



高校招生 考试法治研究

高考改革研究丛书

刘海峰 主编

覃红霞 著



华中师范大学出版社



本书获教育部哲学社会科学研究重大课题攻关项目
“高校招生考试制度改革的理论与实践研究”（03JZD0038）资助

高校招生 考试法治研究

高考改革研究丛书

刘海峰
主编

覃红霞
著



华中师范大学出版社

新出图证(鄂)字 10 号

图书在版编目(CIP)数据

高校招生考试法治研究/覃红霞著. —武汉:华中师范大学出版社, 2007. 10
(高考改革研究丛书/刘海峰主编)

ISBN 978-7-5622-3642-9

I. 高… II. 覃… III. 高等学校—入学考试—教育法令规程—研究—中国
IV. D922. 164

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 144013 号

高校招生考试法治研究

© 覃红霞 著

责任编辑:高东军

责任校对:刘 峥

封面设计:甘 英

编辑室:文字编辑室

电话:027-67863220

出版发行:华中师范大学出版社

社址:湖北省武汉市珞喻路 152 号

电话:027-67867076(发行部) 027-67861321(邮购)

传真:027-67863291

网址:<http://www.ccnapress.com>

电子信箱:hscbs@public.wh.hb.cn

经销:新华书店湖北发行所

印刷:湖北恒泰印务有限公司

督印:章光琼

字数:255 千字

开本:787mm×1092mm 1/16

印张:15.5

版次:2007 年 10 月第 1 版

印次:2007 年 10 月第 1 次印刷

印数:1-3000

定价:31.00 元

总 序

1977 年恢复高考，标志着—个时代的结束和另一个时代的开始，其划时代的重要性不亚于 1949 年以后的许多历史事件。恢复高考 30 年来，高考在促进中学生努力学习，提高民族文化水平和维护社会稳定与公平等方面起了巨大的作用。高考的公平竞争，为高等学校选拔了千百万合格的人才，他们中的很多人已成为各行各业的骨干力量。我国二十多年来的经济腾飞，与高考制度的恢复和不断改革密不可分。

高考是一项具有鲜明中国特色的基本的教育考试制度。作为中学与大学之间的桥梁，高考不仅对中学的教育和教学，大学的新生选拔具有调节与指挥作用，而且承载着整合教育系统，维系社会稳定的重任；它上关国家安定和民族前途，下系青年学生的个人命运和千家万户的喜乐哀怒，因而历来是中国教育界乃至全社会关注的一个焦点。尤其是当这种大规模选拔性考试在长期实行及利弊得失都充分显露出来以后，更是受到学生、家长、教师和社会舆论的广泛关注。

然而，当今人们对于高考这么—项影响重大、万众瞩目的重要制度的看法见仁见智，总体而言是“三多三少”，即新闻报道多，理论研究相对较少；一般议论多，深入分析相对较少；零星探讨多，系统研究相对较少。由于高考是一个极为复杂的大规模选拔性考试，是一个“横看成岭侧成峰，远近高低各不同”的制度，站在某—种特定的立场去评说，从某—特定的角度去观察，可能所见都是事实，所言也都有一定道理，但也可能会出现盲人摸象、各说各话的情况。因此，在评价高考时，重要的是应全面和客观，而要理性地、全面地评价高考，提出切实可行的改进意见，就应该对高考作深入的研究。

对我国高考的理论研究，以往与许多国家—样，多偏重于考试技术方面的研究，也就是考试的科学性问题的研究。但在中国这样一个历来高度重视考试的国度里，类似于高考这样的大规模竞争性考试所出现的问题，不仅仅是考试的技术性问题，而更多的是考试的社会学问题。因此，国际教育评价协会每年年会多注重考试的科学性问题的研究，但 1996 年 9 月，国际教育评价学会在北京举办的第 22 届年会选定的主题却是“大规模考试的作用及相关问题研究”。世界各国的大规模教育考试都有强大的评价和筛选功能，也各有其重要的作用和影响，

不过在中国表现得尤为突出。

我国是考试制度的发源地，它不仅是一个考试古国，而且是一个考试大国。其他西方国家的大学招考只是一种测量手段，只是引起小范围的关注，只是部分人关心的话题。然而，受传统和现实的制约，中国人却将高考变成了文化，变成了经济，变成了政治，变成了盛大的仪式，变成了一种各方面关注的社会活动，变成了一种惯例式的全民动员。在有五千年悠久文化传统和千余年科举考试历史的中国，在幅员辽阔、人口众多、各地和城乡文化教育水平差异很大的中国，在民众高度重视甚至是过度重视教育的中国，高考既有与世界各国的选拔考试相同的规律，也存在不少独有的现象和问题。

高考改革是一个谁都说得上两句的话题，同时实际上又是一个专业性很强的问题。要谈谈自己关于高考改革的观点，发表一两篇文章不难，而要深入阐述自己的观点，发表不重复的系列论文却很难。目前还很少有专门的高考改革研究专著，更没有成系列的高考改革研究丛书。为了将高考研究推向深入，并为现实高考提供决策参考和理论支撑，在深入研究的基础上，我们特组织编写了这套“高考改革研究丛书”。

作为中国高考研究的重镇——厦门大学教育研究院（高等教育发展研究中心），尤其是以院为依托的厦门大学考试研究中心，长期以来将高考改革作为重点研究方向之一，推出了一系列研究成果，这些研究成果为全国和部分省市的高考改革提供了重要的理论支持。在我历年指导的众多博士论文中，以高考研究为选题的占大多数。要想真正为高考改革提供参考，我们的研究应建立在对招生考试历史与现实充分了解的基础之上。为了使博士论文的写作不至于陷入空谈，我总是要求博士生多了解高考实际。近年来，每位以高考为选题的博士生都要到天津市教育招生考试院实习，在每年的七八月间参加该院的录取入围工作，真正深入到招生考试第一线，多与考试管理工作接触交流，才不会太书生气，所写论文才能脚踏实地。每个人的研究各有专攻，但希望都能切中理论、联系实际，真正做到既有学术价值，也有现实意义。

本丛书是我任首席专家的教育部哲学社会科学重大课题攻关项目“高校招生考试制度改革的理论与实践研究”的成果，由我自己的著作和历年指导通过答辩的高考研究博士论文为基础构成。欣逢全国上下都在纪念高考恢复和议论高考改革问题，本丛书的出版算是为纪念高考制度恢复 30 周年献上的一份薄礼。

刘海峰

2007 年 8 月 6 日

目 录

引论	1
第一章 我国高校招生考试法制建设的历史演进	6
第一节 科举制度与科举法	7
第二节 清末高校招生考试法制建设历程	28
第三节 民国时期高校招生考试法制建设历程	31
第四节 新中国成立后普通高校招生考试法制建设历程	39
第二章 国外高校招生考试法治概况与启示	49
第一节 美国	49
第二节 英国	55
第三节 德国	59
第四节 日本	65
第五节 启示	70
第三章 法治：我国普通高校招生考试发展的目标	73
第一节 法治：普通高校招生考试发展的必然	73
第二节 普通高校招生考试法治的内涵	82
第三节 普通高校招生考试法治的基本原则	92
第四节 普通高校招生考试法律关系与法律责任	97
第四章 高等学校与招生自主权	111
第一节 普通高等学校的法律地位	111
第二节 在公法与私法之间：招生考试领域高校与学生的法律关系	123
第三节 作为一种公权力的招生自主权	131

第四节	高校招生权力的异化及其规制	138
第五章	招生考试管理机构与考试管理	146
第一节	省级招生考试管理机构的历史、职责与特点	146
第二节	省级招生考试管理机构的法律地位	152
第三节	法治视野下的高考舞弊治理	158
第六章	考生与受教育权	166
第一节	高校招生考试领域受教育权的内涵与性质	166
第二节	高校招生考试领域受教育权的法律保障	175
第三节	高校招生考试领域受教育权的法律救济	178
第四节	当前考生法律意识的现状调查与建议	192
结语	普通高等学校招生考试法的建立与相关问题研究	202
附录		222
主要参考文献		225
后记		243

引 论

普通高校招生考试制度是我国重大的基本教育制度之一，包括报名、考试、录取等诸多环节，是一个各环节彼此紧密联系、相互制约、相辅相成的有机整体。它不仅是中等教育和高等教育相互衔接的重要环节，而且关系到中等教育和高等教育的质量与发展，从而影响到整个国家的人力资源储备。综观这一基本制度的运行机制与流程，不仅牵涉考生权利（特别是受教育权）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。其中，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，同时也增加了改革的难度。从实践层面来看，普通高校招生考试领域出现了很多现实的矛盾与问题。“枪手”代考、利用先进的通信手段作弊、考生与监考人员串通一气等各种考试舞弊行为此起彼伏。招考领域涉嫌索贿受贿、冒名顶替等违法现象呈上升趋势；涉及招考的法律纠纷也时有发生。正因为如此，近20年来普通高校招生考试制度一直处于频繁的变动与改革中，但仍屡遭非议；废除高考的声音，从未停止。因为受教育权得不到有效保护的考生频频将相关教育行政部门告上法庭。普通高校招生考试该如何发展？如何加强招生考试管理，以维护招生考试的公平与公正？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？这些问题都是招生考试的实践者与研究者不能回避的问题。

随着党的十五大提出依法治国的方略，关于依法治国相关问题得到了热烈而深入的讨论与研究，法治的观念也随之深入人心，并迅速向社会各个领域推进，依法治教、依法治招、依法治考成为社会各界的普遍共识。一时间，法治似乎成了解决高校招生考试领域种种问题的法宝与关键要素。但是，如果我们分析各种法治观念背后的思想就会发现，在这一流行话语下的高校招生考试法治实践中，充斥着法律工具主义、法律绝对主义的思想与意识：希望通过法

律来加强管理,维护管理权威的有之;希望通过法律获得更多权力与利益的有之;希望通过建立新的招生考试法解决所有问题的简单思维也有之。在这种观念指导下的高校招生考试法制建设的期望、热情或者幻想,在历史与现实中已经遭遇了挫折。但研究者对这一问题却鲜有关注,习惯于从既定的前提出发,导出具体原则的分析与构建。在这一思维定式和研究范式的引导下,我们可以看到停留在纸上完美的概念体系与构架,以及由文字勾勒出的未来与理想,却找不到达到理想彼岸的桥梁。最终的结果就只能是理论研究与改革实践的脱节。正因为如此,从普通高校招生考试的历史与实践出发,分析法治与法制的联系与区别,正本清源,成为实现普通高校招生考试法治的重要基础,也是本书的基本前提与出发点。在此基础上,重新审视普通高校、招生考试管理机构以及考生之间的法律地位与法律关系,分析高校招生考试实践中出现的法律问题,寻求解决的方法,不仅具有一定的理论价值,也有一定的实践意义。当然,由于理论与实践经验的缺乏,本书在很多问题上还只能进行一些初步的、肤浅的分析和探讨,希望能够作为引玉之砖,引起普通高校招生考试研究者的重视与思考。

长期以来,普通高校招生考试研究一直关注的是作为制度形式的高校招生与考试,研究的重点也就放在了制度改革、内容改革、形式改革等一些重大问题上。毋庸置疑,这些研究取向对于当前普通高校招生考试改革具有重要的意义,因此在今后的招生考试研究领域仍将是研究的热点与重点。但不可否认的是,在考生及其家庭权利意识日益提高、考试作弊以及招生丑闻频频发生的今天,重视从法学与教育法学的视角分析这一系列现象背后的法律关系,并寻求合理的解决途径,也应成为当前招生考试研究的重要取向之一。

有鉴于此,近年来一些研究者已经开始涉足普通高校招生考试法制建设的相关问题,特别是随着依法治国方略的提出,依法治招、依法治考成为研究的热点问题。许多法学研究者与教育法学研究者,如北京大学的沈岢教授与湛中乐教授、武汉大学的周佑勇教授、北京师范大学的劳凯声教授等等,对普通高校招生考试法治研究也多有涉足,从理论上进一步拓宽了研究面,特别是法学研究者特有的研究视角与思维方式,为普通高校招生考试法治研究打开了新的思路。研究者围绕着高校招生录取权、自主招生、高等学校与考生之间的法律关系、考试过程中的权利保护与权力制约以及考试舞弊等问题进行了许多有益的探索,为普通高校招生考试法治研究打下了一定的基础。

值得指出的是,以往的研究还存在很多不完善的地方。首先,这些研究仍是比较零散与分割的,许多研究仅从招生或者考试的环节出发,着重讨论招生环节或考试环节的现实问题,缺乏系统性与整体性。事实上,招生与考试都是普通高校招生考试过程的组成部分,有一定的逻辑性与联系性。高校、招生考试管理机构以及考生都是高校招生考试系统的一部分,是紧密联系、相互影响的关系主体,将它们共同纳入法治的视野下,不仅有利于实现对普通高校招生考试法治研究的整体把握,也有利于增强对实践的指导意义。其次,已有研究对于一些重要概念缺乏深入而细致的分析。当“法治”、“依法治国”、“依法行政”、“依法治教”、“依法治招”、“依法治考”已经成为人们耳熟能详的词语时,研究者也习惯性地从这些既有的前提出发,缺乏深入的思考。再次,对于如何实现高校招生考试中对权力的制约和对权利的保护缺乏系统的研究。权力制约与权利保护是法治的精髓,也是国外招生考试法治的核心内容。在已有的研究中,虽然对这些观念有了一些基本的梳理,但针对普通高校招生考试实践中的具体问题仍缺乏系统的研究,对招生考试管理机构的法律地位以及如何实现对考生的权利救济的研究仍是一个空白。此外,因为资料的原因,国内研究者也很少对我国招生考试法制建设的历史以及国外招生考试法治概况进行专门的梳理。这也未尝不是当前研究的一个缺憾。以上这些也正是本书的重要切入点。

值得一提的是,自1995年陈海云诉外交学院,开启了首例考生诉高校的案件以来,几起重要的招生考试案件都受到了法学界、司法界、教育界乃至全社会的普遍关注。“青岛三考生状告教育部”事件以及由此引发的对于高考“移民”现象、高考录取分数线不统一的讨论,“北航招生腐败”事件以及由此引发的对招生权力如何规范等问题的讨论,促进了对普通高校招生考试法治的相关研究。对于“青岛三考生状告教育部”事件是否可以通过法律诉讼途径来解决,以及其应该属于宪法诉讼还是行政诉讼,不同的研究者持不同的态度。对这些问题的讨论,不仅丰富了普通高校招生考试法治研究的范围,也为本书的撰写奠定了一定的理论基础。

本书以文献法、比较法、调查法以及访谈法为基本研究方法,主要从法治的内涵出发,结合普通高校招生考试系统,探讨了高校、招生考试管理机构与考生之间的法律关系与法律问题。全书的分析框架主要遵循以下基本思路:

第一章是对我国普通高校招生考试法制建设的追溯，对科举时期、清末科举废除后至清朝覆灭时期、民国时期以及新中国成立后的高校招生考试法制建设进行了专门的梳理与评述，提出了“法制”与“法治”的区别；认为各个时期虽然都重视政策法规的作用，强调通过立法实现对招生考试的管理，但无论是从思维观念、法律信仰还是从法律的运行与实践来看，都与目前所提倡的法治有一段距离。

第二章是对国外高校招生考试法治的比较研究，以英国、美国、德国、日本四个国家的普通高校招生考试法治为参照，探寻高校招生考试法治的基本特征与规律。各国特有的国情决定了各国高校招生考试法治的特色，法治规律的普遍性决定了各国高校招生考试法治的深层次共性，这种共性与差异性的共存，也为我国招生考试法治实践提供了启示与借鉴。从根本上说，确立法律的权威，逐渐实现招生考试制度的法制化，依法治招、依法治考，在实现管理权力与维护权利之间达到平衡，注重招生考试的程序建设、重视对考生的法律救济，均是我国在实现招生考试法治过程中必须考虑的问题。

第三章是对我国高校招生考试发展的目标——法治的内涵与相关问题的研究。法治不仅是中国高校招生考试法制建设历史的必然，也是当前高校招生考试实践的现实要求。本章首先分析了法治成为我国普通高校招生考试发展历史必然的原因，其次分析了依法治招、依法治考的内涵与普通高校招生考试法治的基本原则，最后探讨了普通高校招生考试的法律关系与法律责任。

第四章是对高校与招生自主权的研究。本章具体分析了高校招生考试领域高校与考生的法律关系，并对招生自主权的性质以及高校招生过程中招生权力的异化与规制进行了探讨。

第五章是对我国招生考试管理机构与考试管理相关问题的研究。在介绍我国招生考试管理机构的历史、职责与特点的基础上，本章分析了省级招生考试管理机构的法律地位，并对当前的热点问题——防止高考舞弊提出了个人的见解。

第六章是对考生的研究。本章分析了受教育权的保护与救济问题，对高校招生考试领域常见的信访与司法救济进行了具体的探讨；结合对北京、上海、杭州、重庆以及厦门等城市与地区高三学生的调查，分析了当前我国考生的法律意识、权利意识的现状，并提出了具体的对策。

结语是关于建立普通高等学校招生考试法相关问题的研究。笔者从当前招

生考试法规体系中存在的问题出发,结合高校招生考试的实践需要,认为建立普通高等学校招生考试法是当前法制建设的重要任务之一,并具体提出了建立普通高等学校招生考试法的七个基本原则。需要指出的是,本书仅仅是从法治的理念出发,重点分析了高校、招生考试管理机构与考生在普通高校招生考试过程中比较突出的问题。可以说,试图全面解析整个高校招生考试领域的问题,还需要更为深入和缜密的研究。换言之,普通高校招生考试法治问题是一个庞大的研究领域,还有很多问题有待于进一步深入探讨。

第一章 我国高校招生考试法制建设的历史演进

高校招生考试的发展与法制建设关系密切。从历史上看,自科举制度产生之始,封建统治者即颁布了“废举者”法令、“坐州长”法令,以维护科举考试的正常运行。随着科举制度的发展,科举考试法也日益丰富与完善,对维护封建统治、保证人才的选拔起到了重要作用。科举废止后,近代意义上的高等学校与高等教育系统逐渐建立起来,清末颁布了专门的招考章程,民国时期也积极运用法律手段,加强对高校招生考试的管理。新中国成立以来,高校招生考试经历了恢复、反复与发展的历程,逐渐树立了加强高校招生考试法制建设的观念,建立了高校招生考试的法律体系,高校招生考试逐渐纳入法治的轨道。从招生考试法制建设的发展历史出发,总结其中的经验与教训,对于高校招生考试制度的发展以及高校招生考试法治的实现有着重要的意义。值得指出的是,法治必须以法制为前提,但法制并不必然导致法治的状态。从科举时代到“文革”前后,虽然各个时期都重视法律法规的作用,强调通过立法实现对招生考试的管理,但无论是从思想观念、法律信仰还是从法律的运行与实践来看,都与目前所提倡的法治有一段距离。

试图将高校招生考试法制建设追溯到科举时代,可能会引起一些人的疑问。首先,高校招生考试作为连接中等教育与高等教育的纽带,意味着必须存在层层递进的连贯的学校系统。其次,按照国外的观点,中国真正意义上的大学,是在近代才产生的^①。按照这种观点,我国普通高校招生考试的历程只能追溯

^① 许美德教授按照欧洲大学的模本,得出了“高等教育”一词内涵的核心,即“自主权和学术自由”,并指出,“对于中国或其他一些东方国家来说,‘大学’这个概念却有可能意味着完全不同的学术机构。在中国历史上,现代意义上的大学,是在19世纪末期,随着传统教育的衰落和现代新型高等教育的兴起,才逐渐出现的。大多数中国高教史研究者认为,中国第一所现代大学‘北洋公学’是在1895年才建立起来的”。参见许美德:《中国大学1895—1995:一个文化冲突的世纪》,教育科学出版社2000年版,第17页。

到中国真正意义上的大学——北洋公学的诞生。再次，按照大多数人的理解，科举是选拔官吏的考试，似乎与学校招生考试存在一定的差异，将科举考试作为学校招生考试的前身似乎多少有些牵强。科举的文官考试性质和教育考试性质都很明显^①；事实上，“科举不仅是一种教育考试，而且它是古代的高等教育考试”^②，特别是明清以来，“科举必由学校”，这时期的童试具有典型的学校选拔的特征。更为重要的是，科举考试对我国高校招生考试制度的形成具有重要影响，从考试形式以及作用影响等方面来看，高考与科举也确实具有许多相似之处。日本学者大塚丰认为：“不可否认，作为统一考试典型代表的科举考试，对建国初高校统一考试制度的建立，至少是一个远因。”^③同时，科举法也为后世提供了诸多可供借鉴的经验与范本。但在研究中，由于对科举制度的偏见与误解，探讨招生考试法治的研究者很少涉及科举法。因此，考察科举时代考试法的特点，分析其衰落的原因，对当前普通高校招生考试法制建设，尤其是考试环节的法制建设，有着重要的意义。

第一节 科举制度与科举法

任何制度的形成与完善都离不开相应的保障机制。科举制度的产生正是通过法的形式加以确立的，其发展也依赖于法的完善与保障。从现有的资料来看，研究者往往将科举法等同于防弊之法，如邓嗣禹的《中国考试制度史》，专章介绍了考试法规，其内容主要针对考试防弊之法而言^④；同样，曾绍东的硕士学位论文《法律与社会：晚清科举考试法规评析》，也将科举考试法的范围主要定位于《钦定科场条例》与《续增科场条例》等基本法规文献和文本^⑤。笔者认为，从广义的理解而言，科举法不仅包含在基本的法律文本中，也体现在特别

① 刘海峰：《科举考试的教育视角》，湖北教育出版社1996年版，第207页。

② 刘海峰：《论科举的高等教育考试性质》，载《高等教育研究》1994年第2期。

③ （日）大塚丰：《现代中国高等教育的形成》，黄福涛译，北京师范大学出版社1998年版，第266、356页。

④ 邓嗣禹：《中国考试制度史》，民国考选委员会1936年版。

⑤ 曾绍东：《法律与社会：晚清科举考试法规评析》，江西师范大学硕士学位论文2003年。

的法律形式中；其内容不仅仅是防弊之法，也包括了对科举制度方方面面的规定。科举制度本身就是法律加以确立并保障其运行的制度，科举法则是科举制度法制化的结果。

一、科举法的主要形式

科举时代的法与我们现在所理解的法有很大的区别。一个突出的特点就是，皇帝是最高的立法者，掌握立法权，皇帝的意志就是法律。也就是说，法律是以皇帝个人意志的形式表现出来的。中国古代的法以“律”为基本形式。律的编制虽然由大臣们具体完成，但批准权属于皇帝，最后以皇帝个人名义来颁布。除了律以外，君主往往根据需要，随时以特别法的形式颁布一大批地位低于律典而实际效力较高的法令。这些特别法在名称上虽迭有变更，但实质上则大略相同^①。不仅如此，皇帝的口头“谕旨”也具有法律效力，不可变更，所谓“金口玉言”也就是“金科玉律”。

总的来看，律虽然也有涉及科举的法条，但主要针对官员的违法行为而制定，《唐律疏议》卷九《贡举非其人》就是专门针对有关官员失职行为的惩罚规定^②，后又增设“应贡举而不贡举”的治罪条款。除了《唐律疏议》，在《唐六典》中，也设有科举的相关法条^③。“令”是唐朝常见的科举法形式。唐朝贞观年间颁布了“废举者”令，规定“凡贡举非其人者，废举者，校试不以实者，皆有罚”，确立了科举制度最一般的法律条款，并在随后的宋、元、明、清法律文本中固定下来。“坐州长”则明确宣布“举而不第者，坐其州长”。唐朝通过

① 郭建等：《中国法制史》，上海人民出版社 2000 年版，第 72 页。

② “贡举非其人”是治罪的原则，在《唐律疏议》中补充了疏解，“诸贡举非其人，及应贡举而不贡举者，一人徒一年，二人加一等，罪止徒三年。若考校、课试而不以实，及选官乖与举状，以故不称职者，减一等。承言不觉，又减一等。知而听行，与同罪”。区别了“德行”、“试业”两种具体情况，并分别治罪。举送状文有假律治罪，若考试不及格，则减轻二等论罪。如果被贡举的士子考取百分之六十则不论罪。

③ 《唐六典》是唐玄宗年间编撰的一部有关唐朝中央与地方官制的法规大全。此书虽然没有正式颁行，因为它本身是由现行令、式汇编而成，所以在唐代即被人们视为法典，与律令并行不悖。参见张晋藩：《中国法制史》，高等教育出版社 2003 年版，第 141 页。

这些法令有效地维护了科举的正常功能。

宋朝时期,除了《宋刑统·职制律》中的“贡举非其人”之外^①,还在编敕中出现了有关科举的单行法。“敕”是皇帝在特定的时间对特定的人或事临时发布的诏令,通常谓之散敕。散敕经过一定的编修程序整理、汇编、颁行之后即上升为具有普遍性法律效力的法律形式——编敕。随着编敕适用范围的不断扩大,其地位也越来越高,逐步由补充律之未备到律敕并行,进而取代律的常法地位^②。据考证,编敕中有《天圣礼部考试进士敕》、《至和贡举条制》、《熙宁贡举敕式》、《政和新修御试贡举敕令格式》、《绍兴重修贡举敕令格式》、《绍兴重修贡举敕令格式》等涉及科举考试的法律法规^③。遗憾的是大部分涉及科举的编敕今已遗失。此外,在宋真宗景德年间,朝廷还连续下令详定《考校进士程式》、《亲试进士程式》等^④。值得一提的是,宋朝在司法制度上,开始了皇帝亲自审问科举案的先例。宋太祖时期,太祖亲审李昉一案,因李昉录取的人中,有十人落选,李昉因此被降职为太常卿。这是皇帝亲自处理的第一个科场案,也是殿试制度成为常制的开始^⑤。

在元代,由于立法水平有限,君主的命令并没有形成独立、系统的法律形式,也始终没有制定出正式的法典,只是不时将勅旨条令杂采类编,作为各级政府处理事务的依据。《元典章》即《大元圣政国朝典章》,就是保存下来的各种条例和案例的汇编,其中《科举条制》、《科举程序目》附载于儒学之中。《大元通制条格》与《元典章》性质相似,也是元朝法令文书的汇编,其中卷五《学令》包括会试录取各省人数和考场规则、仁宗皇庆二年颁布的关防条目和考试程序等科举法条^⑥。其中皇庆二年(1313年)诏书基本奠定了元朝科举制度的原则和方法,对科举考试的时间、层级、报名者年龄、道德要求等多方面作出了详细规定,并专门拟定了惩罚措施。《皇庆诏书》颁发以后,中书省根据诏

① 《宋刑统》中记载:“诸贡举非其人,及应贡举而不贡举者,一人徒一年,二人加一等,罪止徒三年。若考校、课试而不以实,及选官乖于举状,以故不称职者,减一等。失者,各减三等,知而听行,与同罪。”

② 郭东旭:《宋代法制研究》,河北大学出版社2000年版,第35页。

③ 郭东旭:《宋代法制研究》,河北大学出版社2000年版,第72页。

④ 刘虹:《中国选士制度史》,湖南教育出版社1992年版,第226页。

⑤ 刘海峰等:《中国考试发展史》,华中师范大学出版社2002年版,第81页。

⑥ 郭成伟点校:《大元通制条格》,法律出版社2000年版,第72~81页。

书精神,对主考官的条件、规格、人数,试卷要求,弥封制度,誊录制度,回避制度,应举人的资格与健康条件等作出了具体规定。

明代除律外,大诰和榜文是以皇帝命令发布特别法的主要形式。科举法除《大明律·职官》中有《贡举非其人》的规定与具体注解外^①,明大诰也是颁布科举相关法令的重要形式,《明会典》中专门记载了科举考试的各项法规。此外,《皇明诏令》记载了《初设科举条格诏》。洪武十七年(1384年),明太祖命礼部颁布了《科举集成》,总结科举制度的经验,成为我国第一部最完整的有关考试规则^②方面的典籍。

清朝是科举考试从成熟逐渐走向衰落的时期。这一时期,有关科举的法律法规最为系统与全面,除《大清律例·职制》卷六《贡举非其人》^③、《大清会典》、《钦定礼部则例》以外,最为著名的就是清朝的《钦定科场条例》。《钦定科场条例》共成书六十卷^④,每卷包括“现行事例”、“例案”、“驳案”及“旧例”四部分。“现行事例”是根据科举和社会的发展变化而颁行的现行法律规定;“例案”是清初至该法编纂完成之日起有关该卷事例的各地奏折,经皇帝谕准或直接谕发的有关内容;“驳案”是清初至该法编纂完成之日起有关该卷事例的各地奏折经皇帝驳回的有关内容;“旧例”是该法编纂之前清朝各代有关该卷内容的法律规定。总的来看,科举考试的相关法律法规的形式多种多样,从律、行政法规到皇帝的诏书都有所涉及,在法律实践中皇帝还亲自审问科场案,构成了判例法的重要内容,从中我们也可以看出统治者对科举考试的重视以及科

① 《大明律》中记载:“凡贡举非其人,及才堪时用,应贡举而不贡举者,一人杖八十,而不实者,减二等。”

② 相关规则包括:科举为国家考试,由政府承办;考试分二级进行;固定考试日期;考生资格及其审查;考试科目、内容、标准;题型;试卷格式;考试场次及其时间;考场规则;保密措施;评卷规则;复试;政务管理人员的设置及其职责;中举条件及其评定办法;中举者的功名、庆典、任官以及舞弊惩治等。参见杨学为:《漫谈科举考试》,载《教育研究》1989年第11期。

③ 《大清律例》中记载:“凡贡举非其人,及才堪时用,应贡举而不贡举者,一人,杖八十,每二人加一等,罪止杖一百。所举之人知情,与同罪;不知者,不坐。若主司考试艺业技能,而不以实者,减二等。失者各减三等。”

④ (清)杜受田等:《钦定科场条例》,见《续修四库全书》(829),上海古籍出版社1995年版,第665页。