

行政复议申请书

申请人：朱晓飞

住址：北京市朝阳区小黄庄前街3号院8号楼三单元502

通讯地址：北京市朝阳区育慧东路1号中华女子学院法律系，100101

电话：13691152071

代理人：黄金荣 北京市东方公益法律援助律师事务所 律师

通讯地址：北京市东城区沙滩北街15号，100720

余少祥 北京市高文律师事务所 律师

通讯地址：北京市东城区沙滩北街15号，100720

被申请人：北京市工商行政管理局

地址：北京市海淀区苏州街36号。

法定代表人：张志宽 职务：局长

第三人：云南红塔集团有限公司

住址：云南省玉溪市红塔区红塔大道118号

法定代表人：李剑波 职务：董事长

第三人：红塔烟草（集团）有限责任公司

住址：云南省玉溪市红塔区红塔大道118号

法定代表人：李穗明 职务：董事长

第三人：中央电视台

住址：北京市海淀区复兴路11号

法定代表人：焦利 职务：台长

复议请求事项：

1. 撤销北京市工商行政管理局于2010年5月24日在《北京市工商行政管理局投诉（举报）回复函》中所作出的行政决定；

2. 依法认定中央电视台第10套电视节目播出的“山高人为峰 红塔集团 努力打造世界领先品牌 云南红塔集团有限公司 投资 开发”广告为非法烟草广告，并依法对中央电视台播放非法烟草广告的行为作出处理或者责令北京市工商行政管理局作出处理。

事实和理由：

申请人于2010年5月10日针对中央电视台第10套节目每晚9:25左右“探索与发现”栏目片首播出的“山高人为峰 红塔集团 努力打造世界领先品牌 云南红塔集团有限公司 投资 开发”广告（下简称“涉案广告”）向北京市工商行政管理局提出申请，要求其依据《中华人民共和国广告法》第42条的规定依法履行法定职责，对中央电视台播放违法烟草广告的行为予以查处，并将查处情况于30日内告知申请人（见附件一）。

北京市工商行政管理局于2010年5月24日向申请人发出了《北京市工商行政管理局投诉（举报）回复函》（见附件二）。该函称，“经调查，云南红塔集团有限公司的企业法人营业执照的经营范围为‘在国家法规、政策允许范围内进行投资、开发’。同时云南省工商行政管理局出具证明该广告画面内容及广告语‘山高人为峰’不含烟草广告元素，且未用在烟草广告中宣传。据此该广告为红塔集团企业形象广告，并非烟草广告或者变相烟草广告。不同于《烟草广告管理暂行办法》第二条中规定的烟草广告，是指烟草制品生产者或者经营者（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。”

申请人因对北京市工商行政管理局在《回复函》中所作的决定不服，依据《行政复议法》的规定申请行政复议。申请人认为，云南红塔集团有限公司在中央电视台播出的上述广告属于违反《中华人民共和国广告法》第18条、《烟草广告管理暂行办法》第3条、第4条和第7条规定的烟草广告，因此北京市工商行政管理局应该依据《中华人民共和国广告法》第42条的规定履行查处的法定职责。具体理由如下：

（一）从涉案广告的内容看，广告中包含了众多明显的烟草广告元素，并且在电视媒体上发布，因此很显然属于违法烟草广告。

北京市工商行政管理局认为，“该广告画面内容及广告语‘山高人为峰’不含烟草广告元素，且未用在烟草广告中宣传。据此该广告为红塔集团企业形象广告，并非烟草广告或者变相烟草广告。”申请人认为，北京市工商行政管理局该项认定与法无据，且与事实不相符。

首先，涉案广告包含了“红塔集团”这一我国最大的烟草公司的名称。

“红塔集团”是“红塔烟草（集团）有限责任公司”这一我国乃至世界最大的烟草公司的简称，这一点可以从红塔集团网站对自身的介绍可以看出来（见附件三）。尽管从字面上说，“红塔集团”亦可作为涉案广告发布主体——云南红塔集团有限公司这一非烟草公司的简称，但由于云南红塔集团有限公司是“红塔烟草（集团）有限责任公司”（即“红塔集团”）的全资子公司（下面将进一步予以说明），据此可以认定“红塔集团”不应仅为云南红塔集团有限公司的简称。退一步讲，即使“红塔集团”是云南红塔集团有限公司的简称，也由于“红塔烟草（集团）有限责任公司”作为烟草公司在海内外享有很高的知名度，消费者及电视观众也必然会将涉案广告中的“红塔集团”理解为是属于烟草公司的“红塔集团”，而不是作为投资公司的“红塔集团”。因此，涉案广告中出现的“红塔集团”无论从形式还是实质内容上看，都应指向作为烟草企业的“红塔烟草（集团）有限责任公司”。

《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。”第3条规定“禁止利用广播、电影、电视、报纸、期刊发布烟草广告。”这说明，凡是在媒体上发布的含有烟草企业名称的广告均属烟草广告，除非法律有特别规定，否则在电视上发布此类烟草广告就属于非法。这个规定也说明，即便是属于烟草企业形象宣传性质的电视广告，除非法律有特别规定，也是属于法律禁止的烟草广告行为。

对于宣传烟草企业形象的广告属于非法的烟草广告这一点，国家工商行政管理局的态度一向都很明确。《国家工商行政管理局关于卷烟厂祝贺其广告是否烟草广告问题的答复》（工商广字[1995]第185号）就认为：“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”。《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》（工商广字[1999]第20号）也称，“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。”由此可见，北京市工商行政管理局以涉案广告为红塔集团企业形象广告作为理由，认定其并非属于烟草广告或者变相烟草广告是对法律的错误理解。

其次，涉案广告不属于《烟草广告暂行办法》第9条规定的允许出现烟草企业名称的广告。

《烟草广告暂行办法》第9条允许在特殊的电视广告中出现烟草企业名称。该条规定，“烟草经营者利用广播、电视、电影、报纸、期刊发布下列广告时，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。（一）社会公益广告；（二）迁址、换房、更名等启事广告；（三）招工、招聘、寻求合作、寻求服务等企业经营广告；（四）广播、电影、电视节目首尾处出现的鸣谢单位或者赞助单位名称；（五）报纸、期刊报花、栏头上标明的协办单位名称。”

那么，涉案广告是否是属于上述例外情形呢？答案应是否定的。从该广告播出的形式看，该广告似乎接近于“广播、电影、电视节目首尾处出现的鸣谢单位或者赞助单位名称”这种广告类型。然而，如果仔细审查涉案广告的内容就可发现，该广告的内容远超出了该条款允许的出现“赞助单位名称”的规范性内容。它不仅包括广告的发布方，也就是“探索与发现”节目的“赞助单位”——云南红塔集团有限公司，而且还包括了“山高人为峰 红塔集团 努力打造世界领先品牌”字样。不仅如此，在电视广告画面中，“山高人为峰”，是以特殊的字体和在优美的背景中出现的，且出现的电视画外音也并非“云南红塔集团有限公司”，而是“山高人为峰 红塔集团”。这种广告方式只能说明，该广告当不属于法律允许的出现“赞助单位名称”字样的赞助广告，而属于名为非烟草企业赞助广告实为改头换面的烟草企业形象的烟草广告，是一种典型的为法律所禁止的烟草广告或变相烟草广告。

第三，北京市工商行政管理局《回复函》对于“‘山高人为峰’不含烟草广告元素且

未用在烟草广告中宣传”的认定也是完全错误的。

“山高人为峰”这是一句众所周知的红塔集团广告语，它作为红塔集团的企业品牌广告一直在电视上进行发布（中央电视台 10 套和 2 套节目都有此广告），同时它作为烟草广告也一直发布在红塔集团自身的网站上（见附件四），由此可见，认定“山高人为峰”“未用在烟草广告中宣传”完全不符合事实。

“山高人为峰”包含烟草广告元素也是显而易见的。在红塔集团公司网站上，我们可以看到其对“山高人为峰”广告语作了如下阐述（见附件五）：

◆ “山高人为峰”是集团价值观的集中体现

“山高人为峰”集中体现了集团的价值观——人本至上，务实为先，创新求远。它包含着三个层面的含义：对于社会而言，“山”是红塔集团，“人”是社会大众，无论红塔集团再高，都离不开社会环境的土壤，体现了积极回报社会的责任理念；对于消费者而言，“山”是红塔集团，“人”是消费者，“山高人为峰”寓意无论红塔集团再高，消费者永远都在它之上，体现了以消费者为中心的经营宗旨；对于员工而言，“山”是红塔集团，“人”是红塔人，“山高人为峰”寓意无论红塔集团再高，也是靠红塔人的努力得来的，体现了以人为本的管理思想。

◆ “山高人为峰”是集团优良传统的传承创新

“山高人为峰”传承和创新了红塔集团的优良传统——“天下有玉烟，天外还有天”。“天下有玉烟”是红塔人追求的目标，更是红塔人自信豪迈的完美展现；“天外还有天”是红塔人永无止境的奋斗精神，更是红塔人谦虚谨慎的生动写照。“山高人为峰”传承了红塔人谦逊、自信、进取的优良传统，包含了红塔集团人本、务实、创新的价值主张，鲜明地展现了红塔人勇于拼搏、坚持不懈、自我超越的精神境界。

从上述两段红塔集团关于“山高人为峰”的阐述可以看出：（1）“山高人为峰”是整个红塔集团的文化理念，而非作为涉案广告发布者——云南红塔集团有限公司所独有的文化理念，将该口号作为广告语是对整个红塔集团，即红塔烟草（集团）有限责任公司的企业形象的宣传，而非仅仅是对云南红塔有限责任公司的宣传。（2）作为一个大型的烟草集团企业，其消费者当然是指广大的烟民，“山高人为峰”也自然是对烟草企业——红塔烟草（集团）有限责任公司以及所生产的烟草产品的宣扬。这足以说明该广告包含了鲜明的烟草元素。

（二）涉案广告的公告主体是红塔烟草（集团）有限责任公司的全资子公司，因此涉案广告实质上与由作为烟草公司的红塔烟草（集团）有限责任公司发布无异。

《烟草广告暂行办法》第 2 条规定：“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。”据此，北京市工商行政管理局在《回复函》中暗称，云南红塔集团有限公司的经营围是“投资、开发”，并不是烟草企业，因此，其发布的广告不属于烟草广告。云南红塔集团有限公司的经营围中没有烟草内容是事实，但如果据此就简单地

断言它所发布的广告不属于烟草广告就缺乏事实和法律依据，其理由在于：

首先，判断一个广告是否为烟草广告，主要是要看广告的实质内容，而不是主体。

《烟草广告暂行办法》也禁止非烟草生产者或经营者发布的烟草广告。该办法第7条规定，“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，该商品、服务的广告，必须以易于辨认的方式，明确表示商品名称、服务种类，并不得含有该商品、服务与烟草制品有关的表示。”《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》（工商广字[2001]第200号）更进一步明确指出，“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。”

在涉案广告中，广告的发布者云南红塔集团有限公司虽然并非烟草公司，但其在中央电视台上发布的“山高人为峰”广告内容却与作为烟草公司的红塔集团在其他场合（如红塔集团网站）发布的“山高人为峰”烟草广告并没有任何显著差异，因此，云南红塔集团有限公司发布的涉案广告违反了《烟草广告暂行办法》第7条的规定。

其次，从广告的发布主体上说，考虑到云南红塔集团有限公司与红塔集团特殊的关联关系，广告发布者表面上是云南红塔集团有限公司本身并不能改变实际发布者为红塔集团的实质。

据查，云南红塔集团有限公司是属于红塔烟草（集团）有限责任公司（即红塔集团）的全资子公司（见附件六）。云南红塔集团有限公司属于红塔集团的全资子公司意味着，其有关人、财、物等重大事项皆由母公司所控制并主导。这一点体现在上述广告中就是，该广告的发布主体虽为云南红塔集团有限公司，但其宣传的对象却是其母公司——“红塔集团”，宣传的内容也是整个红塔集团的企业形象和“山高人为峰”这一红塔集团的广告语。这种广告发布行为明显是云南红塔集团有限公司的母公司红塔集团授意的结果，它在性质上与红塔集团自身发布并没有任何实质性的区别。红塔集团通过经营范围属于非烟草企业的子公司宣传自身的企业形象，从而达到非法宣传其企业形象的目的，具有规避法律之嫌。不仅如此，广告发布主体的名称“云南红塔集团有限公司”与其母公司的名称“红塔烟草（集团）有限责任公司”或者“红塔集团”极为相似，在广大公众只知“红塔集团”是个烟草企业，而不知“云南红塔集团有限责任公司”是投资公司的情况下，大多数电视观众会极易认为广告的发布者就是红塔集团本身。因此，无论从广告发布者与烟草公司的利益关系、广告目的和内容，还是广告发布者名称带来的认知混乱看，涉案广告都是一种烟草广告或者变相烟草广告。

（三）涉案广告从一开始就是为了产生烟草广告的效果，且事实上也成功达到了烟草广告的效果。

“山高人为峰”这句登上“2003年新锐榜”的广告语从一开始就与红塔集团生产的红塔山牌香烟密切相关。2003年，红塔集团的总裁就称“山高人为峰”，“有两层含义。一层意思是，红塔山这个品牌发展得再好，我们的消费者始终是至高无上的，我们一定要服务好。

我们红塔山发展得再大，消费者是我们的上帝。而且这个奉为上帝，不单指卷烟生产这个领域，我们还可以尽我所能去满足他们其他方面的需求”（见附件七）。由此可见，红塔集团的“山高人为峰”广告从一开始就是为了推广红塔山牌等香烟这一红塔集团的主营业务。

与红塔集团对于“山高人为峰”含义的阐释相一致，我国的大型搜索引擎“百度”中收录的百度百科（见附件八）对“山高人为峰”的解释是：

这里的“山”是指红塔山，“人”是指消费者。“山高人为峰”寓意无论“红塔山”如何高大，消费者永远都在企业之上，只有消费者满意，“红塔山”才能成为真正的“高山”。这表明红塔以市场为中心，视消费者为上帝的经营观念。“山高人为峰”所表达出来的攀登精神也概括出了作为卷烟消费主体的男子汉们，在现代社会中所应具备的积极进取、追求成功的人生观。红塔与之共鸣，并意欲以自己的高度托起消费者的成就感。

因此，涉案广告所称的“山高人为峰 红塔集团”客观上的确产生了宣传红塔山牌香烟和红塔集团的效果。“红塔集团”是中国最大的烟草公司，它在名称上又与其生产的著名烟草商标“红塔山”极为相似，因此，涉案广告传递给电视观众的印象必然是将它与红塔山牌香烟和红塔烟草（集团）有限责任公司联系在一起。它与红塔集团投放的其他以登山活动为背景的包含“山高人为峰”的类似广告一样，都让中国的绝大部分公众都认为是属于烟草广告（见附件九）。

综上所述，涉案广告在内容上包含“红塔集团”这一烟草企业名称以及“山高人为峰”这一与红塔山牌香烟和烟草企业联系在一起的广告语，发布广告的主体又是红塔集团属下的全资子公司，在客观上也确实产生了让绝大多数公众认为是属于烟草广告的效果，它明显属于《烟草广告管理暂行办法》第2条规定的烟草广告行为。该广告行为违反了《中华人民共和国广告法》第18条，《烟草广告管理暂行办法》第3条、第4条和第7条的规定，属于法律禁止的非法烟草广告。据此，北京市工商行政管理局于2010年5月24日在《北京市工商行政管理局投诉（举报）回复函》中认定涉案广告并非属于《烟草广告管理暂行办法》禁止的烟草广告的决定是适用法律错误。据此申请人依法就北京市工商行政管理局的决定向国家工商行政管理局提出行政复议，请求国家工商行政管理局依照行政复议请求事项作出行政复议决定。本案所列的第三人对案件的处理结果具有法律上的利害关系，应决定令其共同或分别承担相应的法律责任。

此致

国家工商行政管理局

申请人：

年 月 日

- 附件一：《申请书》复印件；
- 附件二：《北京市工商行政管理局投诉（举报）回复函》；
- 附件三：《关于红塔》
- 附件四：《企业品牌广告》
- 附件五：《三维一体的价值体系》
- 附件六：《云南红塔集团有限公司》
- 附件七：《“山高人为峰”广告语登上“2003年度新锐榜”》
- 附件八：《百度百科·红塔集团》
- 附件九：《烟草广告：美丽的谎言》
- 附件十：《云南红塔集团有限公司工商登记基本信息》
- 附件十一：《红塔烟草（集团）有限责任公司工商登记基本信息》