩写人生”的赞助用语标幅；在赞助活动后，京华中心在周边县域组织了以上述赞助用语为题的中学生作文比赛。

经调查，京华中心为依法成立的公益组织，有国家法律和政策许可的从事公益活动的资质和能力。相关的黄金叶烟草集团有限公司的企业法人营业执照的经营为‘在国家法规、政策允许范围内进行投资、开发’。该公司所在地的西南省工商行政管理局也出具证明，认定该公司网站上报道的赞助活动内容及赞助活动现场多处竖立的赞助用语‘金叶映秋实，华彩写人生’的大幅标语和各种展示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。

“母亲水窖”和“金色童年快车”两个项目均为国家妇联和教育部等机构大力倡导和支持的全国性公益项目，产生了巨大的社会影响和效果。与该公司合作在周边县域开展以黄金叶公司赞助用语为题的中学生作文比赛，是“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。

据此，我认为该活动为社会公益机构依法从事的公益活动，黄金叶烟草集团有限公司企业的捐赠是其公司形象的塑造，而非烟草促销活动。我国目前尚无具体的法律法规禁止烟草企业从事非促销性的社会公益活动。这种公益活动不是《中华人民共和国广告法》中规定的不得进行烟草广告或者变相烟草广告的行为。而且该项活动中所竖立的赞助用语标幅并非广告宣传活动，且该赞助用语也从未在该公司任何烟草广告中使用过；即便使用，也不同于《烟草广告管理暂行办法》第二条中规定的烟草广告，即“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。

在捐赠活动后，使用‘金叶映秋实，华彩写人生’的赞助用语在周边几个郊区农业县开展的中学生作文比赛是“金色童年快车”公益项目的内容，黄金叶公司派员参加该项比赛是捐赠协议中“履行公司社会责任”的规定，并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。

特此回复。



3. 附件三 《民政部复议决定书》复印件

民政部行政复议决定书

民复字【2011】93 号

申请人：蓝天

住址：京华市朝西区大北街 135 号

通讯地址：京华市朝西区大北街 135 号，100101

电话：139xxxxxxx

代理人：宋恭毅，京华市天平公益法律援助律师事务所律师

通讯地址：京华市城东区白沙街 25 号，100860

被申请人：京华市民政局

地址：京华市永安大街 147 号，100991

法定代表人：李 XX，职务：局长

第三人：黄金叶烟草集团有限公司

地址：西南省金叶市南关大街 888 号

法定代表人：叶昌盛，职务：董事长

申请人不服被申请人 2011 年 2 月 15 日作出的《京华市民政局投诉（举报）回复函》，于 2011 年 3 月 1 日向本部申请行政复议，本部政法司于 2011 年 3 月 4 日收到该复议申请，并代表本部对复议事项依法予以受理。现已审理终结。

申请人请求：1. 撤销被申请人于 2011 年 2 月 15 日在《京华市民政局投诉（举报）回复函》中所作出的行政决定；2. 认定京华市社会福利保障中心接受黄金叶烟草集团有限公司捐赠并设立“金叶基金”是违反有关国际公约和国内法律的冠名活动，设立大型赞助用语牌和广泛举办作文比赛是变相进行烟草广告宣传；3. 认定被申请人和第三人承担申请人为行政申请和行政复议申请所支出的所有费用。

申请人称：（略）

被申请人称：

1. 申请人不具有《行政复议法》第二条和第六条所规定的行政复议人的资格，并非是其自身权益受到损害的公民、法人或组织，因此并非适格的复议申请人。虽然被申请人很赞赏申请人所表现出来的公益心和社会责任感，但申请人更应该按照法律的规定和程序来提出于法有据的申请。

2. 社会公益活动是法律鼓励和支持的好事，应当得到鼓励。被申请人是国家法律法规和政策批准成立的社会公益机构，有资格和能力从事社会公益活动。且“母亲水窖”和“金色童年快车”活动都是广为人知和具有重大积极社会效果的大型公益活动，应当得到社会各

界包括各种企业的支持。第三人是国家法律、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作出了巨大贡献，同时还主动承担了现代公司的社会责任，积极参与许多社会公益活动。只要积极承担企业社会责任的活动不违反法律，第三人的这类活动也是应当得到鼓励和支持的。

3. 第三人参与的公益活动并没有违反现有法律。第三人的经营范围为“在国家法规、政策允许范围内进行投资、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。因此第三人的捐赠是其公司形象的塑造，而非烟草促销活动。

4. 我国目前尚无具体的法律法规禁止烟草企业从事非促销性的社会公益活动。这种公益活动不是《中华人民共和国广告法》中规定的不得从事的烟草广告或者变相烟草广告行为。而且该项活动中所竖立的赞助用语并非广告宣传活动，该赞助用语也从未在该公司任何烟草广告中使用过；即便使用，也不同于《烟草广告管理暂行办法》第二条中规定的烟草广告，即“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”。

5. 在捐赠活动后，使用‘金叶映秋实，华彩写人生’的赞助用语在周边几个县开展的中学生作文比赛是被申请人下属京华中心开展的“金色童年快车”公益项目中的一项内容；该赞助用语是激励人勤奋务实，奉献拼搏的立志警句；第三人派员参加该项比赛是捐赠协议中“履行公司社会责任”的规定为该项公益活动提供人力支持；该项活动的主办方为被申请人，第三人的参与也并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。

6. 申请人在我国的直接适用《世界卫生组织烟草控制框架公约》相关条款的主张并不符合我国法律的规定和我国的法律实践。申请人直接引用该项公约的做法于法无据，不应得到支持。

我部经审查查明，被申请人下属京华中心确实接受了第三人捐赠的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。在上述公益活动过程中，第三人确实打出过“金叶映秋实，华彩写人生”的赞助用语标幅，并以此为其网页上的标志；在捐助活动后，被申请人在京华市周边县域组织了以上述赞助用语为标题的中学生作文比赛，第三人为履行协议规定而派员参与现场服务。

本部认为：

1. 根据《行政复议法》第二条和第六条的规定，行政复议申请人应为“认为具体行政行为侵犯其合法权益”的“公民、法人或者其他组织”。而本复议申请人并非其自身合法权益受到侵犯的公民、法人或组织，因此不具有行政复议申请人的资格。但本着向人民负责和为民服务的精神，我部不回避申请人提出的问题，尽管申请人的复议资格缺乏法律根据，但我部愿意在明确申请人资格缺失的情况下，对申请人提出的问题积极和客观的审理，并作出相应的决定。

2. 被申请人下属京华中心是国家依照法律和政策成立的专门从事社会福利保障公益事业机构，有充分的法律根据从事“母亲水窖”和“金色童年快车”等社会福利和保障方面的公益活动。本复议案第三人，黄金叶烟草集团有限公司的经营范围为“在国家法规、政策允许范围内进行投资、开发”。同时第三人所在地的西南省工商行政管理局也出具证明，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。据此，该活动为黄金叶烟草集团有限公司形象的塑造，并非烟草促销活动。其他如竖立大型赞助用语的标语和标牌、开展以赞助用语为题目的中学生作文比赛等活动均非广告宣传活动，该赞助用语也从未在任何烟草广告中使用过。这些活动和行为均不构成烟草广告行为。

3.《烟草广告暂行管理办法》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。”本复议案中被申请人接受第三人的捐赠，设立的“金叶发展基金”并没有使用第三人的公司名称和产品商标，虽然确有相同的字出现，但并非其公司名称或产品商标，而且捐赠活动也不是“带有冠名、冠杯内容的赛事、演出”活动中的广告行为，因而不在于有关法律规定的禁止范围内。

4.我国现有法律法规尚无禁止烟草企业从事公益活动的明确规定，国际公约在我国直接实施的问题也尚无定论，因此被申请人下属京华中心接受第三人的捐赠和开展社会公益活动行为不是法律明确禁止的事项。

根据上述理由，被申请人作出的回复并无不当。如果申请人如不服行政复议决定，可以自收到本复议决定之日起15日内依法向人民法院提起行政诉讼。



4. 附件四 《答辩状》复印件

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

案由：

答辩人于 2011 年 5 月 25 日收到京华市城东区人民法院转来蓝天要求答辩人撤销于 2011 年 2 月 15 日在《京华市民政局投诉（举报）回复函》中所作出的行政决定的起诉状，认为该起诉状原告提出的诉讼请求于法无据，不能成立，请法院根据事实依据法律予以驳回，维持《京华市民政局投诉（举报）回复函》所作出的行政决定。

理由：

鉴于在蓝天提起此次行政诉讼案之前，答辩人在处理其提起的申请、行政复议的程序中，已经与其就此案的有关事实和法律进行过多次沟通，故对其诉讼请求依法作出简要答辩如下：

1. 蓝天不是我国《行政诉讼法》所规定的适格当事人，不具有行政诉讼原告的法律资格。

2. 我国虽然已经签署和批准《世界卫生组织烟草控制框架公约》，但由于我国法律法规尚未明确规定禁止烟草公司从事公益赞助等社会公益活动，该公约的条文不能直接在我国适用。

3. 起诉状中所称京华市社会福利保障中心与黄金叶烟草集团有限公司所举办的社会公益活动违反了《世界卫生组织烟草控制框架公约》、我国《广告法》和《烟草广告管理暂行办法》有关规定的指控并不成立，该中心和公司的公益活动、网络报道和文化教育活动不构成烟草广告（包括“变相烟草广告”）、促销、冠名行为。况且答辩人对于黄金叶烟草集团有限公司也不具有行政监管权，无权对其合法的活动进行干预。

4. 尽管蓝天并非适格的行政复议申请人和行政诉讼原告人，答辩人也一直本着执政为民的理念和向人民群众负责的态度，对其提出的要求尽可能圆满地给予答复。可见，答辩人并非造成其相关复议和诉讼开支的当事人。因此由答辩人承担其诉讼费和其它相关费用的要求没有任何法律依据，答辩人不可能承担毫无法理基础的责任；这些费用应由其自己和推动其不断支出上述费用的人和组织来承担。

综上，该起诉状原告提出的行政诉讼请求于法无据，不能成立。而 2011 年 2 月 15 日《京华市民政局投诉（举报）回复函》中所作出的行政决定是正确的，有事实根据，合情合理合法，故请法院根据事实依据法律予以维持。

此致

京华市城东区人民法院

5. 附件五 开展中学生作文比赛新闻报道复印件

京华新晚报

2010年11月16日第4版

京华市社会福利保障中心和黄金叶烟草集团有限公司共同在本市周边郊区县开展了系列文化教育活动。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，成为“金色童年快车”项目的一个新亮点。作文比赛的题目为“金叶映秋实，华彩写人生”，虚实结合，意境深远，扣人心弦，催人奋进，引发出不少难得的佳作，获得评委的一致称赞。本次活动中，黄金叶公司派出了不少志愿者前往参加赛事的组织工作。参赛学生纷纷表示，这次活动不仅是一次文化课，而且是一场有意义的社会实践，真实体验到了志愿者和企业的社会责任感，并纷纷表示要做具有奉献精神的有志向的人。

6. 附件六

本案中法律适用情况汇总

一、程序方面的主要法律适用

- 《中华人民共和国行政诉讼法》
- 《中华人民共和国行政许可法》
- 《中华人民共和国行政复议法》
- 《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》
- 《最高人民法院关于行政诉讼证据若干问题的规定》
- 《诉讼费用交纳办法》
- 《最高人民法院关于适用<诉讼费用交纳办法>的通知》

二、实体方面的主要法律适用

(一) 本案中对于国内法的适用

- 《中华人民共和国宪法》
- 《中华人民共和国缔结条约程序法》
- 《中华人民共和国民法通则》
- 《中华人民共和国侵权责任法》
- 《中华人民共和国未成年人保护法》
- 《中华人民共和国广告法》
- 《中华人民共和国公益事业捐赠法》
- 《中华人民共和国政府信息公开条例》
- 《烟草广告管理暂行办法》
- 《社会团体登记管理条例》
- 《企业名称登记管理规定》
- 《最高人民法院印发<关于依法保护行政诉讼当事人诉权的意见>的通知》
- 《最高人民法院副院长李国光在全国法院行政审判工作会议上的讲话——深入贯彻党的十六大精神 努力开创行政审判工作新局面为全面建设小康社会提供司法保障》
- 《最高人民法院关于执行我国加入〈承认及执行外国仲裁裁决公约〉的通知》
- 《最高人民法院研究室关于期间问题的电话答复》
- 《民政部门实施行政许可办法》
- 《财政部关于加强企业对外捐赠财务管理的通知》
- 《国家工商行政管理局广告审查标准》
- 《国家工商行政管理局关于对公共场所设置烟草广告问题的答复》
- 《国家税务总局、外交部关于印发<外国驻华使（领）馆及其人员在华购买物品和劳务退还增值税管理办法>的通知》
- 《北京市教育委员会北京市卫生局北京市爱国卫生运动委员会关于在北京市中小学校、托幼机构全面控烟的通知》

(二) 本案中对于国际法的适用

- 《维也纳条约法公约》
- 《世界卫生组织烟草控制框架公约》
- 《世界卫生组织烟草控制框架公约第 13 条（烟草广告、促销和赞助）实施准则》