



国家出版基金项目

高考制度变革与实践研究

刘海峰

主编



法律问题研究

覃红霞 著



浙江出版联合集团
浙江教育出版社

本书为2016 年度教育部人文社会科学重点研究基地重大项目
“高考制度改革研究”（16JJD880029）之成果



法律问题研究

覃红霞 著



浙江教育出版社
· 杭州

图书在版编目(CIP)数据

高考法律问题研究 / 覃红霞著. — 杭州: 浙江教育出版社, 2017.12

(高考制度变革与实践研究)

ISBN 978-7-5536-6769-0

I. ①高… II. ①覃… III. ①高考—教育改革—研究—中国 IV. ①G632.474

中国版本图书馆CIP数据核字(2017)第321701号

责任编辑 王凤珠 郑 瑜

责任校对 戴正泉 吴颖华

美术编辑 韩 波

责任印务 陈 沁

高考制度变革与实践研究

GAOKAO ZHIDU BIANGE YU SHIJIAN YANJIU

高考法律问题研究

GAOKAO FALÜ WENTI YANJIU

覃红霞 著

出版发行 浙江教育出版社

(杭州市天目山路40号 邮编: 310013)

图文制作 杭州林智广告有限公司

印刷装订 杭州富春印务有限公司

开 本 710mm×1000mm 1/16

印 张 14.25

插 页 2

字 数 218000

版 次 2017年12月第1版

印 次 2017年12月第1次印刷

标准书号 ISBN 978-7-5536-6769-0

定 价 35.00元

联系电话 0571-85170300-80928

网 址 www.zjeph.com

总 序

FOREWORD

高考是中国教育改革的关键环节，而整个考试招生制度又是以高考制度为核心的。2014年8月29日，中共中央政治局会议审议通过了《关于深化考试招生制度改革的实施意见》。会议指出，考试招生制度是国家基本教育制度，是人才培养的枢纽环节，关系到国家发展大计，关系每一个家庭的切身利益，关系亿万青少年的前途命运。改革开放以来，我国教育考试招生制度不断改进，为学生成长、国家选才、社会公平作出了重要贡献。这是对以高考为核心的考试招生制度的重要而精练的评价。

2014年9月4日，国务院发布《国务院关于深化考试招生制度改革的实施意见》，进一步指出：考试招生制度“对提高教育质量、提升国民素质、促进社会纵向流动、服务国家现代化建设发挥了不可替代的重要作用。这一制度总体上符合国情，权威性、公平性社会认可”。这份纲领性文件充分肯定了考试招生制度的功能与作用，强调了改革开放以来考试招生制度改革取得的成就，是一个实事求是的基本判断。确实，以往高考在科学选拔人才、保证高校生源的质量，促进学生努力向学、提高民族文化水平，维护教育公平、稳定社会秩序，促进社会流动、保持社会活力等方面，一直起着重要的作用。改革开放近40年来，我国基础教育水平的提高、经济的腾飞、社会的发展，都与高考的恢复和改革密不可分。经过高考选拔的人才在接受高等教育后成为国家各行各业的骨干力量和栋梁之材，推动了中国经济的飞速发展，高考制度的积极意义应该充分予以肯定。

同时，该实施意见也指出了目前考试招生制度存在的弊端：“主要是唯分数论影响学生全面发展，一考定终身使学生学习负担过重，区域、城乡入学机会存在差距，中小学择校现象较为突出，加分造假、违规招生现象时有发生。”高考制度

也确实存在很多局限性，因为竞争性的统一考试会诱发应试的顽症，如造成学生学习时间长、体育锻炼少、一定程度的偏科、只重分数不重平时表现，等等。虽然各种教育文件中都明文规定全面考核学生的德、智、体、美，择优录取，但在实际操作中，基本上是以“智”即高考分数来衡量学生的。尤其是平行志愿录取模式，更是将分数的重要性推向极致。在某些人口大省，高考分数集中的分数段，提升一分就可能超越千人，因此学生更是竭尽全力地追求分数。

为了克服应试造成的弊端，必须对高考制度进行变革。作为人们共同遵守的办事规程或行动准则，制度一旦形成，便具有一定的稳定性和刚性的约束力。高考制度的利弊都很显著，要对长久以来形成并得到多数民众拥护的高考制度进行变革，具有很大的难度，任何微小的变动都会引起全社会的关注。如何使高考制度与国家人才培养和社会人才需求有机结合起来，使之高效地服务于新时期国家社会经济的发展，是一个全局性问题。因此，必须在长远规划和全面研究的基础上，积极稳妥地推进高考制度变革。

2017年是进行高考综合改革试点的上海、浙江的“3+3”科目改革完成一轮进入录取阶段的年份，也是总结成效和经验、准备推广实施的重要年份，而且是纪念恢复高考40周年的特别年份。高考改革各方面都在推进，出现了许多新气象、新挑战、新问题，亟须进行全面、系统的研究。应高考制度变革的时代与社会需要，我们组织编写了这套“高考制度变革与实践研究”丛书。

本丛书已列入2017年国家出版基金项目。丛书突出高考改革进入新阶段之后的考试招生制度的变化，直面出现的新气象、新挑战、新问题，力图对高考制度变革理论、国外高校招考制度、高考改革热点与难点问题、异地高考政策与随迁子女社会融入、高考录取制度改革、试点省市高考改革、高考改革形势下的基础教育变革、高考法律问题等方面进行系统的研究，为高考制度变革提供理论依据和政策建议，具有特别明显的现实意义和历史意义。

刘海峰

2017年4月12日

绪论 高考法律问题综论 / 1

第一章 高考与考试权

第一节 作为国家教育考试的高考 / 17

第二节 高考考试权的法律阐释 / 24

第二章 高考与招生权

第一节 招生权与高校招生权 / 35

第二节 高校招生自主权的法律阐释 / 42

第三章 高考与受教育权

第一节 高考与受教育权 / 59

第二节 高考领域受教育权的法律阐释 / 66

第四章 考试管理中的法律问题研究

第一节 考试管理机构的法律地位 / 75

第二节 考试信息公开与考生查阅高考试卷权 / 84

第三节 户籍改革、迁徙自由与考试平等权 / 95

第四节 高考加分问题研究 / 115

第⑤章 高校招生中的法律问题研究

第一节 高考领域中的高校与学生法律关系问题研究 / 135

第二节 高考中的少数民族招生法律问题研究 / 146

第三节 高考中的性别平等问题研究 / 161

第四节 高考中的残疾人平等问题研究 / 177

结语 新高考改革的法律思考 / 187

参考文献 / 205

后记 / 218

绪 论

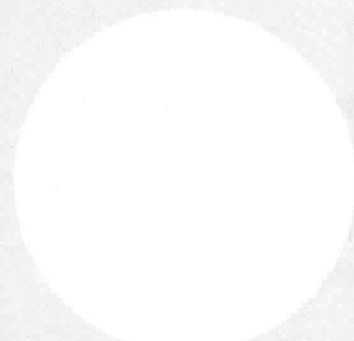
高考法律问题综论

高考法律
问题研究

高考法律
问题研究

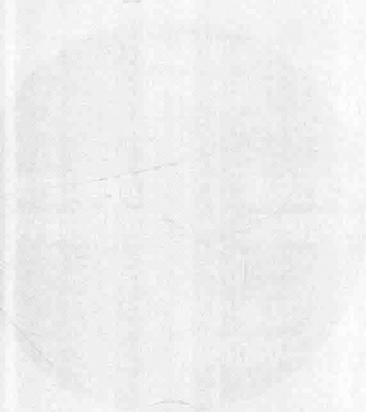
高考法律
问题研究

高考法律
问题研究



新 華

新 華 同 學 去 港 高



普通高等学校招生全国统一考试,简称高考,是我国国家教育考试制度的重要组成部分,包括报名、考试、录取等诸多环节,是一个彼此紧密联系、相互制约、相辅相成的有机整体。

高考涉及考生权利的实现,也涉及教育行政部门管理权与高校招生自主权的行使与实现。在高考中,各种利益相互交织在一起,代表不同利益的群体相互博弈,在某种程度上促进了高校招生考试制度的不断发展与完善,但同时也增加了改革的复杂性和难度。从实践层面来看,普通高校招生考试领域出现了很多矛盾与问题:考试舞弊行为屡屡出现,行贿受贿、冒名顶替等违法行为时有发生,“高考移民”现象多次被曝光。

普通高校招生考试制度该如何发展?如何加强招生考试管理,以维护招生考试制度的公平与公正?如何在保障招生考试管理部门以及高校合法行使权力的同时,保护考生的合法权益?这些问题的研究不仅具有一定的理论价值,也具有一定的实践意义。

一、高校招生考试法治的内涵与意义

“依法治招”“依法治考”“法治招考”等词来源于“依法治国”“依法行政”“法治国家”。法治是我国普通高校招生考试实践的现实要求。高校招生考试作为分配高等教育资源的重要手段,向来都是利益冲突的焦点,尤其在优质高等教育资源有限的情况下,高考已经成为高中毕业生面临的第一次强制性的“社会(脑体)大分工”。^①在这场众人瞩目的竞争中,如何防止人情关系和权力的渗透,维护考生和高校的合法权益,维持招考过程中的公平与

^①郑若玲.试析高考的指挥棒作用[J].厦门大学学报(哲学社会科学版),2002(2):9.

公正,是对招生考试制度建设最根本的要求。

对依法治招、依法治考,人们往往简单地理解为“依法治招”“依法治考”。实际上,“依法”和“以法”是两个既有联系又有区别的概念。相同之处在于都重视法律在招考过程中的作用与意义,不同之处在于两者对行政管理者与法律之间的关系有不同的处理。依法治招、依法治考往往意味着法律仅仅是治理招生考试的一种手段,在法之上还有以法律为手段的管理者的权威,法律成为管理的手段和工具,而管理者本身却似乎无须受法律的约束。依法治招、依法治考并不排除政府与教育行政部门以法律作为治理招生考试的重要手段,但在管理者与法律的关系问题上,强调的是法律的主导地位,强调法律是一种超越任何当事人的普遍化规则。这意味着政府与相关教育行政部门固然可以作为治理者向社会发号施令,要求考生与院校服从自己的支配,但必须以一种普遍化的平等守法义务为前提。因此,法治并不仅仅针对考生群体,对高校、各级招办及其工作人员、教育行政部门以及其他社会成员而言,都需共同承担普遍化的平等守法义务,合法享有法律所规定的权利。这样,在“法律面前人人平等”的原则下,管理者及其权力也被纳入法治的范畴。

法律的运行往往是各方利益进行斗争、妥协的结果,高校招生考试法治本身就是一个利益选择、协调与平衡的过程。这个平衡的关键就是维护社会公共利益,反映社会公共意志,它要求法治主体摆脱狭隘的地方主义、部门利益与个人私利,主动对各种利益进行协调与平衡,处理好改革、发展与稳定,公平、效率与秩序,权力、权利与利益等的相互关系。普通高校招生考试法治所追求的社会公共利益在于追求社会公平和社会正义,维护招生考试的公平与秩序。因此,它反对作为公权力的招生权、考试管理权等权力异化为私权力,反对权力滥用与腐败,反对群体舞弊与个人舞弊行为对招考秩序的破坏,要求每个参与者在平等竞争的规则下,实现个人的受教育权与社会选才的目的。

普通高校招生考试法治要求各主体在民主和文明的基础上,实现充分理解与相互尊重,在寻求利益一致的目标上,通过听证会、程序公开、信息公开、参与监督等方式,沟通与吸收各方的意见与建议,明确各成员的权利与

义务、权力与责任。

二、法治招考的基本内容

强调法治招考，其目的与意义在于通过对考生及其家庭、管理部门、高校以及社会之间利益关系的调整，实现高校招生考试的和谐发展。因此，高校招生考试法治的基本内容离不开各主体以及社会的参与。

首先，各级行政机关，包括各级人民政府及教育管理部门和招生考试管理部门，也包括各级权力机关、审判机关和检察机关，及新闻媒体和社会大众，在法治进程中都扮演着重要的角色，只是不同的主体在不同层面，通过不同的途径和方式实现对普通高校招生考试的监督与管理而已。

其次，根据《中华人民共和国高等教育法》以及相关普通高校招生考试的条例规定，普通高等学校享有招生自主权。高校依法颁布本校招生简章，并按照相关法律以及招生简章的规定，实现自主招生与录取，并对招生过程与结果负责。

再次，从传统的观点来看，考生属于被管理的对象，只能服从相关部门的管理与命令，似乎不属于治理的主体。但随着公众权利意识的觉醒，考生及其家庭维护自身合法权益的需求日益上升，要求增强招生考试的透明度、增加公众的知情权与参与权成为招生考试领域的新气象。同时，他们也成为监督高校与相关管理部门合法使用权力、惩治腐败、维护招生考试正义与秩序的生力军。实践证明，考生不仅是整个招生考试过程中的参与者，也是招生考试进程的监督者。考生的法律意识，特别是权利意识、维权意识是普通高校招生考试法治进程中不可或缺的内在驱动力。只有考生真正意识到自身的权利，并积极主动地去寻找合理的途径实现对公平正义的诉求，才能真正实现对权力的监督与制约。

最后，对招生考试管理部门而言，思想的转变也是法治的应有之义。政府及教育行政部门应逐渐从管理者向服务者转变，这不仅仅是名称上的变化，更是精神上的再造。服务意味着传统的、单纯的以层级制的权力体系和规章制度约束为显著特点的管理不是管理的全部，而要在民主和法制的制度框架内进行管理，管理要更多地强调社会公共利益。对于招生考试，要强

调满足考生与社会大众的信息需求、发展需求与合法利益,保障考生与高校具有相应的知情权、选择权与参与权。服务还意味着管理公开、信息公开,管理机构不是管理行为的权威与主宰,必须正视考生、高校、社会在招考过程中的主体地位。因此,招考管理的基点不应仅由管理者确定,仅仅反映管理者的要求和意图,而应充分吸纳招生考试过程中最重要的参与者及利益相关者——高校、考生及其家长的建议。同时,服务还意味着积极地管理。我们强调服务,并不是否认管理、否认权力,也不是单纯的限制权力,我们既应关注权力不能做什么,从而避免权力的恶;更应关注权力能够做什么,从而致力于发挥权力的善。从本质上而言,积极地管理意味着在法律的职责范围内积极地、主动地提供公共服务。

与服务相一致的是各主体间的合作与参与。各主体全方位、多层次的合作,构成了尊重与平等对话的基础。管理机关与考生、高校、社会之间的合作通过提供服务实现,而考生、高校、社会与管理机关的合作则表现为参与、配合与监督。管理机关、高校、考生与社会之间的合作,源于法治的根本目的,即维护社会公共利益,维护招生考试的公平与秩序;源于社会公共利益一致基础上的各种利益的平衡。

合作不仅是考生与管理者、管理机构的合作,还包括考生与高校,高校与管理机构,高校与各级招办、社会之间的普遍的合作。合作不是单纯的配合、服从管理部门的工作,不仅仅是考生在诚信的基础上参与招生考试,高校在遵守法律的前提下履行招生自主权。更为重要的,是各主体合法地享有参与与监督的权利,防止权力对考生合法受教育权的伤害;监督权力积极履行相应的职责,使权力更好地为社会和考生、高校服务,维护整个招考过程的秩序与和谐;以主体的身份对招生考试流程提出合理的意见与建议。参与是合作的本质内容,只有积极地参与,才能保证人民的意愿能不断传递给领导者。^①只有在合作、参与的基础上,考生的受教育权、高校的招生自主权以及社会公共利益才能真正成为管理的关注点,而不是被边缘化的管理对象。各级招办也不再是单纯的管理机构,而是在积极介入招生考试过程的前

^①阿尔孟德.比较政治学[M].曹沛霖,译.上海:上海译文出版社,1987:183.

提下,成为考生与高校之间的中介、沟通者与协调者。各级招办不仅是考生利益的代言人,也是高校利益的表达者,为满足双方的共同利益和社会公共利益搭起合作与沟通的桥梁。

因此,从根本上说,普通高校招生考试法治秩序的建立是政府、管理者、考生以及社会共同合作促成的道路选择,其所倡导的服务与合作观念及模式的转变,意味着社会公共利益与个人利益的一致,意味着各主体间的尊重、信任与支持。

三、法治招考的基本问题:权力监督与权利保障

如果不能充分实行法治,权力便可能会对个人权利构成威胁。在涉及招生考试的诉讼案件中,高校、管理部门及其权力拥有者侵犯考生合法权利的案件居多。招生权力的腐败实际上是招生权力主体人为地混淆公权力与私权力的界限,公权力被私权化,为谋取私利而行使权力,这必将侵犯考生的权利。正因为如此,加强对权力的限制和监督一直是法学界等社会各界关注的一个焦点。在招生考试领域,要遏制招生腐败、考试腐败,维护社会公众的合法权益,维护招生考试公平与公正,必须加强对权力的制约。不仅需要通过立法使这一基本原则得到落实,也需要媒体、社会公众的监督,更需要国家运用权力的力量来保护权利。因此,加强对权力的监督并不意味着对权力运行的粗暴干涉,而是在保证权力正常运行的同时,防止权力的异化。

权利保障与权力监督是一个问题的两个方面。控权是法治的基本精神,它使得权力成为合法的权力,而合法的权力源于权利,权利乃权力之本,权力服务于权利,权力应以权利为界限。^①在高考领域,权利保障,意味着公众,尤其是考生及家长应享有法律规定的知情权、参与权,能够了解与自己利益相关的信息,并参与到相关法规、规则的制定与管理中来;意味着法律应该赋予高校、管理部门及考生权利(权力)与义务(职责),使之成为各自行为的依据;意味着当权力突破界限侵犯到考生的合法权益时,必须提供相应的救济方式,使权利受损者获得相应的补偿。

^①张文显.法哲学范畴研究[M].北京:中国政法大学出版社,2001:396.

（一）高校招生自主权是当前招生改革的重点与热点问题之一

根据《中华人民共和国高等教育法》的规定，高等学校拥有一定的办学自主权，其中包括招生自主权，即高等学校有权根据社会需求、办学条件和国家核定的办学规模，制定招生方案，决定招生的具体数量，确定招生范围和来源，自主调节系、科招生比例等。从权力性质来看，招生权无疑首先是一种权力，而且属于公权力的范畴，它是高校以及相关机构根据法律的规定对考生能否进入高等教育阶段学习的决策权力，是对高等教育这一社会稀缺资源进行分配的权力。在资源有限的情况下，这一权力的存在必然导致部分学生被淘汰，这对考生、家庭乃至整个社会都具有重要的影响。从招生的权力来源看，招生权是由法律授予的，为保障高校选拔合格新生、维护社会公平的一种权力，其权力来源于国家教育权。可以说，招生权本质上源于社会与公众的委托和授予，是保证国家和社会公共利益的公权力^①，并突出地表现为维持招生考试领域的公平、公正与正义，保障考生的受教育机会均等，并保证符合条件的人实现受教育权。落实高校招生自主权无疑是当前招生考试改革的重点与热点问题之一。虽然进一步扩大高校招生自主权已经成为高校招生考试改革的突破口，但在实践中，高校招生领域出现的权力异化、权力腐败等问题，引起了社会对高校招生自主权的质疑。

招生权的内在特质要求对招生权的规制必然是刚性而具体的。公共权力人虽然是代表公意的公权的行使者，但他首先是一个活生生的自然人。人都有自身的欲望和趋利避害的本能，这是人作为生物体的一种天性，也是一种自然而真实的存在。对招生领域的利益问题采取忽视与回避的态度，必然导致对公共利益私人化的可能性缺乏刚性的制约，缺乏监督与节制的权力可能会使得招生权的拥有者在录取中扮演“经济人”的角色，谋取不当私利。权力的滥用不仅降低了社会对招生考试制度的信任度，损害了弱势群体的合法权益，破坏了社会公平，也使高校难以获得社会的信任，使高校的法律地位和招生自主权难以真正实现。因此，高校在行使招生自主权时必须坚持法治的原则，有必要制定相关的程序与制度，依法选拔招生人员，切实保证招生人员通过法定的程序、标准和途径选拔合适的人才；有必要对高校的招生简

^① 《中华人民共和国教育法》第八条规定：“教育活动必须符合国家和社会的公共利益。”

章进行严格的法律审视,并坚持在招生过程中,按照简章所规定的程序进行。与此同时,还要加强信息公开,加强社会监督。“阳光是最好的防腐剂”。有关高考的信息应在媒体上提前、定期、周期性公开,让每一个利益相关者都能查询到有关信息,以接受公众的广泛监督。

(二) 防止高考舞弊、维护高校招生的公平公正是社会关心的重要议题

舞弊是对高考公平精神的最大挑战。其中,群体舞弊事件是高考中最为严重和恶劣的舞弊行为,它不仅会导致招生考试的不公,而且会助长个人舞弊的发生。大量事实表明,高考中群体舞弊与个人舞弊往往是交织在一起的。群体舞弊的存在与蔓延客观上刺激了个人舞弊行为的发生,群体舞弊的存在增加了遏制个人舞弊的难度。从媒体曝光的高考舞弊事件来看,当前的高考舞弊有以下几个突出特点:①发生地点大多为远离省会城市与中心城市的较为偏远的县市;②利用高科技手段进行舞弊的问题比较突出;③监考人员、学校或者相关领导直接介入其中的群体舞弊事件比较多;④涉案人员比较多,通常是有组织、有计划、有预谋的舞弊事件;⑤目的与动机比较复杂,有的是为谋取暴利,有的是受熟人等请托,有的则是为了提高学校的升学率,各种利益交织在一起。从当前的防舞弊措施来看,主要有两条:一是要求学生签署考试诚信承诺书;二是加强相关的反舞弊硬件建设,包括电子监控、无线电干扰、金属物品检测等。这里要指出的是,诚信承诺书只能从道德上约束学生的行为,并对部分个人舞弊行为有一定的威慑作用,但对于大规模的群体舞弊事件作用较小;而硬件建设往往集中在省会城市与中心城市,偏远县市配备还不够。

防止舞弊一直是高考工作的重中之重,教育部先后颁布了一系列的法律法规,对高考中的舞弊行为进行规制。2015年,《中华人民共和国刑法修正案(九)》明确规定国家考试舞弊入刑:①在法律规定的国家考试中,组织作弊的,处三年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处罚金;情节严重的,处三年以上七年以下有期徒刑,并处罚金。②为他人实施前款犯罪提供作弊器材或者其他帮助的,依照前款的规定处罚。③为实施考试作弊行为,向他人非法出售或者提供第一款规定的考试的试题、答案的,依照第一款的规定处罚。④代替他人或者让他人代替自己参加第一款规定的考试的,处拘役或

者管制，并处或者单处罚金。但考试舞弊入刑，只是加强了对考试舞弊罪的法律建设，要实现违法必究、执法必严，还需要进一步的完善措施。

就高考管理，特别是县一级的高考管理而言，必须加强对考试管理者和组织者权力的制约以及对监考人员权力的监督与制约。为保证高考秩序、维护社会公平，各省级招办应选派专门的负责人对考场设置、监考人员选拔与委派等具体事宜进行监督，以实现对各县级招办考试管理权力的制约与监督，同时防止其他权力对考试的渗透。加强对考生权利意识的教育，加强新闻媒体对高考的监督也是遏制考试舞弊的有效办法。事实证明，只有考生真正明确了自己的权利，才能切实保护自己的合法权益，也才能有效监督权力。新闻媒体可以扮演重要的角色。媒体具有告知、启迪、监督三大社会职能。具体而言，媒体可以通过加强对相关信息的报道，启发考生维护自身权利，并通过对舞弊案件的揭露唤起公众对高考中的不公平、腐败、阴暗现象的警醒与正视，从而净化高考社会环境，维护高考机制的正常运行。虽然媒体也存在夸大事实、猎奇追新、追求轰动效应的一面，也曾因为某些新闻过度追求轰动效应而受到批评与质疑，但笔者认为，新闻的监督作用总体而言是有效的，其积极作用也值得肯定与发扬。

（三）考生在招生考试过程中的权利一直没有引起足够的重视

考生最关注、最基本的权利无疑是受教育权。对受教育权进行有效的权利保障是实现教育法治的核心。一般认为，广义的权利保障事实上包含权利的事前保障和权利救济两个方面的问题。事前保障主要体现为立法机关的立法保障和行政主体的执法保障。权利救济包括诉讼渠道（即司法救济渠道）和非诉讼渠道（主要是申诉制度）。司法救济是权利救济中最有效、最常用的救济途径。从教育法律及相关的招生考试法规的具体规定来看，招生考试领域的受教育权具有可诉性。但在招生考试领域，受教育权的司法救济才刚刚开展起来。为了更好地解决学生受教育权与高校招生权之间的冲突，部分省市的招生考试管理机构内部已经开始酝酿相应的改革，以便更好地维护考生的合法权益，保障考生受教育权的实现。随着招生考试管理机构职能的转变、法律地位的变化以及高校招生自主权的实现，建立学生群体以及家长群体与高校之间沟通与交流的渠道，有助于解