

· 学术专论 ·

对劣迹艺人“封杀令”的合法性检视与规范性建构

杨吉*

【摘要】我国对失德失范、违法违规的艺人采取一律“封杀”的惩戒已经成为国内文娱行业规范治理的一种常态化和长效性机制。但学界和业界围绕该措施的正当性与成效性却颇有争议且分歧不小，主要集中在“劣迹艺人”概念的缺省、定义的缺失以及在法理层面欠缺逻辑的自洽和制度的完备。对劣迹艺人应当视具体行为和情节，划定不同等级，以便施以对等的惩戒措施。对于限制或禁止劣迹艺人行业准入，监管机构应确保有公正、公开的听证程序和申诉机制，赋予当事人充分的答辩和救济权利。同时，借鉴国际治理的模式和经验，发挥行业协会的主观能动性，尊重市场自由选择的规律。特别是在制定制裁措施时，要避免过激和过度的手段，不宜一味地封禁劣迹艺人，更不能牵连其之前辛勤付出的作品正常播映。

【关键词】劣迹艺人 封杀令 规范性文件 合法性审查

一、问题的提出

对“劣迹艺人”的“封杀”或“封禁”，最早可见2014年由广电总局下发的《关于加强有关广播电视节目、影视剧和网络视听节目制作传播管理的通知》（以下简称《通知》）。根据该文件要求，一经查实演员、艺人、制作主创人员有吸毒、嫖娼等违法犯罪行为的，只要他们参演或参与制作的影视剧乃至代言的广告节目，都一律暂停，不允许在各级广播电视机构和网络视听平台播出。在实务操作中，这里的艺人不仅仅是指演员、歌手，也包括导演、编剧等影视主创人员。按照总局的要求，前述人员一经证实有涉毒、涉赌、涉嫖等“劣迹”行为，各个制作单位或各级播出机构就得“慎重考虑了”。^[1]

* 杨吉，男，浙江传媒学院副教授，法学博士。

[1] 王捷：《可否建立“劣迹艺人黑名单”？》，《声屏世界》2014年第10期。

有鉴于艺人系公众人物，有公共属性，其言行举止往往会成为民众效仿的对象，起到较大的行为示范和风气引导作用，因而理所应当担负着履行社会责任和传播公益价值的使命。业内普遍认为禁止使用劣迹艺人是一种清楚有力地表态，“它不仅是对艺人的警示，是行业净化和自治手段，也展现出一种鲜明而坚定的态度，是对社会道德和法制的捍卫”。^[2]随着共识的形成，对于违法失德艺人的“封堵”“禁用”，不仅是监管部门明令强调的，也是各行业协会、内容平台、制作机构自觉跟进的。自2014年该份《通知》发布以后，遵循相同主旨内容的法律、讲话、意见、通知、规则不时地出现，或被重申、或被强调、或被细化。例如，2015年，由中国广播电视社会组织联合会和中国出版协会发起，多家行业单位联合签署的《新闻出版广播影视从业人员职业道德自律公约》（以下简称《公约》），《公约》明确了“十提倡”和“十不为”，其中第十条即：树立良好职业形象，不涉“黄赌毒”和违反公序良俗的行为；严重违背《公约》造成极其恶劣社会影响的，会员单位3年内不予聘用、录用或使用。2017年3月1日实施的《电影产业促进法》首次将“德艺双馨”以法律条文的形式确定为电影从业人员的义务。^[3]2018年，广电总局宣传司负责人在公开场合谈及如果涉及对党离心离德、品德不高尚的演员，广播电视机构一律不得使用，它和其他三个坚决抵制构成了“四个绝对不用”标准。^[4]2020年11月，广电总局下发《关于加强网络秀场直播和电商直播管理的通知》，文件规定对于违法违规、失德失范的艺人，不允许其借由任何播出平台或渠道有任何形式的出镜露脸的机会。2021年2月中国演出行业协会制定《演出行业演艺人员从业自律管理办法》（以下简称《办法》），其中提到“劣迹艺人”将受到协会会员单位1至5年不等年限的联合抵制，如果情节特别严重的，则期限是永久；同年4月，由广电总局下设的网络视听节目管理司和归口于中宣部的出版局联合发布的《关于加强网络视听节目平台游戏直播管理的通知》，明令严禁劣迹艺人继续从事网络直播；9月，由中央宣传部印发的《关于开展文娱领域综合治理工作的通知》，其要求“进一步强化行业管理，加大对违法失德艺人的惩处，禁止劣迹艺人转移阵地复出”。同时，要规范明星广告代言和演艺经纪管理。还有2021年、2022年由广播电视社会组织联合会、中国文学艺术界联合会分别发布《中国广播电视社会组织联合会职业道德委员会章程》和《中国文艺工作者职业道德公约》，倡导“讲品位、讲格调、讲责任”，抵制“低俗、庸俗、媚俗”，建立行业职业道德评议和约谈机制，将制片人、编剧、导演、演员等电视剧主创人员的评议结论和约谈情况纳入行业信用记录，对违法失德失范艺人“零容忍”。

上述以不同形式、效力的文本所规定的举措是对于艺人艺德管理上的不断探索，也充分反映了国家对艺人艺德的引导及重视，在影视创作粗制滥造、影视投资追求金钱、影视明星炒作流量的时代背景下具有非常现实的意义。^[5]但基于法理分析，对劣迹艺人采取“封杀”，禁止其重返公开演艺市场，该行为属于什么性质？程序和实体是否合法、具有正当性？以及，对于

[2] 刘剑飞：《不用劣迹艺人应成行业共识》，《声屏世界》2018年第9期。

[3] 《电影产业促进法》第9条第2款规定：“演员、导演等电影从业人员应当坚持德艺双馨，遵守法律法规，尊重社会公德，恪守职业道德，加强自律，树立良好社会形象。”

[4] 另外三个标准为：低俗、恶俗、媚俗的演员坚决不用；思想境界、格调不高的演员坚决不用；有污点、有绯闻、有道德问题的演员坚决不用。转引自张灿灿：《“封杀明星”，只是对舆论的非正式回应？》，《青年记者》2021年第3期。

[5] 杨妍：《浅析艺人艺德的法律规制》，《中国电影市场》2019年第2期。

被施以监管禁令的艺人来说，他们是否有陈述、申辩、救济的权利？换句话说，在接受一定惩戒之后能否再次复出？它的前置条件是什么、审核主体有哪些、申请程序又该怎样？这些都会是本文要展开分析且尝试提出制度建言的议题。

二、“劣迹艺人”的概念缺省和定义缺失

对劣迹艺人的封禁，限制他们恢复演艺职业、重返公众视野，其治理的初衷明确而一以贯之。援引那份后来定位于“法律渊源”的2014年广电总局下发的《通知》，内文提到“个别编剧、导演、演员等广播影视从业人员因吸毒、嫖娼等违法行为被公安机关查处，其行为触犯了法律法规、败坏了社会风气，尤其是作为社会公众人物，损害了行业形象，造成很坏的社会影响”。该文件的发布导向严明、态度坚决地对有重大负面新闻或不当行为的艺人采取“无限期封杀”，为的是“净化环境”“营造良好从业氛围”。此一事件曾是当时文娱领域的重磅新闻，并一度入选该年度十大宪法实例初评名单。但与此同时，后续引发的讨论乃至争议也是激烈的。

仅就行政主体角度分析，禁令行为已涉及到缺乏法律依据、违反行政合理性原则以及程序上有瑕疵等问题。^[6]另外，从保护行政相对人（即涉事艺人）的正当权益来考察，也有观点认为“封杀令”侵犯了艺人在宪法意义上公民的平等就业权^[7]，并应当在行政机关事前审查阶段着手建立一套关乎合法性的审查监管机制^[8]。

这些讨论结合了行政法基本原则加以评析，得出的论断也较为一致，总体上持否定的、质疑的、批驳的态度。但它们的不足也在于一些研究主要关注规范解释与制度建构，而未将规范性文件嵌入司法审查制度的框架。^[9]又一方面，在监管部门、行业协会对所谓“劣迹艺人”进行全面限禁、抵制已成为一种常见性的“处置措施”，那些被号召“署名删除”“作品下架”“解除代言”的艺人只有被动接受“惩戒”而显然缺乏有效的行政申诉或司法救济途径，这样的制度运行是一个短期来看难以改变的“事实状态”。^[10]再去一味苛责封杀的做法从实体到程序上都欠缺某些法定要件实则是徒劳，没有对现实指导的意义；相反，一种更务实、更有效的路径是当前我国对劣迹艺人如何建立起一套足以支撑其尽量透明公开、良性运转的规范体系。这么做的目的是为了之前动机和手段的不太适配，手段上“简单粗暴”，效果上“矫枉过正”的现象。

对此，至少有以下几个现象值得注意。首先是对“劣迹艺人”的界定。“劣迹”经常跟失德失范、违法违规，并造成不良的社会影响联系在一起，但究竟哪些行为、何种程度会落入劣迹的范畴，现有的相关法律、政策文件均未给出明确的界定。例如2014年的《通知》只是提到编剧、导演、

[6] 戴焱：《广电总局“无限期封杀劣迹艺人”的法学分析》，《法制与社会》2016年6月（中）。

[7] 褚宸舸：《“封杀”吸毒艺人的合宪性审查研究》，《浙江社会科学》2015年第11期。

[8] 陈凯明：《公权力推进精神文明建设的误区和纠正》，《南京工程学院学报（社会科学版）》2017年第1期。

[9] 董正爱，郑淑裕：《行政规范性文件审查制度的规范建构——以劣迹艺人“封杀令”为例》，《河北工程大学学报（社会科学版）》2022年第1期。

[10] 文静，涂端玉：《“流量”明星频“翻车”品牌方快速与其切割 专家：明星代言风潮或减弱》，《广州日报》2021年8月17日。

演员等广播影视从业人员或参与制作影视广播节目的主创人员,但凡系“吸毒、嫖娼等违法犯罪行为者”,一律禁止邀请参演参与节目录制、或已经制作完毕的作品不得播映、销售。但该表述逻辑上明显不够严谨、词义理解模糊,极易导致适用中的标准不一、自行其是。众所周知,“犯罪行为”一定是“违法行为”,若系“违法且犯罪的行为”,也没有必要再称之为“违法犯罪行为”,直接用“犯罪行为”即可;如果使用“违法犯罪行为者”,意味着将违法与犯罪解读为并列关系,那么,结合吸毒和嫖娼的具体违法行为,也可以因行为对象不同、程度不同导致法律定性和后果追责的不同。

一般情形下,嫖娼是行政处罚所规制的行为。^[11]然而,当嫖娼的对象是幼女(不满14周岁)而且行为人是明知状态的,就涉嫌构成“强奸罪”;倘若明知自己患有梅毒、淋病等严重性病而卖淫、嫖娼的,则涉嫌故意传播性病罪;聚集多人进行集体嫖娼的,涉嫌聚众淫乱罪。至于吸毒,根据《治安管理处罚法》第72条、《禁毒法》第62条等规定,仍属于行政违法规制但不构成刑事苛责的行为。当然,那些如容留他人吸毒罪、非法持有毒品罪、非法提供麻醉药品、精神药品罪等,《刑法》另有规定,也各有罪责细分,但它们与单纯的个人吸毒完全分列于不同的法律后果维度,一个只是违法,一个则是犯罪。所以按照2014年那份《通知》的要求,当之中有一个起着兜底作用的“等”字,倘若仅是行政处罚维度内的吸毒、嫖娼都可以构成评价艺人劣迹的标准,不亚于把触犯《治安管理处罚法》中那些社会危害性与吸毒、嫖娼相当的行政违法行为也一律视作“劣迹”了。但因惑恰恰在于,具体是哪些行为呢?它的语焉不详造成了对劣迹艺人定义的模糊不清,也势必引起日后比照套用的矛盾混乱。

回溯“封杀令”出台的背景,起初规范对象其实仅限于有吸毒、嫖娼违法行为且一经查实或客观上已造成社会负面舆情的编剧、导演、演员等影视从业者。但从实际适用状况来看,波及群体范围明显扩大。那些存在学术不端、偷税漏税、无证经营、代孕弃养、生活作风不正等行为的从业者都可以被认定成“劣迹艺人”;而就溯及力来看,即便是发生在2014年《通知》公布之前,只要艺人的违法犯罪行为得到确认,同样会受到约束。例如,2022年11月23日,中国演出行业协会网络表演(直播)分会发布过第九批网络主播警示名单,在该份名单中除了有85名网络主播外,还有“吴某凡”“郑某”“张某瀚”三名传统影视演员在行业内被宣告实行联合抵制和惩戒。^[12]

应当看到不仅对“劣迹艺人”的定义缺失,对于该特定用语或专有名词,一些专门的规范性文件或行业自治条约也并未直接予以界定。比如,被一致认为属于“业内首次明确‘劣迹艺人’惩戒复出程序”的《办法》^[13],在这份由中国演出行业协会发布的从业者守则中,也只是用“违反从业规范的演艺人员”或“受到联合抵制的演艺人员”来代称。不仅如此,根据该《办法》第15条第三项的规定,也只有“演艺人员违反从业规范情节轻重及危害程度”是严重的、较重

[11] 《治安管理处罚法》第66条规定:“卖淫、嫖娼的,处十日以上十五日以下拘留,可以并处五千元以下罚款;情节较轻的,处五日以下拘留或者五百元以下罚款。在公共场所拉客招嫖的,处五日以下拘留或者五百元以下罚款。”

[12] 江聘:《吴亦凡、郑爽等88人被封禁!违法失德艺人首次纳入网络主播警示名单,明星将有负面清单》,《证券时报》2021年11月23日。

[13] 白瀛,胡梦雪:《中演协发布艺人自律规范 业内首次明确“劣迹艺人”惩戒复出程序》, http://www.xinhuanet.com/2021-02/05/c_1127069287.htm, 最后访问日期:2024年11月15日。

的乃至是特别严重的情形下，才会有对应的封禁措施，分别施以“1年、3年、5年和永久等不同程度的行业联合抵制”。

2021年3月16日，国家广播电视总局面向社会发布《广播电视法（征求意见稿）》。这是一部备受瞩目，关系到我国广播电视行业长远发展和规范指引的最高效力层级的立法，迄今尚属首次。即便如此，法律制定者也没有在意见稿中使用“劣迹艺人”这一称谓，相反，他们是以“广播电视节目主创人员因违反相关法律、法规而造成不良社会影响的”来替代类似的表述，并且，还规定当演职人员有了前述行为的，“国务院广播电视主管部门可以对有关节目的播放予以必要的限制”^[14]。

任何法律的制定都应当首先明晰调整的对象，避免因对象的不明而致使适用范围的无端扩大或限缩，从而使整个法律运作处于一个不确定的、不稳定的、不统一的状态中。当法律的“确定性”这一首要价值都有残缺^[15]，它约束与引导人们按照可预见的道路前行的根本属性亦不复存在了。

三、“封杀令”的合法性论证

不光是受规制的对象亟需明确，对监管主体颁出“封杀令”的行为本身也需进一步探究其合法性。当前，我国对劣迹艺人行业禁入的惩处除一些行业内自治公约外，主要依照的是行政规范性文件。后者是指由行政机关为实施行政管理职能，依照上位法所规定的权限和程序，制定的涉及公民、法人和其他组织权利义务且具有普遍约束力，在一定期限内可以反复适用的公文。行政规范性文件是对法律规范的细化与补充，它也被简称为“行政措施”以及俗称的“红头文件”。^[16]不容回避的事实是，实践中这些效力原本显然低于法律、行政法规、部门规章的文本却对行政管理发挥的作用力很巨大、影响力极深远。实际效力往往比它上一位乃至好几个层级的法律规范都还要高，行政机关在执法过程中通常会习惯性选择“红头文件”作为其法律依据。^[17]

出于全面落实规范性文件司法审核机制的目的，国务院办公厅于2018年12月20日专门印发《关于全面推行行政规范性文件合法性审核机制的指导意见》，对确保行政规范性文件的合法有效作出了一系列明确的工作部署。该指导意见的出台有着重大的历史背景和阶段性目标。从党的十八届四中全会通过的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》到中共中央、国务院印发的《法治政府建设实施纲要（2015—2020年）》，均对完善规范性文件合法性审核机制，

[14] 参见《中华人民共和国广播电视法（征求意见稿）》第32条，https://www.nrta.gov.cn/art/2021/3/16/art_158_55406.html，最后访问日期：2024年11月15日。

[15] 李琦：《法的确定性及其相对性——从人类生活的基本事实出发》，《法学研究》2002年第5期。

[16] 黄学贤：《行政规范性文件的体系化治理理论》，《山东科技大学学报（社会科学版）》2022年第6期。

[17] 程琥：《新〈行政诉讼法〉中规范性文件附带审查制度研究》，《法律适用》2015年第7期。

落实与施行相关制度提出了任务要求。^[18] 由此观之,对相继出现的旨在封杀劣迹艺人的规范性文件,对它们的检视首当其冲该是合法性审查,至于行政法中追求的适当性原则、必要性原则和相称性原则等评价都还是次要选项。^[19]

对于何谓“合法性”,这本是一个充满争论和变数的应然性命题。就学说而言,大致有三种看法。一是指合乎现有的法律规定;二是除了符合立法规则,还要合乎法律原则;三是除了符合前面两项要求外,还需要更进一步地遵循一定的价值准则。^[20] 从细致斟酌的概念辨析来讲,一项制度被证成具有合法性,它必然兼具正当性,但反过来,则不能简单地推导。正当性即实质合法性,指行为或状态的存在应兼具某种较高的道德或伦理标准;相较而言,合法性的要求便稍低一些,只求外在形式符合法定要件即可,此一概念通常应在狭义上使用,可视为正当性的一种变体,正当性与合法性的对立统一是现代法律制度的重要特征。有观点指出,尽管在现代社会正当性通常表现为合法性,但合法性与正当性概念不可混淆,更不可互相代替。^[21]

在把握规范性文件合法性的内涵与外延上,虽然在不同学者(派)间仍存有较大分歧^[22],但对于行政行为形式要合法性这点的基础性共识是全体得接受的。要判断规范性文件合法与否的初步标准,主要考察制定过程中的主体、权限、程序、表现是否符合既定的上位法规定。

就制定规范性文件的资质、管理全国范围内广播电视播放的权能,《国务院行政机构设置和编制管理条例》《广播电视管理条例》《互联网视听节目服务管理规定》《电视剧内容管理规定》等法规规章明确了广电总局的法律地位并为其设定有关权责。例如《广播电视管理条例》第43条授予广电部门基于特殊情况下,可以作出停播、更换或者指定转播特定节目的决定。又如,《电视剧内容管理规定》第27条规定“已经取得电视剧发行许可证的电视剧,国务院广播影视行政部门根据公共利益的需要,可以作出责令修改、停止播出或者不得发行、评奖的决定”。因此,像针对北京世纪某伴文化传媒有限公司和演员郑某严重违反电视剧制作成本配置比例要求,在申请发行许可时提供虚假材料等违规行为,广电总局下令各级广电播出机构和网络视听平台不得播出涉案电视剧和由郑某参与制作的其他节目,同时要求禁止邀请郑某参与录制节目。对于广电总局的这一决定,按照前述分析实际上便是事出有因、理出有据,系一个依法有效的行政处罚。^[23]

[18] 国务院办公厅:《关于全面推行行政规范性文件合法性审核机制的指导意见》, https://www.gov.cn/zhengce/content/2018-12/20/content_5350427.htm, 最后访问日期:2024年11月15日。

[19] 依据学界通说,行政法的比例原则可细分为适当性、必要性与均衡性(或“相称性”)三项子原则,分别针对行政行为之目的、手段与收益进行正当性与合理性评价。参见于晓虹,马超:《为何行政诉讼中比例原则适用与理论预期不一致》,《山东大学学报(哲学社会科学版)》2022年第4期;刘权:《行政判决中比例原则的适用》,《中国法学》2019年第3期。

[20] 沈岷:《公法变迁与合法性》,法律出版社2010年版,第6-7页。

[21] 刘杨:《正当性与合法性概念辨析》,《法制与社会发展》2008年第3期。

[22] 有观点如胡建淼教授认为合法性应当从主体、权限、事实、法律和程序要件等五个方面来判断行政行为是否合法;也有学说如杨建顺教授主张将行政行为合法要件分为内容、主体、程序、形式和时间五个种类。但也有学者如何海波质疑这种“五分法”缺乏理论的一致性和逻辑上的连贯性,容易导致学理上的尴尬和司法上的混乱。参见胡建淼:《行政法学》,法律出版社2010年版,第170-172页;杨建顺:《行政规制与权利保障》,中国人民大学出版社2007年版,第322-330页;何海波:《行政行为的合法要件——建议行政行为司法审查根据的重构》,《中国法学》2009年第4期。

[23] 国家广电总局:《严肃处理违法违规演艺人员和相关机构》, https://www.nrta.gov.cn/art/2021/8/27/art_114_57701.html, 最后访问日期:2024年11月15日。

目前，学界对封杀禁令的批评主要集中在对2014年《通知》的发文主体是广电总局办公厅这一问题上。根据《国家新闻出版广电总局主要职责内设机构和人员编制规定》，国家新闻出版广电总局为国务院直属机构，在内设机构中，“办公厅”负责文电、会务、应急值班、机要、档案、督查等机关正常运转工作，承担政务公开、新闻发布、安全保密、信访、建议提案办理和机关财务等工作，指导机关后勤服务管理和政务信息化工作。这也就意味着，办公厅的下文对象应该是行政机关内部，仅对内部彰显指导意义和约束效力。但正是该份通知通过列举的方式要求所有发文对象——各省、自治区、直辖市新闻出版广电局，新疆生产建设兵团新闻出版广电局、总局机关各司局、中央三台、中国电影集团公司、中国电影股份有限公司、电影频道和中国教育电视台一概不能邀请“劣迹艺人”录制节目或炒作其新闻，也不得传播这些人参与的各类节目。质言之，有损该规范性文件合法性的两大阻却点是：其一发文主体不具备对内容进行审查，指导、调控广播电视节目内容和业务的职责；其二传达对象即便是内部机构，但它调整的范围已然波及外部行政相对人（如各级的广播电视播出机构、有线电视网络公司、网络视听节目服务机构、电影电视对外交流单位和影视公司、演职人员等）的合法权益，这相当于形成了对外的“行政决定”，公权力主体必须予以考量慎夺。^[24]

如果以这套基准再来看2020年《关于加强网络秀场直播和电商直播管理的通知》，它的发文单位是国家广播电视总局，下发对象为各省、自治区、直辖市广播电视局，新疆生产建设兵团文化体育广电和旅游局，规范的行为也是总局网络视听节目管理司基于职责要求下级对应部门加强对网络秀场直播平台、电商直播平台的管理。而2022年《关于加强网络视听节目平台游戏直播管理的通知》，从效力上看它仅是部门工作文件，也就是以内部公函的方式用于事项联络、工作部署、任务下达和政策落实的文件，不具有规范性效力。严格意义上讲，它尚不属于规范性文件，尽管此类通知的制定与下发意涵丰富，往往代表了一种部门监管的态度、行业调整的信号以及事态变化的走势。但公众如何理解与它在法律意义上究竟是什么，以及它后续可能引发的“涟漪”，这些都该将其置于不同维度予以评估。《行政处罚法》第16条规定：“除法律、法规、规章外，其他规范性文件不得设定行政处罚。”而现行针对劣迹艺人有所置评和建议采取惩戒措施的规范性文件中，并没有任何条文显示它们已经设定过六种法定行政处罚种类的任何一种。

四、规范性文件如何“规范”？

上文已就“封杀令”从治理对象的定义不清、概念模糊到惩戒行为作出的上位法依据、正当性程序展开了批判性的论述。对于目前主要依靠规范性文件引导和治理国内文娱市场的基本面、一个较长时期内格局不变的现实性，本文认为如何让规范性文件进入合法性审查程序，且经得起司法监督，进而使之“规范”，是接下来要阐述的重点。

自2014年《行政诉讼法》颁行后，法院为正确审理行政案件可对行政规范性文件一并审查。

[24] 章剑生：《现代行政法基本理论》，法律出版社2014年版，第262页。

此举对长期以来“规范性文件治国”“一些执法人员甚至‘只知有文件、不知有法律’”的现象不失为一种校正与纠偏的方案。但实证研究揭示，法院对规范性文件的审查只是“附带”的。在实务中，许多法官在处理类似案件时极力避免深入审查规范性文件，甚至对明显存在瑕疵的规范性文件也通常给予认可。由于相关法规表述不够明晰、有可操作性，对《行政诉讼法》的修订几乎未改变法院对规范性文件审查持消极态度的原有局面。^[25]

然而，纵使法院依法切实地将规范性文件等抽象行政行为纳入司法审查的范围，但制度设计上也只是有限审查、适度审查，而无法做到全面审查和实质审查。大量的、种类繁多的规范性文件仍然需要行政机关自身“建立健全程序完备、权责一致、相互衔接、运行高效的合法性审核机制”。为贯彻国务院办公厅《关于全面推行行政规范性文件合法性审核机制的指导意见》，广电总局于2019年12月31日审议通过，并于2020年3月1日起施行《国家广播电视总局行政规范性文件管理规定》（以下简称《规定》）。该《规定》对出自广电总局自身的政令如何加强规范性、确保合法性、注重科学性、体现合理性等罗列了一系列详细的可行方案。

例如该《规定》第2条第三款载明“总局各部门不得以本部门名义发布规范性文件”，第5条明确规定“总局各部门按照法定职能和意识形态工作责任分工，负责相应规范性文件起草等工作；不能确定起草部门的，由总局领导指定”。按照这两个条款的规定，实际上对2014年“封杀令”发布主体系广电总局办公厅的这一情况作出了否定性的评判结论。同时《规定》第7条第二款以“列举式+兜底”的体例重申了规范性文件不得任意违反上位法的规定、随意限制或剥夺公民、法人和其他组织的合法权益或者增加其义务。最后一项“兜底性条款”表明了规范性文件亦不得“插手”、干预那些“应由市场调节、企业和社会自律、公民自我管理的事项”。毫无疑问，广电总局在特殊情况及公共利益的需要下，为净化播出环境、营造良好的行业氛围，可以对广播电视、网络视听节目的传播施以指导、限禁等监管手段，此一事务当然地落在广电总局的法定职能内，并无丝毫僭越之处。

另一方面，演职人员要严守法纪、尊重公德、加强自律，这既是合法公民的义务，也是公众人物的修为，并且，在专门立法上也增设了这一规定。如2017年3月1日施行的《电影产业促进法》第9条第二款。虽然该法的制定主旨仅是“为了促进电影产业健康繁荣发展”和“规范电影市场秩序”，但其中，在要求影视从业人员具备遵守法律和道德的底线意识之余，更为其确立了“坚持德艺双馨”的方向标准。这实质上已为中宣部下设的电影局、国家广播电视总局、文化和旅游部等对国内影视娱乐文化传播负有监管职责的公职部门在治理演艺圈乱象和惩戒劣迹艺人的问题上，提供了某种法据参考和规范指引。当前《广播电视法》仍在广泛征求意见并努力加快制定，在此期间，针对劣迹艺人的惩处势必仍得依靠规范性文件来获得权力源。于是，有两个关键问题是规范制定者们亟待解决以回应外界关切的。这两个问题是“劣迹艺人”怎样界定和他们的复出程序当如何落地。

首先，关于隶属“劣迹艺人”范畴的主体对象，其主要面向人群是“演艺人员”，后者根据中国演出行业协会于2021年2月5日发布的《办法》第2条规定，该群体是指在国内从事音乐、戏剧、舞蹈、曲艺、杂技等文艺演出活动的表演者。另外，诸如演员、编剧、导演、制片、主

[25] 何海波：《论法院对规范性文件的附带审查》，《中国法学》2021年第3期。

持人等影视从业者和网络达人主播也是受管制和约束的群体。

其次，对于“劣迹”的认定要明晰和精确。为避免规制范围的肆意扩张反而矫枉过正，又或防范自由裁量中过多掺杂人为的主观性、随意性，建议将“劣迹”界定为严重违背职业伦理、违反社会公德和公序良俗而造成恶劣影响的，或具有重大违法事实或从事犯罪的行为。对此，不妨以列举的方式，如将吸毒、嫖娼、偷逃税款等行为具体化、类型化。

另外对于《办法》提到的劣迹艺人复出程序，可以参照并细化有关流程。该《办法》第18条设定了相关的议事流程——受到联合抵制的演艺人员如果需要申请恢复继续从事演出活动的，其本人或所在的经纪公司、隶属单位应当在惩戒期满前3个月内向协会内一个叫“道德建设委员会”的内设机构提出书面申请。经道德建设委员会综合评议后，给予是否同意复出的审定意见。如果结论是符合复出条件的，由协会向各会员单位和原本遭联合抵制的演艺人员个人通报，宣布取消联合抵制措施，并引导和监督其本人积极参与专题培训、道德教育、社会公益等活动，以帮助其改善公众形象。由于前述规则仅适用于中国演出行业协会的会员，非会员的以及尚未成为会员的个人和机构，如影视剧演员、影视制作公司、电视台、视频网站和其他仍未加入演出行业协会的演出场所经营单位、文艺表演团队、演出经纪机构或网络表演经营单位等自然不受《办法》的约束。有鉴于此，不妨将类似具有“道德建设委员会”功能的机构置于中宣部，统一审议、评定、复核，且同步做到程序的公开、结果的公示。

五、结语

艺人因吸毒、嫖娼、偷逃税款、家暴、出轨等情形乃至更为严重的刑事违法行为受到法律制裁，在法律义务和责任的承担上等同于任何一个普通公民；但考虑到演艺人员或公众人物头顶光环、拥有的社会影响力，会产生榜样作用和示范效应，对于青少年和年轻一代来说尤为如此。当然，这不是说社会可以凭此无限度的提高对他们的道德要求，而是说我们需要学会觉察和理解人性的复杂与多面，也因而懂得适度“宽容演艺人员在光鲜亮丽的舞台形象之后，同样会有软弱、虚荣甚至是幽暗的一面。这是人之为人的弱点，公众人物也不能幸免”。^[26]这个时候，我们实则倾向于相信每一个心智成熟、思维理性的个体会有判断能力，劣迹艺人在接受过法律惩处后可以允许其回归社会或有条件地继续回到舞台，而他们的复出以及在事发前他们参与演出、创作的节目并不必然会对公众造成情感伤害或精神污染。所以对于那种一旦有了污点，从此彻底无名的粗暴、“一刀切”的做法并不可取。

本文认为，处罚劣迹艺人应区分其具体行为，对于违背道德、有悖伦理、行政违法、刑事犯罪的，要按照不同情形、不同程度加以划定“劣迹”的等级层次，再对涉事艺人给予相匹配的惩戒措施。对于限制或禁止行业准入的，要有公平、公正、公开的听证程序和申诉机制，赋予当事人充分答辩、救济的权利。同时可借鉴域外治理的模式和经验，充分发挥行业协会的主观能动性和尊重市场

[26] 赵宏：《劣迹艺人封杀与行业禁入》，<https://opinion.caixin.com/2021-11-14/101804791.html>，最后访问日期：2024年11月15日。

自由选择的规律，尤其要克制制裁手段“过激”与“过度”，一味地封禁劣迹艺人，甚至牵连其之前付出艰辛汗水所参与的作品正常播映。而面对眼下更多依赖规范性文件，动辄对劣迹艺人实施从业不能，剥夺其从事某种行为的资格与能力的“惩罚”，需要从更高阶、更周全和更具可行性的制定法来获得依据和指引，这方是长久之计。

(收稿日期：2024-7-30 录用日期：2024-12-15)

Legitimacy Review and Normative Construction of the "Ban Order" on Tainted Stars

Abstract: In China, the punitive measure of universally "banning" artists who have committed moral or legal violations has become a normalized and long-term mechanism for regulating the domestic entertainment industry. However, there is considerable debate and disagreement in both academic and industry circles regarding the legitimacy and effectiveness of this measure. The main points of contention focus on the lack of a clear definition for the concept of "problematic artists," the absence of a precise definition, and the insufficient logical coherence and completeness of the system at the legal level. Tainted stars should be assessed based on their specific actions and circumstances, with different levels established to apply corresponding punitive measures. When restricting or prohibiting problematic artists from entering the industry, regulatory bodies should ensure fair and transparent hearing procedures and appeal mechanisms, granting the parties involved adequate rights to defense and redress. At the same time, it is important to draw on international governance models and experiences, leverage the proactive role of industry associations, and respect the principles of market freedom of choice. Particularly when formulating sanctions, it is essential to avoid extreme and excessive measures, and not to indiscriminately ban problematic artists, nor should their previous hard work and contributions be affected by the normal broadcasting of their works.

Keywords: Tainted Stars; Ban; Normative Documents; Legality Review
