

# 刍议中国国家考试法的现实缺位与立法对策

——以全国硕士研究生入学考试为中心展开

刘成杰, 马 庆

(北京科技大学, 北京 100083)

**摘 要:**自 1978 年国家恢复研究生教育制度以来, 全国硕士研究生入学考试在选拔高层次人才和分配高等教育资源方面发挥着举足轻重的作用。至 2013 年全国硕士研究生入学考试报考考生已达 180 万人, 面对目前该国家级考试的组织、实施等各个环节存在诸多问题, 散见于现行法律法规中相关规定已经无法进行有效规范, 中国亟需制定一部系统性规范国家考试的“法律位阶”较高的国家考试法。

**关键词:**国家考试法; 现实缺位; 立法建议

**中图分类号:** D 922.16

**文献标志码:** A

**文章编号:** 1008-7192(2013)03-0021-06

## On the Absence of Reality in China's Examination Act and the Legislative Counterplan

——A case study around China's National Postgraduates Entrance Examination

LIU Cheng-jie<sup>1</sup>, MA Qing<sup>2</sup>

(The University of Science and Technology Beijing, Beijing 100083, China)

**Abstract:** Since the recovery of the national postgraduate education system in 1978, China's National Postgraduates Entrance Examination has been playing a significant role in selecting high-level talents and allocating higher education resources. By 2013, the number of the registered examinees for the National Postgraduates Entrance Examination has reached 1.8 million. With the regard of the problems in the organization and implementation of the national examinations and the fact that the existing relevant provisions fail to regulate the examinations effectively, the paper argues that it is urgent for law-makers in China to establish a higher legal-level examination act to systematically standardize the national examinations.

**Key words:** Examination Act; the absence of reality; legislative strategy

考试,最初是作为一种教育评价和国家选拔人才的需要而产生的,是国家人才选拔机制的重要组成部分<sup>[1]</sup>。改革开放以来,随着国家工作重

心转移到社会主义现代化建设上来,社会经济对人才的需求急剧增长,作为人才选拔方式的考试也越来越受到社会的关注。于此同时,考试的功

收稿日期:2013-04-02

作者简介:刘成杰(1979-),男,河南柘城人,北京科技大学助理研究员,法学博士,研究方向为比较民商法学、教育法学。

能也逐渐增加,其不仅是发挥教育评价和人才选拔的作用,更为重要的是,中国的考试往往还对教育资源的分配发挥着举足轻重的作用。尤其在高等教育资源领域,基于其竞争性的特征,决定了国家必须秉着公正公平的原则设置和组织类似全国硕士研究生入学考试(下称“全国硕士入学考试”)的国家级考试,但我国目前国情下高等教育资源的稀缺性,也导致考试过程会必然存在着各种违规、违法现象。

面对考生人数以百万计、考试功能如此重要的现实情况,作为世界闻名考试大国的中国,却尚未制定出一部用以规范和调整国家考试的“法律”位阶的规范性文件。本文通过考察全国硕士入学考试相关法律规定的缺陷与不足,在系统分析“法律缺位”的现实情况下该国家级考试存在的诸多问题,并基于此,提出关于国家考试法的立法应坚持的原则与理念等建议。

## 一、全国硕士入学考试相关法律规定及其缺陷

全国硕士入学考试是指教育主管部门与招生单位为选拔硕士学位研究生而组织的相关考试。该考试由国家考试主管部门组织的统一考试(初试)和招生单位组织的复试组成,通过考试录取的考生,经培养合格在毕业时可以获得研究生学历和硕士学位。自1978年国家恢复研究生制度以来,全国硕士入学考试的招生规模以及报名人数逐年剧增,至2005年报考人数已超过百万。

### 1. 规范全国硕士入学考试的现行法律规定

作为中国高层次人才选拔的国家级考试,一方面不断为社会经济建设选拔高层次人才,另一方面也相对公平有效地分配着高等教育资源尤其是优质资源。作为规范全国硕士入学考试的规定,现行法律法规主要是从以下几方面对全国硕士入学考试进行规范。

第一,法律层面。法律指我国全国人民代表大会及其常委会依照立法程序制定的规范性文件;目前,中国调整全国硕士入学考试的法律主

要指《国家教育法》。该法仅第20条、第77条以及第79条对国家教育考试的组织部门、对招生工作中的舞弊以及考试中作弊进行处理作了原则性规定。

第二,规章层面。规章一般是指国务院所属部委根据法律和国务院行政法规、决定、命令,在本部门的权限内所发布的各种行政性的规范性文件。目前,规范中国国家考试规范性文件,主要指以教育部为中心的国务院各部门各自制定规章。据统计,中国的全国统一考试200多种,分别由国务院的40多个部门负责组织实施<sup>[2]</sup>。全国硕士入学考试作为国家教育考试的一种,主要是由教育部统筹管理;各省、自治区直辖市高等学校招生委员会负责组织、各招生单位具体施行。目前,涉及全国硕士入学考试的部门规章主要包括教育部制定的《国家教育考试违规处理办法》和中共中央宣传部、教育部、公安部和国家保密局联合颁布的《国家教育考试考务安全保密工作规定》。

第三,法规层面(主要为地方性法规)。地方性法规,指由地方各级人民代表大会根据本地的具体情况和实际需要依法制定的在本行政区域内有效的规范性文件。例如,2007年9月1日起实施的《重庆市国家教育考试条例》。该条例以地方性法规的形式首次规定了国家考试的范围、国家考试法的基本原则,同时从报名应试、命题制卷、考试实施、试卷评判各个环节分别规定了工作程序及各个法律主体的权利与义务,还统一规定了各法律主体的安全保密义务及违反该条例所承担的法律后果。

第四,其他行政规范性文件,主要是指由行政机关在职权范围内依法制定的对某一领域范围内具有普遍约束力的文件、通知等。如教育部等七部委发布的《关于全面加强教育考试环境综合整治工作的通知》、教育部办公厅发布的《关于加强研究生招生单位自命题试题管理工作的通知》、教育部每年度发布的《全国硕士学位研究生招生工作管理规定》以及各省、自治区、直辖市教委及相关考试机构每个招生年度发布的各种工作通知等。

## 2. 规范全国硕士入学考试的现行规范体系存在的缺陷及不足

根据前述综述可以发现,全国硕士研究生考试法律规范体系由法律、部门规章、行政法规及其他行政规范性文件所构成的,涵盖了管理机构设置及职责、报名、命题制卷、考试实施、评卷等各个环节。但是现行规范体系明显存在以下不足及缺陷。

第一,规范体系庞杂、散乱。现行规定中,缺乏规范教育考试的专门法律,全国硕士研究生考试法律规范体系,虽然也由法律、部门规章、行政法规及其他行政规范性文件所构成,但规定相对散乱,严格意义上并未形成一套清晰的法律规范体系。

第二,作为“法律位阶”的现行《教育法》的规定过于原则化、抽象化,显然不能全方位地有效调控硕士研究生入学考试。《教育法》第20条笼统的规定了中国实行国家教育考试制度,并赋予国务院教育行政部门考试设定权,但是由于该法并没有对国家教育考试法进行定义,因此也导致相关部门在实践中缺乏固定的标准来界定何种考试属于国家教育考试。该法第77条和第79条规定了在国家教育考试中出现违规、违法行为应当承担相应的法律责任,但是并未明确规定违规、违法行为的构成要件以及不同行为所应当承担的相应法律责任,因此在实践中不具备可操作性。

第三,部门规章层面的规定,因其法律位阶低,调整对象具有一定的局限性,如《国家教育考试违规处理办法》仅是针对硕士研究生入学考试中出现的违法行为进行了全面的规范;《国家教育考试考务安全保密工作规定》仅是详细规定了试卷印刷、运送、保管和评卷等环节的安全保密工作要求以及相关考务人员的职责及义务。调整对象都相对单一,导致其法律威慑力及权威性不足。

第四,地方性法规,因其具有一定的地域局限性,在缺乏上位法的规范下,容易出现各地法律适用标准不同的现象。如《重庆市国家教育考试条例》虽然是国家考试法立法上的一个重要突

破,甚至对国家考试法立法也有一定借鉴作用,但是目前效力只适用于重庆地区,其他地方仅能借鉴适用,容易导致“同罪不同罚”的现象。

第五,其他行政类规范性文件,作为抽象行政行为的一种虽然具有普遍性、强制性、但是并不属于法律范畴。法律效力及权威性更为不足,显然亦不能承担有效调整和规范国家考试的使命。

因此,在我国硕士研究生入学考试中,教育主管部门大量的“通知”等“非法律层面”的行政类文件发挥了重要的作用,通过大量的行政类文件,教育行政主管部门从考试的各个环节进行了详细的规定,一定程度上保障了考试公平公正、维护了考生的合法权益,并保证了正常的考试秩序。但由于其只是抽象行政行为的一种,并不属于法律范畴。针对中国考试,尤其类似研究生入学考试如此重要的国家级考试,显然存在欠缺严肃性、规范性的缺点;而且,“通知”等行政类文件,由于在起草和制定程序上客观存在的缺乏严密性的问题,也存在其内容是否“科学”的问题;更重要的是,一旦考试组织及实施环节中出现重大问题或事故,此类文件显然无法担负“法律依据”的功能。

## 二、国家考试法缺位情况下全国硕士入学考试考试存在的问题探析

全国硕士入学考试作为选拔高层次研究型人才和应用型人才的重要形式,其优质高等教育资源的分配所起到的重要作用,更为突出。国家提出大力推进依法治校方针之后,该考试必然成为高校推进和落实依法治校工作的重要环节之一<sup>[3]</sup>。但是,在实际招生考试过程中,由于现行法律规范体系客观存在的上述缺陷及不足,在国家考试法现实缺位的情况下,全国硕士入学考试各个环节存在诸多问题。

第一,报名环节。首先,教育部关于报名工作的管理规定对报考考生的学历条件进行了详细的规定,但是由于法律效力低,往往不能引起考生重视。每年的考试报名过程中有大批的学

历不符合要求的考生报考,给报名现场确认和录取工作带来很大不便。此外,由于没有上位法的约束,教育行政主管部门的“通知”类行政性文件,在实际执行中存在一定的随意性,甚至出现“通知”类相关工作规定未能产生实际约束力的情形。如2013年硕士研究生入学考试现场确认期间,北京地区部分报考点和考生之间关于补交报名费产生的纠纷凸显了这个问题(引注《北京近百考研学生错过缴费 多校拒绝现场补缴》,载《新京报》2013年1月11日)。在舆论等各方压力下,虽然最终经教育主管部门的协调,上百考生重新获得考试资格,但该事件也引起了各方的关注,使人们再次认识到国家尽快出台一部系统规范国家级考试之“国家法律”的必要性。

第二,命题制卷环节。值得肯定的是目前教育部的规章和其他规范性文件对命题制卷环节中的各个参与主体的保密义务进行了详细的规定,基本涵盖了命题、试题印刷、试题运输、试题保存等各个环节。但是,仍然存在必须规范的问题,如命题出现错误或其他严重问题的情况下,如何处理、如何保证考生权利,保证进行补救等。例如,2013年全国硕士研究生考试中某著名高校部分专业的自命题出现简答题与论述题题目重复的现象,引起轩然大波。由于国家并无法律明确规定此类情况如何处理、如何补救,招生单位最终只能自我把握尺度,承诺“在复试过程中加强对考生专业知识的考核”来进行补救和对考生进行安抚。但是,值得深思的是,对于如此重要的国家级考试出现如此重大的事故的情况,国家级考试的严肃性、规范性显然会受到质疑。因此,一部对命题环节进行专门规范的国家考试法,显得尤为必要。

第三,考试实施环节。目前,《国家教育考试违规处理办法》规定了考试过程中出现的违规行为的类型、处理程序、法律责任以及权利救济的方式;教育部及各省级考试组织机构的行政规范性文件具体规定了初试、复试的组织实施程序等内容。但是,近年来考试的具体组织过程中,较为明显地出现了国家考试法的现实缺位所带来的一些问题:第一,应考人的权利没有明确的法

律层面的规定,缺乏应有的法律保障。考生有安静、有序地参加考试的权利,但如果考场内其他人员因病或其他原因影响考场安静环境,是否侵犯该考场内考生的权利?如果有人蓄意破坏考场秩序,除了破坏行为实施人受处罚外,受影响的考生该是否以及如何获得补偿?<sup>[4]</sup>并无法律明确予以规定;第二,随着近年来考试作弊行为的高科技化,为维护正常考试秩序,考试机构及招生单位根据教育主管部门的通知,通常会采取一些必要措施,如对正在作弊的团伙驻地进行搜查、对作弊当事人搜身、收缴作弊工具等<sup>[5]</sup>。其实,此类涉及他人人身及财产权利的行为,只有公权力机关才有权实施。担心产生法律纠纷的考试组织单位及招生单位,通常会比较谨慎地处理考试中发现的作弊。如2013年硕士入学考试中北京地区的考点启用了无线耳机探测仪、金属探测仪等防作弊工具,应当说,这一举措一定程度上有利于考务工作人员发现作弊行为,维护考场秩序及保证考试的公平。但是,在1月5日和6日的考试过程中,考务工作人员在运用该手段查处作弊行为时遇到了令人尴尬的法律困境。无线耳机往往体积很小,作弊者往往将其完全装在耳洞里、并将接收器穿在衣服里。由于并无法律授权考务工作人员可以对考生进行搜身,因此,即使通过无线耳机探测仪锁定了疑似作弊对象,也通常会耽于产生法律纠纷而谨慎处理,致使部分作弊者仍然敢于冒险的实施作弊行为。根据现行法律规定,只有获得法定授权的单位或个人才可以实施搜身或限制他人人身自由。但是,众所周知,作弊行为具有较强的时效性,考试作弊行为一经发现如不立即制止并没收相关作弊工具,或限制作弊考生的人身自由,考生一旦停止了作弊行为,则无法再予以处理。因此,国家考试法的现实缺位,已经影响到了考试的正常组织与实施,甚至一定程度上影响到了考场秩序的有效维护和考试的公平性。

### 三、对国家考试法立法应持理念、原则及其要点的建议

基于前述对全国硕士入学考试现行相关法

律规定及其缺陷的分析,尤其是通过对国家考试法缺位情况下,该考试实施过程中存在的种种法律问题的探析,可以发现,作为考试大国的中国,为了保证考试的公平性、严肃性及规范性,中国亟需制定一部系统性规范国家考试的“法律位阶”较高的国家考试法。尤其在2012年12月《全面推进依法治校实施纲要》公布以后,国家考试法的制定更是面临着前所未有的必要性和紧迫性。

作为一部规范中国国家考试的基本法,其关系到营造公平公正的人才选拔环境,促使考试走向规范化、法治化与科学化。对于国家考试法立法,笔者对于其立法理念、基本原则及立法要点有以下建议。

### 1. 秉持的立法理念

国家考试法的宗旨,是营造和公平的竞争环境、维护良好考试秩序,毋庸置疑。但是,笔者认为,在此宗旨基础上,其本原意义上所具有的教育评价与教育引导功能,尤其“育人”的目的及价值诉求亦不可偏废。尤其对于尚处于求学阶段的在校生,不宜采用开除等剥夺其继续接收教育的惩戒方式。由于我国大学入学制度,尚未形成西方国家普遍存在的自由申请入学制度和自由转学的制度,对在校生处以开除,等同于剥夺了其继续接收教育的权利,这不仅悖于情理,也涉嫌违反宪法四十六条关于公民享有受教育权的规定以及有悖我国将“教育”确立为基本国策的理念与精神。

### 2. 坚持的基本原则

坚持营造和维护公平、公开和公正的考试环境与考试秩序,显然是考试制度的终极要求及核心价值。关于国家考试法应坚持的基本原则,笔者认为,应当包括:①合法原则,指国家考试的种类及设置法定化、考试机构和职权法定化、考生权利与义务法定化、考务工作人员权利与义务法定化、考试组织实施程序法定化以及违法行为所承担的责任法定化;②公开原则,指除试题等依法必须保密的事项以外,考试过程中的所有程序性事项、考生成绩、排名等事项应全部向社会公开;③公平、公正原则,该原则要求考试机构及考

务工作人员,在考务工作开展过程中平等对待每位考生、坚持中立性,不徇私情,做到同等情况同等对待、不同情况区别对待,并通过多种手段保证考试过程的公平性和考试结果的准确性。

### 3. 详细规定的要点

第一,明确国家考试法的调整范围。目前,我国尚未就何谓“国家考试”做出明确的界定;有观点认为,由国家有关机关或者经国家批准的社会组织面向社会公开举行的、具有公共性和公益性的全国统一考试都属于国家考试法的调整范围,即包括两类:第一类是为选拔人才而举办的各种选拔性考试,如全国硕士入学考试;第二类是为证明具有某种能力和水平而举办的各种资格认定考试,如国家司法考试<sup>[6]</sup>。也有学者认为,国家考试法的范围仅应当包括国家教育部组织的全国统一考试<sup>[7]</sup>。其实,两者的区别主要在于考试组织的机构不同,后者的范围具有一定局限性,笔者赞同前者的观点,即国家考试法主要用来调整国家有关机关或者经法律授权的社会组织举行的国家考试。

第二,以国家考试基本工作程序及环节为依托,针对考试程序的各个环节制定考试规范。关于这一点,笔者认为,《重庆市国家教育考试条例》的立法经验,在法律框架为国家考试法立法提供了可供借鉴的范例。《重庆市国家教育考试条例》除了规定总则及附则外,主要是从国家考试的各个环节着手进行规范,如报名应考、命题制卷、考试实施、试题评判等,与此同时规定了上述各个环节涉及的安全保密工作及触犯该条例应当承担的法律责任。

第三,构建完善法律责任体系。国家考试法的根本宗旨,是营造公平的竞争环境、维护良好考试秩序。中国的现实实践及国外的经验均证实,为达到此目的,以惩戒为中心构建一套科学严谨的责任体系,是必须的也是必要的。中国现行的散见于不同法律法规中的规定,关于考试的惩戒措施及责任体系尚不够科学,尚未能对考试违法者和有违法意图者起到有效的警醒作用,同时也未起到法律规范应该起到的对人们行为的“规范与引导作用”。目前,国外已存在集民事责

任、行政责任及刑事责任于一体的立法例,规定如在高考等国家教育考试中作弊,不仅会被取消录取资格,同时剥夺其10年的高考权,并处约10万元人民币的罚款,甚至可能面临1至5年的监禁<sup>[8]</sup>。但是,笔者认为,此种处罚虽会取得较好的防止作弊或违规的效果,但过于苛刻。结合中国的国情,笔者认为仍应坚持“惩戒”与“教育”相结合的理念构建法律责任体系;如对于未达到承担刑事责任程度的进行作弊的在校生,由于不宜处以开除等剥夺其受教育权的处罚方式,但可以构建一套侧重于“不诚信备案”等道德谴责、纪律处分以及新创设经济惩罚措施的责任体系。完善教育部已经构建的关于作弊等“不诚信公示”的全国联网系统,将作弊备案记录的保存长期化,以起到对其本人的惩戒、教育作用,并达到警醒他人的作用;同时,借鉴国外立法经验,创设经济惩罚措施,使未达到刑事处罚的作弊者及违法者,除受到长久的道德谴责外还须承担一定的经济负担。

综上所述,笔者认为,为达到营造和维护公

平、公开和公正的考试环境与考试秩序之目的,国家考试法立法中,无论对考试作弊者还是对参与各类国家考试的考务工作者,均应在设计出科学、严谨的适用条件及适用程序基础上,构建出一套集“不诚信公示”、民事责任、行政责任及刑事责任于一体的立体式法律责任体系。

## 四、结 语

国家法律位阶考试法的制定,是教育行政管理单位落实国家《全面推进依法治校实施纲要》的重要一环,更是教育单位严格贯彻纲要精神、切实保障有法可依,保证考试制度及选拔机制公平公正,并推进依法治校等法治工作的重要方面。宏观而言,制定国家考试法,是完善我国考试法律制度体系的先决条件,是保障各类国家考试公平公正的必然要求。微观而言,制定国家考试法,是全面调整、预防及解决各种考试问题的制度保障、必要手段和有效途径。

## 参 考 文 献

- [1] 张晓. 国家考试立法浅议[J]. 湖北招生考试, 2008(6): 10-13.
- [2] 李化德, 李亦成. 国家考试的现实反思与立法对策[J]. 中国考试, 2007(7): 7.
- [3] 中国教育部. 国家中长期教育改革和规划纲要(2010—2020年)[S]. 北京: 中华人民共和国教育部, 2010.
- [4] 应朝帅. 现行招生考试管理办法的法律空白与完善[J]. 中国考试, 2006(5): 15-19.
- [5] 李化德, 李亦成. 我国考试法治的历史解析与现实思考[J]. 中国考试, 2008(12): 32-40.
- [6] 李化德. 论国家考试立法[J]. 现代法学, 2008, 130(5): 29-37.
- [7] 王玫. 我国考试立法的现状与思考[J]. 成都航空职业技术学院学报, 2008, 24(1): 57-59.
- [8] 包小龙. 伊朗百万学生迎高考[N]. 环球时报, 2007-06-29(4).