

# 司法更需要何种指导性案例

——以指导案例 60 号为分析对象

张 华\*

## 目次

一、问题与路径	(二) 误导消费者
二、参照指导案例 60 号的基本条件	五、指导案例 60 号的总体参照结果与生成程序之关联
三、参照指导案例 60 号的积极条件与参照结果	六、创制更能适应司法实践的指导性案例
(一) 构成“特别强调”	(一) 编撰技术的运用应尊重司法规律
(二) 构成“有价值、有特性”	(二) 案件类型的选择应更加合适
四、参照指导案例 60 号的消极条件与参照结果	(三) 裁判理由的论证应更加完整
(一) 不影响食品安全	结语

**摘要** 由于明确了食品标签不符合食品安全标准的判断方法,提供了明确的裁判指引,指导案例 60 号的被引频次大幅提升。与高被引频次并存的现象是指导案例的参照率畸低,实践效果并不显著。实证分析表明,参照指导案例 60 号须同时满足三项积极条件与两项消极条件,这些条件存在着判断标准模糊、对原始表述删减过度、隐藏核心规则等问题,拉低了指导性案例的参照率,同时指导案例 60 号还存在着裁判规则适用范围过窄等问题,对参照效果的发挥带来了负面影响。指导性案例的生成须尊重实践规律,通过释明判断标准、保留原始表述、明示核心规则、预测参照效果、扩大规则的包容性、优化案例类型结构等方式提升指导性案例的司法适应性,从而真正将指导性案例镶嵌到司法中去。

**关键词** 指导性案例 案例援引 案例参照 案例生成

## 一、问题与路径

指导案例 60 号首次通过以案释法的形式,明确食品标签未标注添加剂含量的行为应受惩处

\* 山东大学法学院硕士研究生。本文系国家自然科学基金一般项目“案例指导制度的实践经验与发展完善研究”(项目编号: 18BFX056)的阶段性研究成果。

的裁判规则。司法实践中引用该案例的裁判文书多达386篇,是除24号案例外被引频次最高的指导性案例。<sup>〔1〕</sup>但是该指导案例的被参照率并不高,参照率仅为19.38%,<sup>〔2〕</sup>明显低于其他指导性案例45.33%的平均参照率。<sup>〔3〕</sup>由此引发的问题是,指导案例60号是否真正满足了司法实践的需求?高被引频次的现象缘何产生?低参照率的主要原因又有哪些?如此等等,均是未竟之题。下文将通过对指导案例60号的被引情况进行分析,探寻“高被引、低参照”怪相的形成原因,探明司法究竟更需要何种指导性案例。

在材料来源上,本文以中国裁判文书网为来源数据库,将检索起始日期设置为2016年5月20日(指导案例60号发布之日),分别以“指导案例”+“60号”“指导性案例”+“60号”“指导案例”+“六十号”“指导性案例”+“六十号”进行检索,各录得文书360篇、296篇、1篇、1篇,共计658篇。<sup>〔4〕</sup>除去其中的重复文书、与60号案例无关的文书以及与食品无关的文书,共得文书386篇。<sup>〔5〕</sup>需要说明的是,本文录得的658篇原始文书是全样本的,而非抽样的结果。之所以采用全样本分析,是因为虽然抽样调查是科学的,但是不管采取何种抽样方式,“推断与总体的实际之间总是存在偏差”。<sup>〔6〕</sup>而全样本分析则更为客观,避免了任何投机行为的发生。

通过对以上裁判文书进行分析,可以探寻司法实践对食品标签未标注含量行为的评价,窥测诉讼各造对食品标签未标注含量行为的态度以及所采取的对策,探究指导案例60号被引率畸高而参照率却畸低的原因。在此基础上可以发现司法真正需要何种指导性案例,找出优化案例采编的路径与方法,以期为例质量的提升贡献些许智识力量。

## 二、参照指导案例60号的基本条件

待决案件参照指导案例60号的前提是该案与指导案例的基本案情相似。指导案例60号的基本案情有五项,分别为:其一,食品标签特别强调某种配料(以下简称“特别强调”);其二,被强调配料属于有价值、有特性的配料(以下简称“有价值、有特性”);其三,未标注前述配料的添加量(以下

---

〔1〕 在本次统计范围内,当事人首先引用指导案例的裁判文书共382篇,法院主动引用指导案例的裁判文书共4篇。学界所说的案例援引一般是指广义的引用,不限于法院的主动引用。

〔2〕 在诉讼各造提起的386次相对独立的引用行为中,法院最终参照的次数为75次,不参照次数为312次,参照率为19.38%。之所以产生法院判断次数(387次)多于诉讼各造援引次数(386次),是因为在北京市通州区人民法院(2017)京0112民初1763号民事判决书中涉及两种不同的产品,法院分别作出了参照案例与背离案例的判断,同时产生了参照与不参照两种结果。另外值得一提的是,在选择不参照的311个案件中,有6个案件的前审法院选择参照,但在二审或再审程序中,后案法院却推翻了前审裁判。

〔3〕 在诉讼各造提起的2100次参照要求中,法院参照指导性案例的次数为952次,背离指导性案例的次数为1148次,参照率为45.33%。相关数据,参见张华:《指导性案例的生成技术优化》,载《法律方法》第25卷,中国法制出版社2019年版,第220页。

〔4〕 需要说明的是,之所以采用类似于“指导案例”+“60号”的检索条件,而不采用“指导案例60号”的检索条件,是因为前者检索的案例范围更大,前者不仅能检索到“指导案例60号”,还能检索到“第60号指导案例”之类的表述,后者则直接限缩了检索范围。因此本文采用以“+”号作为连接符的多条件检索方法而非单个词组的检索方法。

〔5〕 与食品无关的文书是指虽然引用指导案例60号,但并不涉及食品。例如重庆市第五中级人民法院(2017)渝05民终3717号民事判决书所涉标的为“长筒袜”。

〔6〕 风笑天主编:《社会调查方法》(第2版),中国人民大学出版社2016年版,第51页。类似论述可参见[美]李殷高、罗纳德·N.福索佛:《分析复杂调查数据》,张卓妮译,格致出版社、上海人民出版社2012年版,第15页。

简称“未标注”)；其四，未标注行为不属于直接影响食品安全的瑕疵(以下简称“不影响食品安全”)；其五，未标注行为属于对消费者造成误导的瑕疵(以下简称“误导消费者”)。在以上五项基本案情中，前三项主要体现于指导案例 60 号的裁判要点部分，只需简单窥视该案要点即可发现。<sup>〔7〕</sup>第四项、第五项主要存在于指导性案例的基本案情和裁判理由部分，通过观察援引该案的裁判文书可更清楚地发现。笔者在文书统计过程中发现，前述各项案情同等重要，缺少任何一项都将导致类比工作难以为继。待决案件的案情只有与以上五点相似，才属于《〈最高人民法院关于案例指导工作的规定〉实施细则》第 9 条规定的“应当参照”的范畴。以上五项既是待决案件应当具有的基本案情，也是待决案件参照指导案例 60 号应当具备的基本条件。其中前三项条件属于积极条件，条件所设事实的发生是参照适用之基础；后两项条件属于消极条件，指导性案例的参照以所设事实不发生为前提。待决案件若符合前三项条件则属于不符合食品安全标准的情形，在此基础上若符合后两项条件则属于应当参照的情形。只有各项条件均已成就，才能将该案的裁判规则适用于待决案件中。<sup>〔8〕</sup>

为简化表述，本文用  $\alpha$  表示特别强调， $\alpha'$  表示未特别强调； $\beta$  表示有价值有特性， $\beta'$  表示无价值或无特性； $\gamma$  表示标注， $\gamma'$  表示未标注； $\delta$  表示影响食品安全， $\delta'$  表示不影响食品安全； $\epsilon$  表示误导消费者， $\epsilon'$  表示不误导消费者。指导案例 60 号的参照规则是  $[\forall x(Tx \rightarrow OPx)]$ ，亦即若后案的基本案情(小前提)  $[Tx]$  与指导案例的基本案情相似，则后案裁判结论  $[Px]$  的作出应当  $[O]$  参照指导性案例的裁判结果。实践中，诉讼两造与司法者实际面对的小前提  $[Tx]$  共有 32 种，具体情形如表 1 所示。根据  $[\forall x(Tx \rightarrow OPx)]$ ，以下 32 种基本案情(小前提)分别对应 32 种结论。在 32 种基本案情中，只有 3 种属于应当赔偿(处罚)的情形，1 种属于应当参照指导案例 60 号的情形，还有 1 种小前提属于《食品安全法》第 125 条第 2 款与第 148 条第 2 款规定的应当免于惩处的情形。<sup>〔9〕</sup>

表 1 待决案件的案情(小前提)与参照结论

基本案情(小前提)	结 论	基本案情(小前提)	结 论
$[Ta]=\{\alpha, \beta, \gamma, \delta, \epsilon\}$	$[OPa]$	$[Tq]=\{\alpha', \beta', \gamma', \delta, \epsilon\}$	$[OPq]$
$[Tb]=\{\alpha', \beta, \gamma, \delta, \epsilon\}$	$[OPb]$	$[Tr]=\{\alpha', \beta', \gamma, \delta', \epsilon\}$	$[OPr]$
$[Tc]=\{\alpha, \beta', \gamma, \delta, \epsilon\}$	$[OPc]$	$[Ts]=\{\alpha', \beta', \gamma, \delta, \epsilon'\}$	$[OPs]$
$[Td]=\{\alpha, \beta, \gamma', \delta, \epsilon\}$	$[OPd]$	$[Tt]=\{\alpha', \beta, \gamma', \delta', \epsilon\}$	$[OPT]$

〔7〕 指导案例 60 号的裁判要点为：“1. 食品经营者在食品标签、食品说明书上特别强调添加、含有一种或多种有价值、有特性的配料、成分，应标示所强调配料、成分的添加量或含量，未标示的，属于违反《中华人民共和国食品安全法》的行为，工商行政管理部门依法对其实施行政处罚的，人民法院应予支持。2. 所谓‘强调’，是指通过名称、色差、字体、字号、图形、排列顺序、文字说明、同一内容反复出现或多个内容都指向同一事物等形式进行着重标识。所谓‘有价值、有特性的配料’，是指不同于一般配料的特殊配料，对人体有较高的营养作用，其市场价格、营养成分往往高于其他配料。”有关该案的详细介绍，可参见最高人民法院官网“权威发布—指导案例”栏目(<http://courtapp.chinacourt.org/fabu-xiangqing-27531.html>，最后访问时间 2019-08-02)。

〔8〕 学界多数观点认为指导案例中具有参照效力的内容不限于裁判要点，本文亦持此观点。有关研究可参见曹志勋：《论指导性案例的“参照”效力及其裁判技术——基于对已公布的 42 个民事指导性案例的实质分析》，载《比较法研究》2016 年第 6 期，第 111 页；孙光宁：《反思指导性案例的援引方式——以〈〈关于案例指导工作的规定〉实施细则〉为分析对象》，载《法制与社会发展》2016 年第 4 期，第 90 页。

〔9〕 新《食品安全法》第 125 条第 2 款与第 148 条第 2 款规定，若未标注行为属于“不影响食品安全且不会对消费者造成误导的瑕疵”，则销售者可免于赔偿(惩罚)。

续表

基本案情(小前提)	结 论	基本案情(小前提)	结 论
$[Te]=\{\alpha, \beta, \gamma, \delta', \epsilon\}$	$[OPe]$	$[Tu]=\{\alpha', \beta, \gamma', \delta, \epsilon'\}$	$[OPu]$
$[Tf]=\{\alpha, \beta, \gamma, \delta, \epsilon'\}$	$[OPf]$	$[Tv]=\{\alpha', \beta, \gamma, \delta', \epsilon'\}$	$[OPv]$
$[Tg]=\{\alpha', \beta', \gamma, \delta, \epsilon\}$	$[OPg]$	$[Tw]=\{\alpha, \beta', \gamma', \delta', \epsilon\}$	$[OPw]$
$[Th]=\{\alpha', \beta, \gamma', \delta, \epsilon\}$	$[OPh]$	$[Tx]=\{\alpha, \beta', \gamma', \delta, \epsilon'\}$	$[OPx]$
$[Ti]=\{\alpha', \beta, \gamma, \delta', \epsilon\}$	$[OPi]$	$[Ty]=\{\alpha, \beta', \gamma, \delta', \epsilon'\}$	$[OPy]$
$[Tj]=\{\alpha', \beta, \gamma, \delta, \epsilon'\}$	$[OPj]$	$[Tz]=\{\alpha, \beta, \gamma', \delta', \epsilon'\}$	$[OPz]$
$[Tk]=\{\alpha, \beta', \gamma', \delta, \epsilon\}$	$[OPk]$	$[Taa]=\{\alpha', \beta', \gamma', \delta', \epsilon\}$	$[OPaa]$
$[Tl]=\{\alpha, \beta', \gamma, \delta', \epsilon\}$	$[OPl]$	$[Tab]=\{\alpha', \beta', \gamma', \delta, \epsilon'\}$	$[OPab]$
$[Tm]=\{\alpha, \beta', \gamma, \delta, \epsilon'\}$	$[OPm]$	$[Tac]=\{\alpha', \beta', \gamma, \delta', \epsilon'\}$	$[OPac]$
$[Tn]=\{\alpha, \beta, \gamma', \delta', \epsilon\}$	$[OPn]$	$[Tad]=\{\alpha', \beta, \gamma', \delta', \epsilon'\}$	$[OPad]$
$[To]=\{\alpha, \beta, \gamma', \delta, \epsilon'\}$	$[OPo]$	$[Tae]=\{\alpha, \beta', \gamma', \delta', \epsilon'\}$	$[OPae]$
$[Tp]=\{\alpha, \beta, \gamma, \delta', \epsilon'\}$	$[OPp]$	$[Taf]=\{\alpha', \beta', \gamma', \delta', \epsilon'\}$	$[OPaf]$

具体而言,在这 32 种组合中,只有 $[Tz]=\{\alpha, \beta, \gamma', \delta', \epsilon'\}$ 属于《食品安全法》第 148 条的但书条款,也即只有当小前提 $[Tz]$ 是“不符合食品安全标准+不影响食品安全+不误导消费者”时,诉争行为才能被归于第 148 条的但书条款之下。除此之外的所有情形均在前述但书条款的文义射程之外。在上表中的 32 个小前提所对应的裁判结果中,应当处罚的有 3 个,应当免于处罚的有 29 个。应当处罚的三个为: $[Td]=\{\alpha, \beta, \gamma', \delta, \epsilon\}$ 、 $[Tn]=\{\alpha, \beta, \gamma', \delta', \epsilon\}$ 、 $[To]=\{\alpha, \beta, \gamma', \delta, \epsilon'\}$ ,也即在不符合食品安全标准的前提下影响了食品安全、误导了消费者或两者兼具。

就指导性案例的参照问题而言,属于标准意义上的“同案”的概率只有 1/32,待决案件只有与 $[Tn]=\{\alpha, \beta, \gamma', \delta', \epsilon\}$ 完全相同时才属于应当“同判”的“同案”,也即只有当 $[Tx]$ 的内容为“特别强调+有价值有特性+未标注+不影响食品安全+误导消费者”时, $[Px]$ 才应当与 $[Pn]$ 保持一致。若 $[Tx]$ 与 $[Tn]$ 稍有不同,那么待决案件即不属于标准意义上的“同案”, $[Px]$ 就没有义务与 $[Pn]$ 保持一致。

统计结果表明,实践争议多聚焦于四个问题,分别为标签标识是否特别强调了未标注含量的配料( $\alpha \vee \alpha'$ )、未标注含量的配料是否属于有价值有特性的配料( $\beta \vee \beta'$ )、未标注行为是否会影响食品安全( $\delta \vee \delta'$ )、未标注行为是否误导消费者( $\epsilon \vee \epsilon'$ )。下文将会在分析指导案例 60 号被引情况的基础上,依次对这四个问题进行分析,找出影响参照结果的因素,发现指导案例 60 号的被引率与参照率差异悬殊的原因。需要指出的是下文并不涉及对“未标注”行为的专门分析,因为该项内容确定无疑,司法实践也并未就此产生任何争议。

### 三、参照指导案例 60 号的积极条件与参照结果

构成“特别强调”与“有价值、有特性”是参照指导案例 60 号的先决条件,必须同时符合这两项条件才有可能参照该案例对未标注行为予以否定性评价。若待决案件不符合其中任何一项积极条件,则该案件将与指导案例 60 号的核心案情产生实质不同,从而丧失参照基础。

### （一）构成“特别强调”

根据指导案例 60 号的裁判要点和裁判理由，所谓“特别强调”也即食品标签“通过名称、色差、字体、字号、图形、排列顺序、文字说明、同一内容反复出现或多个内容都指向同一事物等形式”进行着重标识或着重提出。如此之定义大致廓清了特别强调的判断标准，奠定了指导性案例被广泛援引的基础。在指导案例 60 号发布之前，《食品安全法》与 GB7718-2011 等国家标准并未对“特别强调”的判断标准和判断方法做出明确规定。指导案例 60 号第一次在法源意义上（裁判依据意义上）给出了“特别强调”的判断标准与判断方法，填补了裁判规范的空白，为纠纷解决提供了明确的规范基础。这也正是指导案例 60 号被引率远高于其他案例的根本原因。若无此规范基础，职业打假人全然不会热衷于援引该案例。质言之，指导案例 60 号之所以能够被广泛引用，就是因为它通过提供规则为不确定的未来提供了稳定的预期，为混乱的实践划定了规矩与方圆。此时，“有理一方”必然会通过援用指导性案例来捍卫己方利益，实现通过其他方法无法实现的诉求。

但是，指导案例 60 号确立的判断标准并未彻底化解司法争议，实践中关于“特别强调”的判断依旧存在不少模糊之处。何种程度的突出标识属于“特别强调”？在商品名称中突出某种配料是否属于“特别强调”？对真实属性的描述是否属于“特别强调”？指导案例 60 号均未对此表明观点。首先，对于何种程度的突出标识属于“特别强调”的问题，虽然指导案例 60 号提出从字体、文字、图形、吊牌等多个角度突出某种配料可以被认定为“特别强调”，但是该案例并未阐明突出标识应达到何种程度。换句话说就是指导性案例并未明确只需从字体、文字、图形、吊牌中的某些角度突出标识即属“特别强调”，还是必须从所有角度均突出标识才属于“特别强调”。标准的模糊不清引发的问题是后案裁决的混乱与不一致，给指导性案例的参照效果带来了负面影响。例如，有法院认为只要在配料表以外对营养成分的“提及”即属“特别强调”，<sup>〔10〕</sup>对标识的突出程度要求明显过低，这实际上背离了指导案例 60 号的初衷。其次，对于商品名称中提及某种配料是否属于“特别强调”的问题，《GB7718-2011 实施指南》的释义为：“食品名称会涉及某种配料或成分……不需要定量标示”，<sup>〔11〕</sup>也即不构成“特别强调”。如此释义具有定分止争的作用，指导性案例本可采纳这样的释义（或其他具体标准）以消解参照疑虑。但实际的情况是，指导案例 60 号并未明确后案可否参考《实施指南》进行裁判抑或给出其他回应。不予回应之结果便是相关标准依旧模糊，后案在遇到类似争议时依旧无法从指导性案例中找到明确标准，指导性案例的指导性由此而蒙受阴影。最后，关于对真实属性的描述是否属于“特别强调”的问题，有观点认为，用真实属性名称或图示对食品的风味、口味、香味或配料来源进行说明不属于“特别强调”，<sup>〔12〕</sup>但指导性案例文本中同样找不到确定无疑或清晰可见的表述，给后案参照带来了更多的不确定性。

如此种种之判断标准模糊或不清晰均或多或少地影响了“特别强调”的判断，阻碍了后案法院对指导性案例的正常参照。就指导案例 60 号的司法应用情况来看，虽然裁判者在大多数案件中能依循其理性与智慧做出构成特别强调或不构成特别强调之判断，但也有不少裁判者难以做出判断，从而影响了案件相似性的判断与指导性案例的参照适用。具体而言，在买方要求参照指导性

〔10〕 参见湖北省武汉市硚口区人民法院(2016)鄂0104民初3705号民事判决书。

〔11〕 国家食品安全风险评估中心、中国食品工业协会编著：《GB7718-2011〈食品安全国家标准 预包装食品标签通则〉实施指南》，中国质检出版社、中国标准出版社 2014 年版，第 46 页。

〔12〕 参见贵州省安顺市中级人民法院(2017)黔04民终864号民事判决书。

案例的 387 次相关争议中,未标注行为被法院认定构成特别强调的次数为 174 次,不构成次数为 184 次。<sup>[13]</sup> 在其余的 29 次判断中法院观点不明并导致案情类比工作受阻。<sup>[14]</sup> 此外值得一提的是,食品安全国家标准审评委员会秘书处于 2018 年末发布了《〈食品安全国家标准 预包装食品标签通则〉征求意见稿》,该意见稿对特别强调的界定比以往更为清晰,可视为对指导案例所确定标准的修正和补充,同时也从侧面印证了指导案例的不足。

至此我们可以得出本文的第一个结论:指导案例 60 号第一次在规范意义上明确了特别强调的判断标准,提供了司法裁判规则,奠定了其高被引频次的基础。与此同时,指导案例 60 号提供的判断标准仍存在着模糊之处,给特别强调的判断工作带来了不小阻碍,影响了指导性案例的参照效果。指导性案例的编撰应注重释明判断标准、廓清裁判尺度,为后案裁判提供明确、具体的指引,从而提升指导案例的指导性。

## (二) 构成“有价值、有特性”

类似于“特别强调”,《食品安全法》及 GB7718-2011 等国家标准并未对“有价值、有特性”的判断标准与判断方法作出明确规定。指导案例 60 号第一次明确了“有价值、有特性”的判断标准与判断方法,为司法活动提供了规范依据,起到了定分止争的作用,自然广受欢迎。根据指导案例 60 号的裁判要点,所谓“有价值、有特性的配料”是指“不同于一般配料的特殊配料,对人体有较高的营养作用,其市场价格、营养成分往往高于其他配料”。这样的认定标准基本廓清了“有价值、有特性”的判断标准与判断方法。特别是该案例的裁判理由部分认定橄榄油属于有价值有特性的配料,直接为相关类似案件提供了参照系,导致大量“消费者”通过援引该案例来证明橄榄油属于有价值有特性的配料。该案例被用来证明橄榄油属于“有价值、有特性”配料的次数高达 343 次,占指导案例 60 号被引总次数的 88.63%。

从法院的判断结果来看,未标注含量的配料被认定为“有价值、有特性”配料的次数为 289 次,占比 74.68%,其余案件的认定结论与此相反或观点不明。其中,未标注含量的配料种类是橄榄油的案件中,橄榄油被认定为“有价值、有特性”配料的次数为 268 次,占比 78.36%,其余案件的认定结论与此相反或观点不明。实践中影响法院关于“有价值、有特性”判断结果的因素有二:一是“有价值、有特性”的认定主体,二是“有价值、有特性”的认定依据。

对于“有价值、有特性”的认定主体问题,亦即由谁认定某种配料是否有价值、有特性的问题。有“消费者”认为“标签问题不是专业性的技术问题,直观就可以判断,是不需要鉴定的”。<sup>[15]</sup> 而商家通常则认为,是否符合标准应由专门的鉴定机构加以鉴定,并通过提供鉴定机构的鉴定意见证明所涉食品标签无任何问题。从法院的判断来看,法院赞成由鉴定机构(或检验机构)进行鉴定(检验)的次数为 14 次,认为由法院自主认定的次数为 370 次,另有 3 次难以辨明法院观点或法院认为应以行政主体的认定为准。显然,法院系统的观点也并不完全一致。实际上,在指导案例

[13] 需要说明的是,尽管检索到的相关案例为 386 篇,但法院的对参照与否的判断不止 386 次,在北京市通州区人民法院(2017)京 0112 民初 1763 号民事判决书中,涉及两种不同的产品,法院分别作出了参照案例与背离案例的判断,有关是否“特别强调”、是否“有价值、有特性”、是否影响食品安全、是否误导消费者的判断也均为 387 次,而非 386 次。下文涉及判断次数的问题,均不再赘述。

[14] 例如在湖南省永州市中级人民法院(2016)湘 11 民终 2300 号民事判决书中,审案法院认为特别强调的判断存在困难,“就本案食用调和油而言,橄榄油是否属于特别强调……是否应当标注含量,国家并没有对此作出明文规定,不同的人对此看法不尽相同。”

[15] 安徽省滁州市中级人民法院(2016)皖 11 民终 2755 号民事判决书。类似观点,可参见广东省广州市中级人民法院(2017)粤 01 民终 2266 号民事判决书。

60号的原审裁判中,上诉人奥康公司认为涉案产品的价值与特性“存在争议,故应当进行检验”并提供了检验报告一份,终审法院对检验报告不予认可。<sup>[16]</sup>在正式公布的指导性案例文本中,该项案情被删减。后案裁判之所以在认定主体问题上产生争议,关键原因在于指导性案例的正式文本删除了原审裁判的关键案情,致使指导性案例无法就此问题提供指导意见或权威意见,影响了“有价值、有特性”的判断,最终有碍于指导性案例参照效力的提升。

即便法院掌握了主动权,依据何种规范或标准认定橄榄油是否属于“有价值、有特性”的配料依然是一个难题。对于“有价值、有特性”的认定依据,问题在于《全国粮油标准化技术委员会油料及油脂分技术委员会关于“食用植物调和油标签标示为题咨询函”的回复》可否作为认定“有价值、有特性”的依据。该“回复函”载明,橄榄油属于普通的食用植物油,不属于“有价值、有特性”的配料,如此之结论与前述指导案例60号的认定结论截然相反。裁判依据的对立带来的结果是实践的混乱,在386篇裁判文书中认为应以“回复函”为认定标准的裁判文书有之,认为应以指导性案例为认定标准的裁判文书亦有之,观点较为多元。<sup>[17]</sup>其实,我们可以从两个角度来对待这个问题:一方面就专业意义而言,橄榄油的油酸含量极高,其中亚油酸与 $\alpha$ -亚麻酸比例正是人体所需比例,是其他植物油无法比拟的,<sup>[18]</sup>这也正是橄榄油的市场价格超同类油品的原因。<sup>[19]</sup>就此,全国粮油标准化技术委员会油料及油脂分离技术委员会的认定在专业上恐存疑义,对橄榄油价值的判断似乎不宜以此为准。另一方面从群体认知差异的角度来看,生产行业与销售行业一般认为橄榄油“无特殊功效或价值”,<sup>[20]</sup>而在普通民众看来,橄榄油市场价格与营养价值通常相对较高,故相对于常规食用油,橄榄油在普通民众的认知中更加有价值、有特性,两种主体之间出现了间隙或对立。指导性案例的原始裁判中其实有一段这样的表述:“‘有价值、有特性’是建立在一般认知基础上的常识性判断”,<sup>[21]</sup>也即应以普通民众的认知为准。但是指导性案例的公布文本删除了这样的表述,未能给后案裁判提供权威性指导意见,案例的统一法律适用功能因此而受损,甚至还引发了一系列新的争议。实践中,不少当事人并没有援引案例,而是尝试寻求鉴定机构对本身无需鉴定的标签内容进行鉴定,抑或尝试援引本来就存有问题的“回复函”来论证己方诉求,这些都影响了法院的裁判,也影响了指导性案例的适用。若指导性案例文本中保留了原始裁判中的表述,上述争议也就自然消解。

至此可以得出结论二:与“特别强调”类似,指导案例60号关于“有价值、有特性”的判断为相关案件的裁判提供了标准或参照系,其对法律空白的填补奠定了该案例高被引频次的基础。但与此同时,指导案例60号在“有价值、有特性”的认定主体与认定依据问题上删除了原始案情等原始表述,未能给后案裁判提供比照对象,使得指导性案例的统一法律适用功能蒙受了阴影。

[16] 参见江苏省盐城市中级人民法院(2013)盐行终字第0032号行政判决书。

[17] 前者可参见广东省广州市中级人民法院(2017)粤01民终2491号民事判决书、河南省唐河县人民法院(2017)豫1328民初315号民事判决书,后者可参见贵州省贵阳市中级人民法院(2017)黔01民终1484号民事判决书、四川省成都市中级人民法院(2017)川01民终2729号民事判决书。文书数量繁多,此处仅列明个别典型案件。

[18] 参见中国营养学会编著:《中国居民膳食营养素参考摄入量》,科学出版社2014年版,第133—138页;或参见李曼曼、柏伟荣、徐振秋等:《海英菜籽油与山茶油、橄榄油不饱和脂肪酸含量比较研究》,载《中国油脂》2015年第S1期,第130页。

[19] 笔者在天猫超市以“橄榄油”和“调和油”进行搜索,分别计算两者销量前十的平均售价。结果显示,橄榄油的平均售价为67.47元/升,调和油的平均售价为11.06元/升。其中,调和油的主要成分包括大豆油、玉米油、菜籽油、葵花籽油、芥花籽油、花生油、茶籽油以及橄榄油等(检索时间2018-11-01)。

[20] 参见成都市双流区人民法院(2017)川0116民初1237号民事判决书。

[21] 江苏省东台市人民法院(2012)东行初字第0068号行政判决书。

## 四、参照指导案例 60 号的消极条件与参照结果

待决案件中的未标注行为,只要同时符合“特别强调”且“有价值、有特性”两项条件,即可被涵摄在《食品安全法》第 26 条之下,属于违反食品安全标准的行为。在检索到的 387 次未标注行为中,违反食品安全标准的次数共 156 次,但这 156 次违反食品安全标准的行为并不一定都要接受惩罚。换句话说,即便待决案件的基本案情与指导性案例的射程存在交叉重合,也并不一定要参照该案例对未标注行为进行惩罚。只有待决案件同时符合消极条件,才应参照指导案例对未标注行为施以惩处。参照指导案例 60 号时,必须以  $\delta$  与  $\epsilon'$  这两项消极事实均不存在为前提。若待决案件具有  $\delta$  或  $\epsilon'$  中的任何一项,则应不予参照。实践中诉讼各造对这两项问题给予了大量关注,其热度完全不输前两者。

### (一) 不影响食品安全

在满足参照的积极条件的前提下,对未标注行为是否影响食品安全之判断,将会影响对该行为之处置。司法实践对未标注行为是否影响食品安全之判断主要关注两个问题:其一是若未标注行为不影响食品安全,那么经营者可否免责,也即可否背离指导性案例;其二是案例参照是否有例外,也即经营者可否基于“非明知”“非故意”的理由而免责。

第一个问题即经营者能否因未标注行为不影响食品安全而免责。在 387 次司法裁判中,具有  $T_x=(\alpha, \beta, \gamma', \delta', \epsilon)$  情形的次数共 25 次,它们均与指导案例 60 号完全相同,理论上均应参照指导性案例对未标注行为施加惩处。但法院最终参照指导性案例对之进行惩处的次数仅为 14 次,其余 11 次均背离了指导案例 60 号。审案法官背离指导案例 60 号的共同理由都是未标注行为不影响食品安全,不必对之进行惩处。在背离指导性案例的法官看来,尽管未标注行为的确应受批评,但该行为并未直接威胁到食品安全,因而不宜对之施以惩处。而指导案例 60 号的裁判者则隐晦地认为,虽然未标注行为并未威胁到食品安全,但由于该行为具有误导性因而不能免于惩处。显然,后案法官的背离理由与指导性案例的观点相悖。这种情形之所以大量存在,关键原因在于指导案例 60 号的“即使不影响食品安全,只要对消费者造成误导,经营者就不能免责”核心裁判规则的直接可见度过低。据指导案例 60 号,该案基本案情是“不影响食品安全的未标注行为误导消费者”,而对应的裁判结果为“未标注行为受到惩处”。后案的法官不难在上述的事实与结果之间提炼出“即使不影响食品安全,只要对消费者造成误导就不能免责”这样的裁判规则,该规则也正是指导案例 60 号的核心规则之一。依常理,重要的裁判规则理应在裁判要点或裁判理由中直接写明。<sup>[22]</sup> 遗憾的是,如此之规则未能直接展现在指导性案例的文本中,甚至只有经过仔细推导才能挖掘出这样的隐藏规则,导致不少习惯于依据明文规范进行裁判的法官无所适从,错过了适用指导性案例的机会。相较于“特别强调”的判断标准和“有价值、有特性”的判断标准等显明的裁判规则,“即使不影响食品安全,只要对消费者造成误导就不能免责”这样的裁判规则在案件中是形成判决结论的根本规则,但却没有明确记载于指导案例中,导致其处境明显劣后于其他关键规则。指导案例文本之所以通过如此形态呈现,可能的原因是原始裁判的裁判理由中缺少相应的文字表述,出于对原始裁判的尊重,嗣后的编撰者亦未在指导性案例文本中写明这样的规则。该做法有其合理性,但在嗣后案例编辑过程中适当发挥主观能动性、突出某些核心裁判规则的工作亦有重要作用,否则指导性案例的指导作用将会大打折扣。

[22] 与此相关的规定,可参见最高人民法院《关于编写报送指导性案例体例的意见》第 3 点、第 7 点。



第二个问题即经营者可否基于“非明知”“非故意”的理由而免责。实践中有大量经营者基于“非明知”或“非故意”的理由请求法院免除己方赔偿责任。这一问题事关是否可以基于经营者“不知有错”而不参照指导案例 60 号的问题。既有法律规定似乎是矛盾的：一方面规定消费者可以要求销售者承担责任（《消费者权益保护法》第 40 条）；另一方面又规定销售者只是在明知的情况下才承担责任（《食品安全法》第 148 条）。在这种情况下，消费者要求商家承担责任，而商家却可以“有理有据”地抗辩，导致消费者的诉求不能实现。实践中，有法院认为“食品销售者不仅应当审查食品生产企业的资质证明、食品的合格证明，还应对所销售食品是否符合国家食品安全标准尽必要的审查义务”；<sup>[23]</sup>也有法院认为，将该审查义务强加给销售者过于苛刻。<sup>[24]</sup>最终，指导案例 60 号在裁判结果上选择了《消费者权益保护法》所确立的严格标准并在案例中对奥康公司进行了处罚，但在指导性案例的文本（尤其是裁判要点）中，这一点并未写明，唯有经过逻辑推导后方能发现“不知有错不免责”的裁判规则。“隐藏规则”的结果便是后案法官若要参照指导性案例，就不得不付出大量时间去挖掘或推导隐藏的裁判规则，给相似点的判断增加了不少难度。

至此可以得出结论三：只要符合其他条件，即便不影响食品安全但违反食品安全标准的行为也应当受到惩罚，且不能基于“无知”而免责。指导案例 60 号错失了在案例本文中写明该关键裁判规则（核心规则）的机会，致使关键规则隐而不见，为后案的参照埋下了隐患。后案法官在必要案情对比的过程中因找寻不到参照系，而难以确信应否参照指导性案例对未标注行为进行惩处，影响了指导性案例的参照效果。

## （二）误导消费者

待决案件参照指导案例 60 号应当满足的最后一项条件是，未标注行为不属于无歧义的包装瑕疵，也即应当对普通消费者形成误导。不同于指导案例 60 号中的普通消费者，司法实践中援引指导案例的主体大多是职业打假人。指导案例 60 号之所以被引率很高，在很大程度上是职业打假活动导致的。在 387 次相关纠纷中有 206 次纠纷的一方是职业打假人，比例高达 53.23%。<sup>[25]</sup>指导案例中的买方属于通常意义上的消费者，其由于受到标签的误导才去购买涉案产品，但在待决案件中买方大多数是职业打假人，其由于受到指导案例 60 号的“启发”而去大量购买商品并提起诉讼，以求从中获利。从数据统计情况来看，指导案例 60 号发布后，全国各地职业打假人少则购买十多桶，多则购买几百桶并向行政机关投诉或向审判机关起诉。指导性案例不但没有解决纷争，反而引发了更多的诉讼，消耗了本就稀缺的司法资源。若最高法院未曾发布过该案例，职业打假人的打假事业也就不会如此“欣欣向荣”。或许在反对者看来，职业打假人只是“疑假买假”而非知假买假，标签瑕疵也可能会对其造成误导。本文的观点是，“疑假买假”者通常在购买前已对食品标签标注问题产生了怀疑，在性质上明显有异于被误导的普通消费者，因此不宜认定其大量购买行为是受误导所致，进而参照指导性案例支持其诉求。司法实践的主流观点与本文的观点大致相同，在 206 次由职业打假人提起的诉讼中法院认定打假人未受误导的次数为 159 次，占比 77.18%。

需要注意的是，虽然指导案例 23 号所涉主体是职业打假人，但是该案例的引用率却并不高，明显不同于指导案例 60 号。实际上，职业打假人是否应当受到支持是个争论已久的问题。虽然

[23] 参见四川省成都市锦江区人民法院(2016)川 0104 民初 6106 号民事判决书。

[24] 参见河南省许昌市中级人民法院(2017)豫 10 民终 1149 号民事判决书。

[25] 本文关于职业打假人的判断标准：其一，针对同类产品提起三次以上独立诉讼的“消费者”，属于职业打假人；其二，被审法院认定为以牟利为目的大量买入涉案产品的“消费者”，属于职业打假人。

指导案例 23 号在裁判要点部分明确支持职业打假人有一定的开创性,但是最高法院颁布的其他规定、意见大多与指导案例 23 号的意见相左,致使该案例的指导性十分有限。特别是最高人民法院办公厅《对十二届全国人大五次会议第 5990 号建议的答复意见》(法办函〔2017〕181 号)明确提出将“逐步限制职业打假人的牟利性打假行为”,使得该指导案例的参照效果愈发不佳。除此之外,指导案例 23 号的参照率远低于 60 号案例的更重要原因是,明智的职业打假人不会承认自己“职业打假人”的身份,并援引指导案例 23 号为己方辩护。只有在伪装成一般消费者进行牟利的计划破产之后,职业打假人才会露出其“本来面目”,通过援引指导案例 23 号来支撑己方诉求。这样的“留一手”策略提升了职业打假人的胜诉几率,同时也降低了指导案例 23 号的被引几率。职业打假人引用指导案例 60 号并不是因为它可以证明“法院应当支持职业打假人”,而是因为它明确了“未标注含量的行为具有可罚性”,这才是对职业打假人更有用的“武器”。

由此可以得出结论四:指导案例 60 号之所以被引频次较高,一个重要的原因是满足了职业打假人的需求。由于在大多数案件中均可查明职业打假人并未受到误导,法院自然选择不参照该案例。若希望真正提升指导性案例的参照效果,可以考虑在遴选指导性案例的过程中对候选案例的司法效果作一定的预测和评估,以免指导性案例被滥用。

## 五、指导案例 60 号的总体参照结果与生成程序之关联

在厘清指导案例 60 号的参照条件与参照结果之后可以发现:一方面,司法实践中仍然存在不少应当参照而实际上并未参照的情况;另一方面,实践中完全符合上述各项条件的案件并不多,即真正应当参照指导案例 60 号的案件并不多。从数据来看,共有 11 个案件本应当参照而未参照指导性案例,占应当参照总数的 44%,应当参照而不予参照的现象较为普遍;但同时,共有 61 个案件本不应参照而最终参照了指导性案例,占实际参照总数的 81.33%,不应当参照而予以参照的现象更为普遍。表 2 的数据清晰地表明,待决案件的基本案情与指导案例 60 的基本案情 $[T_n]=\{\alpha, \beta, \gamma', \delta', \epsilon\}$ 完全相同的案件数量为 25 个,这些案件均属于标准意义上的“同案”,均应受“同判”结果的约束,但实际上参照指导案例 60 号的案件数量仅为 14 件,占比勉强过半(56%)。与此同时,在参照指导案例 60 号的 75 个案件中,61 个案件并不具备 $[T_n]=\{\alpha, \beta, \gamma', \delta', \epsilon\}$ 这样的前提,本不应参照的占比高达 81.33%。参照异常的情况之所以出现,既有前述指导案例表述不清、案情删减过度等原因,也有下文分析的其他原因。

表 2 指导案例 60 号的参照情况分析

类案识别结果		频 次	比 例	未遵循“同案同判”原则比例
应当参照	案情完全相同次数	25	100%	48.00%
	应当参照而参照	14	56.00%	
	应当参照而不参照	12	48.00%	
应当背离	实际参照总数	75	100%	81.33%
	不应当参照而参照	61	81.33%	
	不应当参照而不参照	14	18.67%	

无论是应当参照而实际并未参照,还是不应参照而实际予以参照,均有悖于“同案同判”的基本原则。或许有论者会认为,这两种情况均可通过严格遵循类案参照技术规范的方式加以改变,<sup>[26]</sup>但显然这样的观点对指导案例 60 号并不适用。参照异常情况之所以会发生在指导案例 60 号身上,是因为该案例的生成程序中存在着严重瑕疵,给同案同判的实现带来了阻力。申言之,问题之根源在于案例生成而非在于司法适用。一方面,对于理应参照而实际未参照的情况,该种现象的产生固然有类案参照技术规范未被严格遵循的原因,但更重要的原因是案例生成过程中错失了确立“即便不影响食品安全,只要符合其他全部要素,违反食品安全标准的行为也应当受到惩罚”裁判规则或标准的机会,导致不少法官在处理类似情况( $\alpha$ ,  $\beta$ ,  $\gamma'$ ,  $\delta'$ ,  $\epsilon$ )时缺少必要的底气(未提供确定无疑的规范指引),拉低了其参照率。另一方面,对于不应当参照而实际上参照的情况,主要原因在于指导案例 60 号的裁判规则适用范围过于狭小,类案射程十分有限,致使指导性案例的指导作用被不当限缩,不少负责处理[Td]与[To]的裁判者为了达到纠纷解决的目的而最终选择了参照指导性案例,从而产生了不应参照而实际上参照的情况。指导案例 60 号本应能动地明确[Tn]、[Td]和[To]这三种情况均应参照,最后却只明确了[Tn]一种情况,这不仅削弱了指导性案例的实践影响力(适用范围至少削减三分之二),而且还导致不少负责处理[Td]和[To]的裁判者并不清楚是否应参照指导案例 60 号的推论规则进行裁判,最终影响了同案同判原则的实现(部分裁判者认为应当参照从而予以参照,其余裁判者认为不应当参照而不予参照,最终形成同案不同判的情况)。因此,有必要在指导性案例裁判规则的提炼、编撰过程中借助修改表述的方式,将更多的情况涵摄于法律规范之下,为更多的案件提供明确、具体的裁判指引,从而使得同案同判在更大的层面上得到实现。

至此可以得出结论五:指导案例 60 号同时面临着“应当参照而不参照”和“案情不同却最终参照”的情况,这两种情况之所以存在是因为指导性案例的裁判规则不够清楚且适用范围过于狭小。提升指导性案例的司法适应性应进一步明晰裁判规则,消除后案法院的参照疑虑,同时在规则生成的过程中可吸收能动原则,适当扩大指导性案例的适用范围,使得指导性案例能在更多的场域中发挥作用。

## 六、创制更能适应司法实践的指导性案例

生成程序与生成技术是否科学,直接决定着指导性案例的实践命运。指导性案例想要具有法律实效,就必须尊重司法规律,回应实践诉求,否则就只能甘为“纸面上的法”而无法上升为“行动中的法”。关照前面对指导性案例被引情况的分析,我们能够发现司法实践更需要何种案例,在此基础上可铺设一条与实践对接的生成路径。

### (一) 编撰技术的运用应尊重司法规律

司法更加需要“制作精良”的指导性案例。根据前述“五大结论”,指导案例 60 号及此后的案例编撰工作,应注意从以下五个方面来修补案例质量缺陷,以更好地满足司法市场需求,提升指导性案例的指导作用。其一,指导性案例的修辞论证应着力于释明判断标准、廓清裁判尺度,特别是对于“特别强调”的认定这样的微观标准,更应做到纹理清晰、条分缕析,避免标准的模糊或不清

<sup>[26]</sup> 有关类案参照技术的相关研究已经较为深入,参照方法已较为成熟,例如凯斯·孙斯坦的“类推思维典型形式”、安德雷·马默的“强类比”与“弱类比”技术等。See Andrei Marmor, *Should Like Cases Be Treated Alike*, in *Law in the Age of Pluralism*, Oxford University Press, 2007, p.5.

晰。其二,案例文本剪辑应减少对原始案情或其他原始表述的删减,尤其应保留类似于有关“有价值、有特性”的认定主体与认定依据这样的原始案情,为后案裁判提供比照对象。其三,关键规则不能隐而不见,指导性案例应当对确定的问题通过文字形式阐述清楚,为后案裁判提供确切的规则指引。其四,指导案例的生成过程可考虑对可能的问题进行预测,防止指导性案被滥用。其五,裁判规则的提炼可适当能动,以延展指导性案例的适用范围。

需要强调的是,延展指导性案例适用范围的可能路径有两条,也即让指导性案例的参照适用范围从[Tn]扩张至[Tn]、[Td]以及[To]的可能路径有二:其一是通过技术手段扩大单个案例的适用范围;其二是通过选择“三面”案例或增加案例数量来满足实践需求,其中第一种路径更为可行。具体而言,第一种路径是通过在判例理由或裁判要点中明确“只要诉争行为符合三个小前提中的任何一个均应予以惩处”的方式延伸指导性案例的适用场域;第二种路径是通过选择一个三种情况都有的案例或者发布三个案例的方式满足司法需求。第二种进路的成本往往巨大,一是因为同时具有三种情况的案例难以找寻,指令下级法院专门寻找并报送将会增加下级法院的非司法性负担;二是因为在目前指导性案例发布数量每次都很少的情况下,发布三个高度相似案例也不太现实。而第一种路径仅需通过运用编撰技术即可实现,具有明显的成本优势,因而具有更多的可行性。

除了前述“五大结论”所列方法或路径,指导性案例的采编工作(采集遴选与编撰剪辑)还可从以下两个方面进行改进,以更好地满足实践需求。

## (二) 案件类型的选择应更加合适

实务中不少观点认为,虽然指导案例 60 号的性质是行政类指导性案例,但是民事案件的审理亦可参照。<sup>[27]</sup> 统计结果显示,在 386 篇引用指导案例 60 号的裁判文书中,有 359 篇为民事案件,27 篇为行政案件。毋庸讳言,作为行政案例的指导案例 60 号实际上主要是在民事审判中发挥作用,该案例在民事审判中的价值更为突出。而且从法院的参照率(采纳率)来看,行政审判 11.11% 的平均参照率显著低于民事审判 20% 的平均参照率,作为行政案例的指导性案例在民事审判领域发挥了更大的作用,对民事案件的审理似乎更有指导意义。<sup>[28]</sup>

然而,在本文看来,以行政指导性案例指导民事案件的审理,将不可避免地会遇到阻力。毕竟两者分属于不同的法律关系范畴,在法律性质上差异明显。严格的“类案参照”原则要求的是以民事指导性案例指导民事案件的裁判,而非以行政指导性案例指导民事案件的裁判。只有基本案情与法律适用均相同才属于标准意义上的“同案”。在案件性质有别的情况下强行参照指导性案例在逻辑上是说不通的,也有悖于“同案同判”的基本原则。为了充分发挥指导性案例的实践价值,在案例遴选的过程中,应当选择民事案件作为指导案例 60 号,以避免参照逻辑的不顺畅。当然,指导案例 60 号的特殊性在于,行政案件与民事案件的法律适用是相似的,两者的法律依据都是《食品安全法》。民事赔偿依据的是《食品安全法》第 148 条,核心要义是特定瑕疵可以不赔偿;行政处罚依据的是《食品安全法》第 125 条,核心要义是特定瑕疵可以不处罚。<sup>[29]</sup> 而且两者所涉主要争点也都集中于前述四项条件。两者甚为相像,这是作为行政案例的指导案例 60 号之所以被民事案例广泛援引的原因所在。但是这并不代表我们可以理所应当忽略法律性质的显著差异。只要案件类型不恰当或性质差异明显,从行政到民事的视角转换就将会不可避免地遇到阻力。

[27] 典型案例,可参见北京市第三中级人民法院(2017)京 03 民终 4432 号民事判决书。

[28] 指导案例 60 号被民事案件与行政案件参照的次数分别为 72 次、3 次。

[29] “特定瑕疵”是指不影响食品安全且不误导消费者的包装瑕疵。

“法律适用不同”甚至会成为法院拒绝参照该案例的理由。而且行政审判与民事审判在价值倾向、举证责任、归责原则等方面的不同，都将会给案例参照带来阻力。而此种问题本可通过在案例遴选环节选择合适的先例而轻易地予以规避。因此，案例生成程序应注重案件法律性质的一致性，应注重对既有类似案件的性质进行分类并对将来可能引用指导性案例的案件性质进行预测，选择最具代表性的先例成为指导性案例，从而防止由于法律性质不一致而带来不参照的结果。

概言之，若最高法院遴选的案例性质为案情类似的民事案件而非行政案件，指导案例 60 号的实践效果势必更为显著。为了提升指导案例的指导性，在此后指导案例的生成过程中应注重案件类型选择的恰当性。应当选择与既有多数案件及潜在多数案件性质一致的司法先例成为指导案例，在最大程度上确保指导案例的性质与大多数案件的性质相符合。

### （三）裁判理由的论证应更加完整

只需简单窥视指导案例 60 号的基本案情与裁判理由即可发现，法院审理查明的以下四项事实构成了判断食品标签是否构成特别强调的基础，这四项事实暗含（对应）的结论分别为构成特别强调（简称“特别强调”）和不构成特别强调（简称“非特别强调”）。

事实 1：涉案商品名称为“橄榄原香食用调和油”→“非特别强调”<sup>[30]</sup>

事实 2：产品标签正面突出“橄榄”二字→“特别强调”

事实 3：产品标签上配有橄榄图形→“特别强调”

事实 4：产品吊牌写明“添加了来自意大利的 100% 特级初榨橄榄油”<sup>[31]</sup>→“特别强调”

在指导案例 60 号的裁判理由部分，作为修辞者的法院为了论证裁判结论的正确，性向听众重点展示了后三项事实或论证链条，而对第一项事实（或“链条”，下同）则选择性失明。我们知道，法院不是诉讼两造，不应当只站在对一方有利于而对另一方不利的角度思考问题。后三项的论证道路是畅通的、逻辑链是完整的，第一项的逻辑链也是完整的，论证也是正确的，但法院却忽视了或间接否定了第一项。申言之，第一项本无问题，法院本不应忽略第一项，更不应当基于后三项的正确性来间接否定第一项。后三项从前提到结论的正确性并不等于第一项不正确，后三条论证成立也不等于第一条论证不成立。毕竟它们都拥有完整且较为独立的论证链。因此，更为合理的做法是将后三项与第一项进行权衡比较，证成后三项比第一项更为重要（3>1），而非通过后三项的正确性来间接证明第一项的不正确性或直接对第一项视而不见。

在指导案例 60 号中，奥康公司的意见是商品名称中的“‘橄榄原香’是对产品物理属性的客观描述，并非对某种配料的强调。”生效裁判否定了后半句，却并未对前半句的正确性予以肯定。虽然食品标签确实在总体上构成了特别强调，指导性案例的裁判理由也较为正确地指出了这一点。但遗憾的是，裁判理由并未对“‘橄榄原香’是对产品物理属性的客观描述”这句话予以评置，更未确认“橄榄原香”是对产品物理属性的客观描述的事实。60 号案例的裁判理由只注重发表对奥康公司的否定性评价，而忽略了肯定性评价的重要性。似乎奥康公司的意见完全就是错误的。居中裁判要求平等、客观地对待诉讼两造，不能因为一方的说法在整体上是正确的就对其意见完全肯定，也不能因为一方的说法总体上不在理而只关注其不正确的部分，对其正确的细节置若罔闻。

[30] 根据《GB7718-2011 实施指南》对 GB7718-2011 第 4.1.4.3 条的释义，“橄榄原香”是对产品真实属性的客观描述，仅用于说明产品的风味、口味，不属于特别强调。

[31] 吊牌全文内容：“金龙鱼橄榄原香食用调和油，添加了来自意大利的 100% 特级初榨橄榄油，洋溢着淡淡的橄榄果清香。除富含多种维生素、单不饱和脂肪酸等健康物质外，其橄榄原生精华含有多本酚等天然抗氧化成分，满足自然健康的高品质生活追求。”

法院不能站在一方的角度看问题,而应当把正确的与不正确的内容都指出来,不能只指出大的一面而忽视小的一面。否则,意见被忽视的一方就有可能质疑法院的中立性与裁判理由的公正性。概言之,裁判理由的总体方向要正确,同时对于彰显法院客观中立地位的具体细节,也不能忽视。不能为了论证结论的美观而刻意抹去本应存在的小斑点。其实正是这些小斑点的存在才让判决显得更全面、真实,也正是这些小斑点的存在才能更好地彰显出法院的价值判断与价值选择,让诉讼两造均能感受到己方意见受到了重视,感受到法院是“兼听则明”的、没有忽视任何一方的意见。如此,后案法官方能更为全面地了解案情,并在案情对比的基础上决定是否参照先例。

## 结 语

指导案例60号提供的裁判标准在很大程度上契合了诉讼主体的规则需求,在解释和适用法律的意义上生成了新的裁判规则,奠定了该案例被广泛援引的基础。而与该案例并存的判断标准模糊、对原始表述删减过度、裁判规则隐而不现、对未来预测不足、裁判规则适用范围过窄等诸多问题,则阻碍了法院对指导性案例的参照适用,最终形成了“高被引、低参照”的怪相。司法更加需要“制作精良”的指导性案例,指导性案例的生成应遵循司法规律,优化编撰技术、选择合适案例、丰满说理论证,从而生产出更能满足司法需求的指导性案例,使得指导性案例的参照效力真正得到提升,使得同案同判在更大的层面上得到实现。

---

**Abstract** Since the guiding case No. 60 clarifies the judgment method of the food labels which do not conform to the food safety standards and provides clear judgment rules for the judiciary, the cited frequency of this guiding case has increased significantly. Although the cited frequency of the guiding case No. 60 is high, the reference rate of this guiding case is very low, and its practical effect is not ideal. The empirical analysis shows that if a case should refer to the guiding case No. 60, the case must meet three positive conditions and two negative conditions simultaneously. These conditions have some problems, such as vague judgment criteria, excessive deletion of original expression and hidden core rules, which have lowered the reference rate of this guiding case. Meanwhile, there are also some other problems. For example, the application scope of the judgment rules of the guiding case No. 60 is too narrow, which has brought negative effects on the result of its reference. The generation of guiding cases must respect the rule of practice. To be specific, the judicial adaptability of guiding cases should be improved by clarifying judgment standards, retaining the original expressions, expressing core rules, predicting reference effects, expanding the inclusiveness of the rules, optimizing the structures of case types, etc., to fit the guiding cases into the judicial practice.

**Keywords** Guiding Cases, Case Quotation, Case Reference, Case Generation

---

(责任编辑:蒋红珍)