

网络餐饮平台治理义务实现机制研究

王红霞 李超¹

【摘要】：课以网络餐饮平台治理义务旨在明确平台职责，强化网络餐饮食品安全保障。网络餐饮平台治理义务包括内部治理体系建设、审核公示义务、监控报告与制止义务及争端解决义务四大类，其实现仰赖事前合规、事中监督、事后查处一整套法律机制。深入考察，上述机制皆存在各自的局限，需要逐一厘清问题并针对性施策，全面完善事前合规机制，形成高效的事中监督机制，提升事后查处机制的威慑力。

【关键词】：网络餐饮平台 治理义务 食品安全 法律实施

【中图分类号】：D92 **【文献标志码】：**A **【文章编号】：**1007-9092(2020)06-0120-009

一、问题的提出

随着互联网的飞速发展和城市生活节奏的不断加快，网络餐饮融入日常生活并快速普及开来。网络餐饮服务第三方平台经营者（以下简称“网络餐饮平台”或“平台”）为餐饮服务提供者和消费者独立开展餐饮交易活动提供虚拟经营场所、交易规则、交易撮合、信息发布等服务，其特有的运营模式，吸引了海量用户的聚合，制造了积极的网络效应。¹特别是在“新冠肺炎”疫情防控期间，餐饮外卖“无接触配送”成为保障居民正常膳食和餐饮企业缓解经营压力的重要途径。²然而，网络餐饮在满足消费者生活需要的同时，也潜藏着巨大的食品安全隐患。平台上餐饮服务提供者非法加工制作、违规包装配送、无实体门店、假冒或借用牌照等事件屡见报端。³又由于网络餐饮违法行为数量多、分布广、隐蔽性强，监管部门难以全面有效监管。当下，网络餐饮食品安全问题已然引发消费者普遍焦虑，并威胁餐饮行业的健康发展。

网络餐饮平台既是网络餐饮食品安全问题产生和放大的核心原因之一，也是治理网络餐饮食品安全问题的重要力量。特别是近年来，平台核心交互技术水平不断改进，市场份额和市场势力显著提升⁽⁴⁾，其对食品安全的影响力和控制力日益增强，能够相当程度地抑制和纠正违法行为。有鉴于此，2015年修订后的《食品安全法》明确了食品安全社会共治原则，并专门规定了网络餐饮平台食品安全治理的典型义务。原国家食药监总局在该法基础上进一步制定了一系列规章和规范性文件，细化和强化了平台食品安全治理义务。2019年1月1日生效的《电子商务法》对包括网络餐饮平台在内的电子商务平台经营者的义务进行了更为系统的规定。2019年12月1日生效的《食品安全法实施条例》（以下简称《实施条例》），进一步明确了平台的信息保存和信息提供义务。我国网络餐饮平台治理义务的基本制度框架至此全面形成。但“徒法不足以自行”，平台义务的切实实现有赖于科学有效的实施机制。当前我国网络餐饮平台治理义务具体内容和基本实施机制为何，其结构与功能存在哪些现实问题，应做怎样的务实改进？本文尝试对上述问题作出系统回答。

二、网络餐饮平台治理义务实现机制的基本架构

网络餐饮平台食品安全治理义务是指，为有效防范食品安全风险，网络餐饮平台基于其技术和市场地位的优势，根据法律规定或基于社会责任，主动预防平台内经营者违法或协助监管部门监管平台内违法行为的义务群。平台不是传统意义上的行政相对人或被规制对象，不是违法行为的直接实施者，也非违法行为的直接受益者。但如前所述，平台是网络餐饮活动的直接载体与核心

¹作者简介：王红霞，管理学博士，中南大学法学院副教授、博士生导师；

李超，南京大学法学院博士研究生。

基金项目：国家社科基金项目“产业融合中平台竞争规制与用户权益保障机制研究”（编号：14CFX041）。

环节,具有技术和市场优势,能够有效降低网络餐饮食品安全风险,极大缓解监管资源有限、监管信息不对称等困境,拓展法律实施资源。

(一)网络餐饮平台治理义务的基本内容

根据《食品安全法》《电子商务法》《网络食品安全违法行为查处办法》(以下简称《查处办法》)《网络餐饮服务食品安全监督管理办法》(以下简称《监管办法》)《实施条例》等,网络餐饮平台的治理义务主要分为治理体系建设、审核公示、监控报告以及纠纷处置四类。

第一,建立内部治理体系。

网络餐饮平台治理义务首先体现在平台内部治理体系的建设义务上。相关法律性文件规定,平台应建立内部治理制度体系,设置治理机构,配备合格人员。这既是平台治理义务的重要内容,也是落实平台其他治理义务的必要保证。其一,在制度体系建设上,《监管办法》第6条和第17条规定,网络餐饮平台应建立并执行入网餐饮服务提供者审查登记、食品安全违法行为制止及报告、严重违法行为平台服务停止、食品安全事故处置、投诉举报处理等制度。《电子商务法》第39条规定,网络餐饮平台应建立健全信用评价制度。上述制度均应在平台上公开。《电子商务法》对公开的方式、频次等做出了更明确的规定,其第33条和第34条要求,平台应在其首页显著持续公示上述制度规则,保证能够便利、完整地阅览和下载;对于规则的修改,应在其首页显著公开征求意见,确保各方能及时充分表达意见。其二,在机构建设与人员适格方面,为落实上述制度,《监管办法》第7条要求网络餐饮平台设置专门的食品安全管理机构、配备专职管理人员并对其培训与考核;第13条要求,网络餐饮平台应强化送餐人员的食品安全培训与管理。

第二,审核公示义务。

网络餐饮交易的需求匹配与交易撮合是在线上完成的。消费者仅通过平台上经营者自主提供的文字和图片来选择交易对象和交易客体。消费者始终无法明确知晓餐饮服务提供者的真实情况。这使无资质或资质不合格的餐饮服务提供者有机会绕过传统监管体制和实体交易中消费者的自主甄别,通过网络餐饮平台直接向消费者提供餐饮服务,从而极大地放大了食品安全风险。网络餐饮平台作为平台服务提供者在与餐饮服务提供者缔约之际就能够了解对方的真实情况;其平台地位和技术水平能够要求对方提供市场准入和行业资质相关资料并在平台上予以保留和呈现。法律据此课以网络餐饮平台履行审核与公示义务,以遏制网络餐饮食品安全风险,实现“交易的可追溯和责任的可追究”。⁽²⁾《食品安全法》第62条要求,网络餐饮平台对餐饮服务提供者实名登记,并审查其入网食品经营许可证。《监管办法》第8、9、10条进一步明确,网络餐饮平台应登记餐饮服务提供者的名称、地址、负责人及联系方式等信息;公示餐饮服务提供者的名称、地址及量化分级信息并保证信息真实;审核、公示、持续更新并保证食品经营许可证载明的许可信息真实。《电子商务法》第27条和第28条进一步规定,网络餐饮平台有对上述信息建立登记档案,定期核验更新,并报送主管部门的义务。

第三,监控报告与制止义务。

网络餐饮平台对餐饮服务提供者违法行为的发现更为便利、阻止措施也更为有效。⁽³⁾一方面,网络餐饮平台与餐饮服务提供者联系最为密切,更为理解餐饮服务提供者的需求并有足够的能力与渠道发现违法行为。就线上而言,平台可运用大数据分析、算法追踪与人工智能等技术优势,通过精准对比的方式锁定违法行为;就线下而言,平台可通过工作人员实地核实,外卖配送员举报、消费者评价及投诉等获得违法行为的线索。另一方面,平台可以凭借其技术条件对违法行为进行制止和阻却。基于此,《食品安全法》第62条明确规定,网络餐饮平台对食品安全违法行为负有立即制止与主动监控报告的义务;对重大食品安全违法行为负有立即停止平台服务的义务。《监管办法》第16条要求平台应当对餐饮服务提供者的经营行为进行抽查和监测。《电子商务法》第29条和第38条要求,平台发现平台内的餐饮服务提供者提供的餐饮食品不符合人身安全保障要求时,应依法采取必要处置措

施,并向有关主管部门报告。此外,《电子商务法》第31条和《监管办法》第15条要求平台如实记录网络订餐信息,保存不少于法定期限⁽⁴⁾。《电子商务法》第28条要求平台应提示、便利未登记的平台内经营者办理市场主体登记。《实施条例》第32条特别规定平台应妥善保存餐饮服务提供者的登记信息和交易信息,在监管部门开展食品安全监督检查、调查处理和事故处置过程中,确需了解相关情况的,经其负责人批准,可以要求平台提供。

第四,争端解决义务。

网络餐饮平台媒介有海量的餐饮服务提供者和消费者,餐饮交易在其上高频发生,其间必然存在相当数量的争议和纠纷。为切实保障各方权益,有效缓解监管机关和司法机关的纠纷处置压力,法律规定平台应协助争端解决和纠纷处置。《监管办法》第17条和《电子商务法》第59条要求网络餐饮平台建立便捷、有效的投诉举报机制,公开投诉举报方式,并对投诉举报及时进行处理。《电子商务法》第61条规定,消费者与平台内餐饮服务提供者发生争议时,平台应当积极协助消费者维护合法权益;第63条进一步提示性规定,平台可以建立争议在线解决机制,制定并公示争议解决规则,根据自愿原则,公平、公正地解决当事人的争议。此外,《电子商务法》第58条还鼓励平台建立消费者权益保证金等有利于电子商务发展和消费者权益保护的商品、服务质量担保机制,从源头上减少纠纷发生的概率。

(二)网络餐饮平台治理义务实现机制

网络餐饮平台治理义务是通过一套法律机制得以实现的。如果以单一义务履行行为为参照单元,这一机制可以分为事前、事中与事后三个板块。

第一,事前合规机制。

监管部门通过制定合规指引等形式,引导网络餐饮平台主动合规,这是现代规制体系中的重要一环。法定网络餐饮平台治理义务规范在表述上具有概括性和抽象性。在具体实践中,对义务的理解处于持续“再解释”开放结构之中。⁽⁵⁾“那些一般化或呈开放结构的标准则需要大量的后续活动来解释哪些符合、哪些不符合一般性的标准。”⁽⁶⁾合规指引虽不具有正式法律的约束力,但监管部门在法定权限内,通过发布合规指引作为正式规范的补充,对立法文本进行理解与阐释,以影响网络餐饮平台对义务规范的遵从。国家市场监管总局发布的《餐饮服务食品安全操作规范》(以下简称《餐饮操作规范》)是餐饮领域的重要合规指引。《餐饮操作规范》中有关餐饮配送、食品安全管理、人员要求及文件保存与记录等方面的内容同网络餐饮平台义务细化落实密切相关,对促进平台积极合规具有指导意义。

第二,事中监督机制。

事中的监督反馈机制是保证义务得到遵守,抑制、及时发现和纠正违法行为的重要规制环节。⁽⁷⁾网络餐饮平台治理义务实现的事中监督反馈机制主要包括以下两类。一是以抽查、监测与专项检查为核心的监督机制。监管部门对网络餐饮平台开展定期或不定期的抽查、监测是较为常见的监督反馈措施。抽查与监测一方面可直接深入接触网络餐饮平台,及时获知平台的义务履行情况,提出妥善的处理或整改意见;另一方面能够形成对平台履行治理义务的压力。从实践情况来看,地方监管部门应定期对网络餐饮平台分支机构与代理机构开展日常巡查与网上监测。国家监管机关则会适时组织开展全国性的专项检查⁽⁸⁾。二是以投诉与调查为主的信息反馈机制。《食品药品投诉举报管理办法》要求各级食药监管部门将“12331热线”设置为投诉举报的重要渠道⁽⁹⁾;对受理的投诉举报进行调查处理并反馈处理结果。同时,监管部门应建立健全一体化的投诉举报信息管理系统,实现全国食品药品投诉举报信息的互联互通。监管部门还可借助投诉量的聚合,识别、评价网络餐饮平台义务的履行状况;根据抽查监测、媒体披露及社会舆情信息启动专项调查。

第三,事后查处机制。

一是行政查处。行政查处是落实法定义务最传统的规制工具。监管部门针对涉嫌违法行为依法定性并对违法行为作出否定性评价,旨在让违法者承担不利的法律后果,并以此威慑和倒逼相关行为人履行义务。《食品安全法》确立的主要行政处罚类型包括责令改正、警告、没收违法所得、罚款、责令停业及吊销许可证等。《食品安全法》第 131 条第 1 款规定,网络餐饮平台未履行审核公示、监控报告与制止义务,情节轻微的,应责令改正,没收违法所得,并处 5 万元以上 20 万元以下的罚款,造成严重后果的,应“责令停业”,直至由原发证部门吊销许可证。《监管办法》规定,网络餐饮平台未履行制度建设义务,情节轻微的,应责令改正,并给予警告,拒不改正的,可处 5000 元以上,3 万元以下罚款。此外,《电子商务法》第 76 条、第 80 条、第 81 条等对网络餐饮平台未履行治理义务的行政处罚也做出了类似的规定。二是责任约谈。责任约谈是不同于行政处罚的另一种事后处置机制,其主要适用于监管部门已经获得违法线索但未进行深入查证且社会影响大的食品安全事件,对相关网络餐饮平台的法定代表人或主要负责人采用教育、谈话、协商或劝服等方式,矫正其涉嫌违法行为,设定整改目标,防止食品安全风险蔓延。国家食品药品监督管理局 2010 年发布了《关于建立餐饮服务食品安全责任人约谈制度的通知》(以下简称《约谈通知》),2016 年发布的《查处办法》对责任约谈问题进行了专门明确。该办法第 27 条规定,责任约谈适用于发生食品安全问题,可能引发食品安全风险蔓延的;未及时妥善处理投诉举报的食品安全问题,可能存在食品安全隐患的;未及时采取有效措施排查、消除食品安全隐患,落实食品安全责任的,以及部门认为需要进行责任约谈的其他情形。责任约谈不影响对网络餐饮平台的行政处理。约谈情况及后续处理情况“应当向社会公开”,以强化社会监督。约谈后,网络餐饮平台无正当理由未按要求落实整改的,监管部门应当强化监督检查。

综合上述,当前我国已经形成了有关网络餐饮平台治理义务实现的事后、事中与事前一整套实现机制框架。但从实际运行来看,该机制在各个环节仍存在具体局限,需要有效识别和针对性地改进。

三、网络餐饮平台治理义务事前实现机制的缺失及其完善

当前,网络餐饮平台治理义务事前合规机制存在显著缺失,应全面加以完善和改进。

(一)事前合规指引存在结构与功能上的局限

网络餐饮平台治理义务实现的理想状态是平台主动合规。监管部门事前合规指引和平台内部合规规范对细化治理义务要求、增进规则理解及提供行为预期具有重要意义。然而,当前我国网络餐饮平台合规指引机制仍存在核心内容缺失、针对性不强等问题;平台内部规则则存在更严重的隐患。

第一,合规指引重点内容和边界不明,针对性不足。

一是平台重点治理义务内容和边界模糊。以平台的抽查、监测义务为例,《监管办法》第 16 条规定网络餐饮平台应对餐饮服务提供者的经营行为进行抽查和监测,但并未明确是否包括线下部分。⁽¹⁰⁾网络餐饮平台掌握平台上餐饮服务的所有数据,能够有针对性地开展线下的抽查、实地核查。但由于这些活动需要平台投入大量人力物力,平台基于自身的商业偏好和利益诉求,往往缺乏合规的主动性。如果没有明确的合规标准,该项义务极有可能最终流于形式。二是缺乏专门针对网络餐饮平台的合规指引。目前,国家针对网络交易平台和网络出租车平台均发布了规范指引,网络短视频平台也出台了自身的行业规范,但对于涉及亿万人民食品安全的网络餐饮平台的合规问题尚未做出细致明确的规定。网络餐饮平台主要提供餐饮服务交易的匹配与撮合,而不是餐饮服务本身。2018 年颁布的《餐饮操作规范》适用于提供给餐饮服务的经营行为,其中只有零星涉及网络餐饮平台治理义务。2011 年颁布、2016 年修正的《第三方电子商务交易平台服务规范》专门针对平台交易所制定,但其整体制度是建立在一般商品交易的预设下,对服务交易特别是餐饮服务的特殊性关照不足,加工制作和配送等密切关系食品安全和服务适当的环节缺乏回应,在适用中难以发挥有针对性的指引效果。

第二,平台内部规则公正性存疑。

为开展平台治理,包括网络餐饮平台在内的各类电子商务平台往往制定了一整套内部规则。这有助于提高平台治理效能,稳定平台上各方主体预期。但在法律规范模糊、专门指引缺位的前提下,平台内部规则具有极大的自主空间。且这些内部规则由平台单方制定并自主实施,平台拥有相当大的事实性权力且缺乏必要的制约。加之2019年正式实施的《电子商务法》第34条正式赋予了平台单方修改格式条款的权利,这进一步放大和坐实了平台的规则制定权。⁽¹¹⁾上述格局对于平台治理义务的实际贯彻,对于消费者和利益相关者的权益保障都形成了严峻挑战。⁽¹²⁾

(二)全面完善事前平台合规机制

针对网络餐饮平台治理义务实现事前机制的上述问题,应着手从如下方面做出回应。

第一,制定专门的合规指引并适时更新。

一是制定网络餐饮平台专门的合规指引。结合《第三方电子商务交易平台服务规范》和《餐饮操作规范》,制定针对网络餐饮平台、契合行业发展规律、具有可行性和约束力的专门合规指引,细化平台义务特别是有关审核、检查、监控等义务的内容和边界。需要注意的是,平台的具体义务水平应同其地位和能力匹配。例如,在平台审核环节,平台有能力对比和识别餐饮服务提供者准入的资质信息,要求平台对准入阶段资质信息真实性负责并无不当。但是,若要求平台对经营全过程信息提供真实担保,则可能超出平台审核的能力范围,出现能力与责任不对等的问题。⁽¹³⁾因此,仅得要求平台对平台内经营者准入后的经营信息真实性承担形式审核义务。又如,在平台抽查、监测环节,由于要求平台对餐饮服务提供者逐一开展线下的抽查、实地核查既不切实际,又会不当增加平台运营成本,因此,在合规指引中可明确平台按照市场交易量的一定比例开展抽查、监测。其中,通过外卖配送员举报、消费者差评率高和投诉等途径所得的违规线索,应成为平台启动抽查、监测的当然事由。二是切实加强监管部门与网络餐饮平台的交流和沟通。2019年颁布的《优化营商环境条例》第48条明确将“建立畅通有效的政企沟通机制”作为优化营商环境下构建“亲清型政商关系”的基本要求。通过政企沟通机制,一方面及时了解技术和行业发展新动态,适时调整和优化合规标准,以弥补法定规范与合规指引滞后的缺陷;⁽¹⁴⁾另一方面迅速捕捉和提炼平台内部治理过程中所创制的新型模式和有益规则,将其纳入正式法律文件,使监管制度与时俱进。平台可通过公开、透明的程序遴选专职管理人员负责同政府沟通对接。未来应进一步明确平台专职管理人员的法律地位、工作职责和履职保障,确保平台专职管理人员履职有授权、履职过程公开透明、履职不力受追究,符合“好的规制”的基本要求。⁽¹⁵⁾

第二,将平台治理法定义务嵌入平台规则体系。

一是制定“规范指引”。参照《网络零售第三方平台交易规则制定程序规定(试行)》《网络交易平台合同格式条款规范指引》,结合网络餐饮交易自身的突出特点,制定“网络餐饮平台格式合同条款规范指引”。透过指引,进一步强化平台内部规则制定和实施的公开性和透明性,细致明确不得以平台规则排除或限制的涉及用户权益、涉及平台治理义务履行和责任承担的条款,从平台内部规则层面保障平台内餐饮服务提供者、消费者的知情权、参与权和及时获得救济权,将平台治理义务嵌入平台规则体系。二是强化对平台规则的备案审查。2014年,商务部发布《网络零售第三方平台交易规则制定程序规定(试行)》,由商务部负责建设电子商务平台规则备案系统,但该备案系统的平台规则都是由备案企业自行登录提交,商务部声明这些平台规则的真实性、合法性由备案企业负责。省级商务主管部门的审查标准是“企业所提交的材料是否齐全、是否符合条件”,但什么是“符合条件”,也不明确。⁽¹⁶⁾这种情况必然导致“备而不审”,徒具形式,监督实效存疑。鉴于网络餐饮双寡头局面已经形成,平台数量少,平台规则同质化程度高,由监管部门统一备案审查既能发挥监管部门的专业所长,进行实质性监督,又能减少工作量,提高备案审查效率。因此,应明确网络餐饮平台制定或修改平台规则应向监管部门备案,监管部门应予以审查,视情况要求平台释明理由或作出修改,从源头杜绝违法隐患。三是应鼓励第三方主体对平台规则开展监测和评估。平台基于自身利益最大化以及风险规避的考虑,有动力利用自己的专业技术和信息数据优势,对不利于相对方的变更采取更隐蔽的呈现方式、更隐晦的表达方式以尽量不引起相对方的注意。⁽¹⁷⁾据此,可以动用消费者协会、行业协会或者检察院等第三方主体的力量,发挥第三方主体的知识、信息和技术优势,积极发现和披露问题,为平台治理义务的履行施加外部压力。

四、网络餐饮平台治理义务事中实现机制的问题与回应

当前,网络餐饮平台治理义务实现的事中机制对平台履行义务缺乏监督实效。实践中,网络餐饮平台为争夺餐饮服务市场、获得用户体量,时常出现审核公示标准放松、监控报告不力等问题。从审核公示、原材料加工制作到外卖配送,网络餐饮问题丛生便是例证。⁽¹⁸⁾更有甚者,“代办”或“中介”与平台内部审核人员的“里应外合”“收红包”等平台内部人员腐败问题,使看似严密的审核机制形同虚设。⁽¹⁹⁾亦有平台为降低资质审核等环节的管理成本将审核公示义务“外包”于第三方主体并试图据此规避责任。⁽²⁰⁾因此,迫切需要提升平台治理义务事中实现机制的运行效能。

(一)公权主体事中监督不力与私主体投诉举报不足并存

监管部门在网络餐饮平台食品安全违法行为认定上具有专业优势,但如何保证过程监督的有效性,如何及时、全面获取违法信息,仍是困扰监管活动的难题。

第一,监管机关监管机制乏效。

事中监督机制以监管部门抽查、监测与检查为核心。但客观上看,抽查、监测的启动频次有限。近年来,网络餐饮迅猛发展。以“饿了么”为例,仅2017年,其总加盟餐厅200万家,年订单量近60亿单。⁽²¹⁾既有的抽查、监测与检查频次同海量的网络餐饮交易规模之间相去悬殊,监管覆盖率微乎其微,威慑效果极为有限。主观上看,监管部门怠惰不作为。实践中发现,网络餐饮监管部门日常监管缺乏主动性,其不作为已然成为检察机关法律监督的重要事项,最高人民检察院将其列为典型案例提示全系统予以特别关注。⁽²²⁾

第二,私主体投诉举报知识有限、动力不足。

投诉举报将监管部门的公权优势与私主体的信息优势结合起来,理应成为监管部门获取违法信息的重要渠道,但既有私人投诉举报制度存在门槛高、风险高等运行障碍。其一,消费者投诉举报知识有限。《食品药品投诉举报管理办法》第11条规定,投诉举报人应同时具备“提供客观真实的投诉举报材料及证据”“说明事情的基本经过”“提供被投诉举报对象的名称、地址、涉嫌违法的具体行为等详细信息”三项条件。《市场监督管理投诉举报处理暂行办法》第15条第(3)项规定,消费者在投诉时必须证明其“与被投诉人之间存在消费者权益争议”。但大多数消费者缺少收集证据、说明经过、归纳违法行为的专业知识,投诉举报积极性不高,甚至相当一部分消费者对投诉举报的途径都不清楚。其二,内部人举报动力不足。网络餐饮平台内部工作人员最了解平台履行治理义务的情况,但出于对自身利益、职业前景和社会声誉等多重考量,缺少举报的动力。虽然《食品药品投诉举报管理办法》第32条、《市场监督管理投诉举报处理暂行办法》第33条规定了投诉举报机构及承办部门应当保护举报人,但缺少相关部门不作为的法律后果,使所谓的保护缺乏可置信性。

(二)形成高效的事中监督反馈机制

针对网络餐饮平台治理义务实现的事中机制的上述缺陷,建议从以下几个方面着手完善。

第一,全面强化事中监管。

一是为网络餐饮监管工作赋能。一方面,切实保障监管部门监管资源配置,使其人力物力与现实层面繁重的日常监管任务相匹配;进一步强化部门协作,共享监管资源。另一方面,提升技术监管能力和水平。积极引入大数据、区块链以及人工智能等技术发展的最新成果,建立全国统一网络监测平台与监管数据共享平台,实现“以网管网”“实时监测”。二是细化网络餐饮监管职责。以法律性文件的方式明确抽查、检查的启动条件,明确规定将市场交易量的一定比例作为确定抽检频次的依据,加强上级监

管机关的管理力度和检察机关的监督力度。三是建立强制网络餐饮平台信息披露机制。监管部门将平台各项治理义务细化形成“网络餐饮平台自查情况量表”,要求平台定期填写报送,明确规定其不报送或报送虚假情况的法律后果,以此作为抽检、监控和检查工作的重要参照和补充,督促平台自觉履行治理义务。

第二,提升投诉举报机制的灵活性。

一是激活内部人举报的“吹哨人”制度。作为网络餐饮平台的内部成员,其了解平台运行的规律和动态,掌握着平台治理义务履行情况的“第一手”材料。切实激活平台内部人员举报制度,对于发现平台违法线索,倒逼平台履行治理义务都具有重要意义。为此,应最大程度破除内部人后顾之忧,对举报人保护措施予以健全和细化并对之加强宣导;同时,进一步提升奖励水平、丰富奖励类型,提升内部人员投诉举报的积极性。二是鼓励社会第三方调查与监测。监管部门应鼓励消费者保护组织、行业协会或第三方机构,对网络餐饮平台治理义务的履行情况予以动态监测、定期评估,利用其资源优势、专业优势、信息优势以及多样化优势,弥补私人主体投诉举报在信息获取上的天然障碍。⁽²³⁾

五、网络餐饮平台治理义务事后实现机制的局限及其改进

当前,网络餐饮平台治理义务的事后实现机制对平台违反义务的行为缺乏应有的阻却效果,亟需改进机制提升其威慑力。

(一)行政查处阻却违法效果不彰

行政处罚与约谈对于敦促网络餐饮平台履行治理义务各有其优势和局限,二者在逻辑上可以实现高度的互补:行政处罚程序严格、透明性强、约束力和威慑效果高,约谈相对灵活、成本低、交流性高(参见表 1)。但考察当前我国的具体实践,二者内部及其所构成的整个事后查处机制仍存在诸多局限。

表 1 约谈与行政处罚的互补关系

类别	方式	效果	灵活性	评估	交流	透明性	约束力	成本
约谈	对话	劝服	灵活	有	强	弱	弱	低
处罚	对抗	威慑	严格	无	弱	强	强	高

第一,行政处罚聚焦于财产罚且缺乏威慑力。

以当前国内市场份额第二的网络餐饮平台“饿了么”为例,梳理其总部所在地上海的监管部门近三年(2016-2018)对其采取的全部行政处罚⁽²⁴⁾,可以发现如下问题。就处罚事由来看,该平台多因未履行审核公示义务而受到行政处罚。就处罚依据而言,主要援引《食品安全法》及上海的地方性法规。就处罚措施而言,适用财产罚的总频次最高,罚款幅度在 10 万到 20 万之间;没收违法所得的频次较低,实际没收额度较小;警告的适用较少;未适用过吊销许可证这一处罚措施。(参见表 2)

表 2 上海市监管机关(2016-2018)年对“饿了么”平台的行政处罚情况

违法事由	网络餐饮平台未对餐饮服务提供者实名登记,明确其食品安全管理责任;依法应当取得许可证的,未审查其许可证。
------	---

处罚依据	《食品安全法》第 62、131 条 《上海市食品安全条例》第 103 条				
处罚类别	警告	没收违法所得	罚款	责令停业	吊销许可证
处罚频次	3 次	2 次	8 次	0	0
处罚幅度	*	221.7 元、3765 元	10~20 万元	*	*

上述统计分析一定程度地暴露出既有行政处罚机制存在的局限。一是违法所得被严重低估。由于法律对“违法所得”计算标准缺乏明确规定,实践中至少存在“服务收入”⁽²⁵⁾“整体盈亏”⁽²⁶⁾两类标准,但这两类标准均导致违法所得被严重低估。然而,网络餐饮平台的商业模式主要依托用户所创造的网络效应获得持续不断的价值,除服务费之外,其更为主要的收益来源于广告、数据与流量及其衍生的商业机会等;网络餐饮平台的短期会计盈亏也并不能反映其真实的商业价值。上列两类标准均违背了平台经济的基本运行规律。二是罚款缺乏威慑力。既有的罚款结构是纯粹数值式的罚款并受顶格限制。《食品安全法》和《电子商务法》设定的最高 20 万、50 万的罚款上限,远远低于现实情况下网络餐饮平台违法可能获得的收益,导致罚款远远起不到威慑和敦促平台履行治理义务的效果。三是警告形同虚设。警告旨在通过向违法行为人施加心理、社会舆论压力,迫使其及时纠正不法行为。但由于当前网络餐饮平台市场的寡头垄断格局,消费者缺乏选择空间,警告无法对两大超级平台产生足够的压力。

第二,约谈过程中利益相关方缺位,约谈后续措施不明。

约谈有助于摆脱繁琐行政执法程序,减少监管部门同相对人之间的对抗,从而能够对违法行为迅速做出反应,提升平台的遵从效果。⁽²⁷⁾但约谈机制尚存在如下问题。一是约谈过程利益相关方缺位。既有制度虽然规定了“约谈情况及后续处理情况应当向社会公开”,但并未赋予利益相关者的参与权,易导致责任约谈沦为监管部门同网络餐饮平台双方的闭门对话。二是约谈后续配套制度不健全。约谈旨在督促网络餐饮平台按照要求落实整改,以迅速排除食品安全风险隐患。但如何检验已经达到了整改要求,其法律后果如何,这些问题仍需要刚性配套制度予以明确,防止约谈流于形式或成为回避行政处罚的暗道。

(二)提升事后行政查处的威慑力

针对上述问题,网络餐饮平台治理义务实现的事后行政查处机制宜采取如下具体改进措施。

第一,改善行政处罚结构,丰富行政处罚的实施机制。

其一,革新财产罚。没收违法所得在适用中,应将平台不履行治理义务带来的流量或广告价值及产生的网络效应综合评估测算,作为“所得额”确定的依据。必要时,可以委托第三方机构进行评估。此外,将单纯数值式罚款变更为倍率式罚款或组合式罚款,改罚款总额上下限为罚款倍率上下限,以增强罚款对实际违法行为的针对性、制裁性和威慑力。其二,扩展违法制裁渠道。建立对网络餐饮平台主要负责人及工作人员的资格罚,弥补财产罚在平台经济中面临的天然局限。对于网络餐饮平台发生的多次或重大违法行为,监管部门除了直接对网络餐饮平台作出行政处罚外,还可对其内部主管人员和直接负责人设定一定期限的从业禁止的处罚或罚金⁽²⁸⁾。

第二,完善约谈的监督机制,强化约谈与行政处罚的衔接。

其一,强化约谈外部监督,增加其透明度。在《约谈通知》和《查处办法》所确立约谈制度框架基础上,强化约谈过程的外部监督,增强透明度。在约谈期间,应当充分保障利益相关者(消费者、餐饮服务提供者)、行业协会及消费者保护组织的参与,使约谈能保障倾听多方意见、贡献多方智慧,在教育、劝服与沟通中推动网络餐饮食品安全公共治理议程之达成。此外,应发挥检察

机关的法律监督职能。监管部门应邀请同级检察院派员参加约谈会的旁听,实现约谈的全过程监督。对约谈过程中可能产生的违法或违规行为,检察机关通过向本级人民政府或监管部门发布检察建议的方式及时纠正。其二,约谈后续处理的配套机制的完善。监管部门应对网络餐饮平台设定明确的整改目标。平台整改完毕后,应向监管部门提交合规自证报告,并出具详细的整改说明。监管部门应认真评估,并将评估结果作为是否增加监督检查频次、启动行政处罚程序或确定处罚幅度的判断依据。

注释:

1① 数据显示,截至2019年6月30日,“美团”的年度交易用户数已达4.23亿,用户平均交易数为25.5笔;2019年,我国外卖全年交易额将达6035亿元。参见美团研究院、中国饭店协会外卖专业委员会:《中国外卖产业调查研究报告(2019年上半年)》,中文互联网资讯网:<http://www.199it.com/archives/944872.html>,2019年12月25日访问。

2② 程雨田:《从“宅生活”到“宅经济”》,《人民日报》,2020年3月24日。

3③ 参见武洁:《网络订餐平台岂能成为“黑餐饮”的新马甲》,《中国社会报》,2016年3月21日;姜洪:《盯紧网络餐饮“代办入驻”》,《检察日报》,2017年11月16日;胡立彪:《速食料理加工尚需加强安全“料理”》,《中国质量报》,2018年11月26日。

4 2014年,中国网络餐饮市场上存在“饿了么”“美团”“淘点点”“大众点评”“生活半径”“百度外卖”等11家平台。截至2019年第二季度,“美团”“饿了么”两家平台已分别占据交易额的65.1%和32.8%,双寡头局面全面形成。参见Trustdata:《2019年上半年中国外卖行业发展分析报告》,中文互联网资讯网:<http://www.199it.com/archives/924253.html>,2019年12月25日访问。

5 信春鹰主编:《中华人民共和国食品安全法释义》,法律出版社2015年版,第151-153页。

6 高秦伟:《论行政法上的第三方义务》,《华东政法大学学报》,2014年第1期。

7 对于该期限,《网络餐饮服务食品安全监督管理办法》规定不少于6个月,《电子商务法》规定不少于3年,根据法律适用基本规则,应适用《电子商务法》的规定。

8 Black, Julia . “Regulatory Conversations”. Journal of Law and Society, 2002, Vol. 29, No. 1, pp. 163-196.

9[英]科林·斯科特:《规制、治理与法律:前沿问题研究》,安永康、宋华琳译校,清华大学出版社2018年版,第45页。

10[英]科林·斯科特:《规制、治理与法律:前沿问题研究》,安永康、宋华琳译校,清华大学出版社2018年版,第224页。

11 2018年9月,市场监管总局组织开展了全国首次网络餐饮服务食品安全专项检查工作。

12 2019年8月31日,市场监管总局将“食药12311”等投诉举报热线及平台统一整合为“12315”统一投诉举报平台。

13 《网络食品安全违法行为查处办法》第14条规定管理机构仅对“平台上的食品经营行为及信息”进行检查。《网络餐饮服务食品安全监督管理办法》第16条实际上对管理机构抽查、监测的范围作了扩大规定。

14 王红霞、孙寒宁:《电子商务平台单方变更合同的法律规制——兼论〈电子商务法〉第34条之局限》,《湖南大学学报(社

会科学版)》,2019年第1期。

15 例如,《饿了么发生食品安全事故的处理流程及制度》规定,饿了么对再次发生食品安全事故的一般商户作“永久下线处理”,而对“品牌餐厅”则“视情况而定”,这种区别对待显属违反公平与非歧视原则。另据不完全统计,该平台对平台内餐饮服务提供者创设的处罚或强制措施达10余种之多,包括:扣除信用分或保证金、警告、关店处罚、置休整改、停止平台服务、冻结账户、临时下线、永久下线(永久清退);等等。虽然该平台也规定了平台上餐饮服务提供者的申诉权利和流程,但平台既是“裁判者”又是“运动员”,相关主体的权益缺乏有效保障。

16 参见赵鹏:《超越平台责任:网络食品交易规制模式之反思》,《华东政法大学学报》,2017年第1期。

17 Black, Julia. “Regulatory Conversations”. *Journal of Law and Society*. 2002, Vol. 29, No. 1, pp. 163-196.

18 一般而言,“好的规制”应符合五项指标:“法律授权”“可问责性”“公平、可及、公开”“专业性”“效率”,平台专职管理人员作为“准规制主体”,也应符合此要求。See Robert Baldwin, Martin Cave, Martin Lodge. *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice*. New York :Oxford University Press, 2012, pp. 26-27.

19 参见商务部:《业务系统统一平台弹窗声明》,商务部业务系统统一平台:http://dzsw.mofcom.gov.cn/report/public_rule_list#, 2019年12月15日访问;北京商务局:《北京市商务局职权信息5:对网络零售第三方平台交易规则进行备案》,北京市商务局:http://sw.beijing.gov.cn/bsfw/qt/201912/t20191221_1386626.html, 2019年12月25日访问。

20 王红霞、孙寒宁:《电子商务平台单方变更合同的法律规制——兼论〈电子商务法〉第34条之局限》,《湖南大学学报(社会科学版)》,2019年第1期。

21 舞扬、弗雷雷等:《外卖料理包风波后,你还敢饿吗?》,《人民邮电》,2018年12月7日。

22 然玉:《外卖平台审核形同虚设,背后是“内部人腐败”》,光明网:http://guancha.gmw.cn/2017-03/16/content_23981833.htm, 2019年1月3日访问。

23 参见山东省食品药品监督管理局发布的指导案例第4号,山东省食品药品监督管理局:《网络餐饮服务第三方平台提供者未尽审查义务案》,《中国医药报》,2018年7月9日。

24 饿了么:《回顾十年,饿了么发布2017年度企业社会责任报告》,搜狐网:https://www.sohu.com/a/229334604_546558, 2019年1月20日访问。

25 参见最高人民检察院:《检察公益诉讼十大典型案例》,《检察日报》,2018年12月26日;彭中、范跃红:《舌尖安全》,《检察日报》,2018年12月26日。

26 刘亚平、游海疆:《“第三方规制”:现在与未来》,《宏观质量研究》,2017年第4期。

27 统计样本选取期间为2016年1月1日至2018年12月31日,资料取自原上海市食品药品监督管理局官网:<http://www.shfda.gov.cn/gb/node2/yjj/index.html>, 2019年1月5日访问。

28 在(闵)罚处字[2017]第2320175104号案中,监管部门认为涉案平台“未收取手续费及其他费用,故违法所得无法计算”。

29 在(普)罚处字[2017]第 2320175176 号案中,监管部门认为,涉案平台“在 2017 年 1 月至 4 月的经营情况为亏损,无违法所得”。

30 以长沙市为例,课题组发现,该市监管机关定期或不定期约谈辖区内“饿了么”“美团”两大网络餐饮平台的负责人后,两家平台分别排查了 3300 户和 2780 户问题商户,全市入网信息公示率由 30%提高到 90%,成效明显。

31 《食品安全法实施条例》第 75 条规定,“食品生产经营企业等单位”有食品安全法规定的违法情形,发生故意实施违法行为、违法行为性质恶劣、违法行为造成严重后果之一的,对单位的法定代表人、主要负责人、直接负责的主管人员,处其上一年度从本单位取得收入的 1 倍以上 10 倍以下罚款。根据同类解释规则,“等单位”应当包括网络餐饮平台。