

行政法视阈下民族成份作假考生之处理研究

□徐学伟 [武汉理工大学 武汉 430070]

[摘要] 对民族成份作假骗取高考加分的考生,近年来主要有“取消加分”和“取消录取资格”两种处理方式。取消录取资格等惩罚性处理属于行政处罚,有关部门依据行政规范性文件的规定对考生实施行政处罚,不符合行政处罚法定原则。根据目前的相关规定,有关部门只能取消考生骗取的加分,将其违规信息记入电子档案,对符合所填报高校调档要求的考生,应当向有关高校投档。高校在对此类考生的电子档案进行审查后,有权自主决定是否予以录取。

[关键词] 民族成份; 录取资格; 行政处罚法定原则; 行政规范性文件

[中图分类号] D912.1 **[文献标识码]** A **[文章编号]** 1008-8105(2012)05-0089-05

在我国,弄虚作假骗取高考优惠待遇的现象一直存在,特别是进入21世纪以来,高考加分作假现象愈演愈烈,各地多次曝出以假“三好”学生、假优秀学生干部、假国家二级运动员、假少数民族成份等身份骗取高考加分的丑闻,引发社会广泛关注。2009年发生在重庆的31名高考考生民族成份作假事件,更是引发了社会各界对高考加分制度合理与否的广泛讨论。但在目前高考加分制度继续存在的情况下,如何对身份作假骗取加分的考生进行处理,是我们不得不认真面对与思考的问题。鉴于近年来民族成份作假现象之普遍,社会影响之广泛,本文将仅针对民族成份作假考生的处理问题^①,从行政法的角度进行探讨,以期对处理各类高考加分作假考生提供借鉴。

一、近年来各地对民族成份作假考生的不同处理

由于历史、地理等方面的原因,我国少数民族受高等教育程度整体上落后于汉族,国家因此出台了针对少数民族考生的优惠政策,使他们获得接受高等教育的平等权利。这种优惠政策在教育部每年度高校招生工作规定中都有体现,如《2010年普通高等学校招生工作规定》(下文简称《2010年招生规定》)第46条规定,边疆、山区、牧区、少数民族聚居地区少数民族考生,可在高校投档分数线下适当

降低分数要求投档^②。这一政策的实施,促进了少数民族人才的培养,促进了少数民族和民族地区的发展,也促进了民族团结和社会稳定,取得了积极而显著的社会效果。

然而,由于高考竞争十分激烈,加之缺乏有效的监督机制,为获得优惠待遇而进行民族成份造假的事件频频发生,严重威胁到高考的公平与公正。国家有关部门对此十分重视,陆续出台了一些处理措施,如《关于中国公民确定民族成份的规定》^③规定了对民族成份作假者取消其享受的优惠待遇;又如国家民委等三部门办公厅发布的《关于严格执行变更民族成份有关规定的通知》^④(下文简称“三办公厅通知”),规定对于民族成份作假的考生,作出取消考试资格、录取资格或学籍等处理。但在实践中,对于近年发生的民族成份作假骗取高考加分事件,有关省、自治区和直辖市主要采取了两种处理方式:

一种处理是“取消加分”,即有关部门取消民族成份作假考生骗取的加分资格或实际加分。具体来说,这种处理包括“取消加分资格”和“取消实际加分”两种情形,其中前者是指在进入高考招生录取阶段之前发现考生作假而取消其骗取的加分资格;后者是指在录取阶段加分投档后发现考生作假而取消其骗取的加分。由于两者在结果上都是取消了作假考生骗取的优惠待遇,为行文简洁,下文一般称之为“取消加分”。2009年之前,湖北、重庆、

[收稿日期] 2012-01-17

[基金项目] 中央高校基本科研业务费专项资金资助项目“高考舞弊行为的法律规制研究”(2011-ib-049)

[作者简介] 徐学伟(1973-)男,法学硕士,武汉理工大学文法学院教师。

海南等多数省市对于民族成份作假考生都是作出此类处理。例如,2006年6月海南省考试局向社会公布,409名高考考生申请加分被否决,包括以少数民族聚居区少数民族身份申请加分的考生235人。该局新闻发言人表示,对那些有意造假申请加分的考生,不仅会取消其加分资格,同时会将其行为记入高考电子档案的诚信记录中,供高校录取时参考^[1]。2008年7月,新闻媒体报道湖北省石首市、监利县有关人员弄虚作假更改部分高考学生民族成份问题之后,湖北省查获有关考生62名,并对相关部门负责人以及考生家长进行了严肃处理。招生过程中,相关考生的少数民族政策性加分已被取消,按其高考原始成绩录取^[2]。

另一种处理是“取消录取资格”,即剥夺民族成份作假考生当年被境内高校录取的资格。换言之,一旦考生被取消录取资格,则其在当年失去了被中国大陆地区任何一所高校录取的可能。2009年之前的贵州、西藏等省区以及2009年以来的重庆等省区市对于民族成份作假考生都是作出此类处理。例如,2007年7月,西藏自治区有关部门对考生进行复查后,发现31名考生存在弄虚作假行为,决定取消其录取资格,其中包括假冒少数民族考生4人^[3]。2009年6月,重庆市有关部门经过调查,确认该市31名高考考生民族身份存在作假问题,决定取消这些考生的加分资格^[4]。7月上旬,重庆市招生自考办公室(以下简称“重庆市招办”)发布通告,决定取消31名违规更改民族成份考生的录取资格。同时,重庆市纪委、市监察局作出决定,对31名考生的家长以及为考生违规更改民族身份、违规办理户口迁移的有关行政机关的责任人进行严肃处理^[5]。该市高考文科状元何川洋正是这31名考生之一。

上述两种处理方式的区别是很明显的,取消加分只是对原本不符合加分条件的考生,取消其所得的不当利益,不具有惩罚性;但取消录取资格,则是剥夺了作假考生当年被境内高校录取的资格,具有惩罚性。此外,有关部门规定的取消考试资格、取消学籍等处理措施也明显具有惩罚性。那么对民族成份作假的考生,究竟应当作出何种处理呢?笔者认为,以严格依法行政的标准来衡量,目前对作假考生作出的惩罚性处理是值得商榷的。

二、对民族成份作假考生实施行政处罚不符合行政处罚法定原则

根据“三办公厅通知”的规定,取消考生考试资格、录取资格或学籍的主体是教育行政主体,其

对象是民族成份作假考生,其结果具有惩罚性,因此,这些处理行为属于行政法上的行政制裁行为。行政制裁在学理上有行政处罚和行政处分之分,其中前者针对的是行政系统之外的公民、法人或其他组织,而后者针对的是行政机关的工作人员^[6]。可见,对考生的惩罚性处理在性质上属于行政处罚,因此应当符合行政处罚法定原则。然而,我国目前尚未就骗取加分考生的处罚问题进行立法,而以有关行政规范性文件为依据处罚考生则是违背行政处罚法定原则的。

(一)对民族成份作假考生的行政处罚问题尚属立法空白

行政处罚法定原则是行政法治原则在行政处罚领域的具体体现,也是行政处罚中最重要的原则,其基本含义是指行政处罚的设定与实施应当符合法治主义的要求,并须严格根据与不违反法律规定^[6],可见,其根本要求是在行政处罚问题上有法可依、有法必依。行政处罚的设定是指国家机关依照法定的权限和程序创制行政处罚规范的立法活动,解决的正是行政处罚有法可依的问题。具体来说,就是要解决哪些国家机关有权规定什么行为属于违法行为,对违法行为应该给予何种行政处罚以及应当用什么样的法律文件设定行政处罚。我国《行政处罚法》对此作了具体规定。根据该法第9条到第14条的规定,只有法律、行政法规、地方性法规、部门规章和地方规章可以设定行政处罚,除此之外的其他任何规范性文件都不得设定行政处罚。因此,对所有身份作假骗取加分的行为设定行政处罚,也只能由法律、法规和规章加以设定。然而,我国在这方面的立法至今仍付阙如,不仅《教育法》等法律法规没有任何规定,就连专门规制包括高考在内的国家教育考试的《国家教育考试违规处理办法》^[5],也没有涉及考生骗取加分照顾的处理问题^[6]。

从媒体报道来看,一些地方取消民族成份作假考生的录取资格,没有提供也不可能提供正确的法律依据。正如海南省考试局新闻发言人所言,海南省虽然对此类考生采取了取消加分资格、记入电子档案的措施,“但目前由于没有法律、法规依据,难以对考生进行更有力的处罚。”^[7]这可能是2009年以前多数地方对此类考生只取消加分,而没有作出惩罚性处理的重要原因。在对重庆市31名作假考生的处理上,有关部门最初只是决定取消加分资格,可能也是基于这样的考虑。

(二)有关行政规范性文件不能作为实施行政处罚的依据

所谓行政规范性文件,也称行政规范,是指各

级各类国家行政机关为实施法律和执行政策,在法定权限内制定的除行政法规和规章以外的具有普遍约束力和规范体式的决定、命令等的总称^[8]。行政规范性文件对于贯彻党的方针政策和细化法律、法规、规章的规定,对于规范行政行为和促进依法行政,对于及时解决行政管理中出现的新问题以及弥补立法真空,都具有十分重要的作用。有关行政主体和行政相对人都应当遵守和执行。但不可否认的是,由于制定主体十分广泛,制定程序较为简单,行政规范性文件违反法律、法规、规章的现象也相当常见。从理论上而言,如果行政规范性文件的有关规定是明显违法或者无效的,行政机关就不应当适用。正如叶必丰教授所言:“具体行政行为和司法裁判可以以行政规范为依据,是以行政规范的合法有效为前提的,而不是把违法的行政规范也作为依据。”^[9]因此,如果行政机关以明显违法或者无效的行政规范性文件作为行政行为的依据,那么该行政行为也就是无效的。

如前所述,针对民族成份作假考生的处理问题,我国法律、法规和规章都没有作出规定。目前有关部门取消民族成份作假考生的录取资格,主要依据的是前述“三办公厅通知”^①。从制定主体和发布程序可以看出,该通知显然不属于规章,更不属于法律和法规,而只是行政规范性文件。根据《行政处罚法》的规定,任何规范性文件都不得设定行政处罚,所以“三办公厅通知”针对考生创设的行政处罚是无效的,不能作为实施行政处罚的法定依据。又根据《行政处罚法》第3条的规定,没有法定依据的行政处罚无效,所以,重庆市招办依据“三办公厅通知”取消31名考生的录取资格,系无效行政处罚。

根据教育部《2010年招生规定》第70条的规定,考生以虚报、隐瞒或伪造、变造有关材料等欺诈手段,或者因他人的徇私舞弊行为取得加分资格的,由有关部门作出取消其考试资格或录取资格等处理。该规定明确了骗取加分资格的后果,但该规定并不属于教育部规章,因为它不是依据有关法律和行政法规所规定的规章制度程序制定和公布的^②,而是以《教育部关于做好2010年普通高等学校招生工作的通知》附件的形式出现,所以只能认定是教育部制定的行政规范性文件,如前所述,其创设的有关行政处罚规范是无效的,不能作为对民族成份作假考生实施行政处罚的依据。退而言之,即使《2010年招生规定》属于教育部规章,其所创设的取消考试资格等处罚也是无效的,因为按照《行政处罚法》第12条的规定,部门规章只有权设定警告和罚款两

类处罚。此外,教育部等五部门于2010年11月联合发出《关于调整部分高考加分项目和进一步加强管理工作的通知》,重申了对弄虚作假、骗取相关加分资格的考生作出取消其当年录取资格等处理的规定^③。但该通知同样只是行政规范性文件,不能作为对有关考生实施行政处罚的依据。

需要说明的是,在高考加分作假现象泛滥而相关法律缺位的情况下,有关部门通过行政规范性文件规制加分作假行为,维护高考招生的公平公正,其态度是积极的,文件内容有其合理性,所取得的社会效果也是良好的。然而,合理的并不一定就是合法的,有良好的社会效果也未必就有良好的法律效果,在全面推进依法行政,建设社会主义法治国家的今天,特别是在《行政处罚法》有明确禁止性规定的情况下,通过行政规范性文件创设的有关行政处罚规定是难以认定为有效的。如果有关部门据此对考生实施处罚,就违背了行政处罚法定原则。

三、处理民族成份作假考生之现实路径

对民族成份作假考生不得违法实施行政处罚,并不意味着对弄虚作假行为可以放任自流,也不意味着对作假考生不能作出任何处理。相反,根据国家有关规定,教育考试主管部门和高等学校都可以在各自的职权范围内,对有关考生作出必要的和适当的处理。

(一)有关部门应当取消加分、记入诚信档案并按高校要求投档

《关于中国公民确定民族成份的规定》指出:“凡采取搞假报告、假证明和其他不正当手段骗取准许更改民族成份的,一经发现应立即纠正。因篡改民族成份而享受招干、招工、升学以及其他优惠待遇的,应予以取消。”一些地方教育考试部门也作了相关规定,如重庆市招办《关于做好2009年全国普通高等学校招生报名工作的通知》中规定:“对考生弄虚作假骗取报名或照顾资格者,一律取消其报名或照顾资格,并记入考生诚信记录。”按照这些规定,有关部门应当也只能取消民族成份作假考生在升学中享受的优惠待遇和照顾,也就是取消加分。同时,按照有错必纠和实事求是的原则和有关规定,这类考生的民族成份也必须加以纠正。如前所述,取消加分只是对本不具备加分资格的考生收回其骗取的加分,是“行政机关基于相对人一定的事实条件对其作出某种具体行政行为,事后发现相对人不具备该条件,便由原行政机关收回该具体行政行为”,属于具体行政行为的撤回^[10],而不是对考生的

行政处罚,因此上述有关文件虽然并非法律、法规或规章,但不存在违法设定行政处罚的问题,其有关规定是合法有效的,应当得到切实执行^[11]。

近年来,教育部在每年度的高校招生工作规定中反复重申,考生电子档案是高校录取新生的主要依据,考生参加高校招生考试的诚信记录(主要指考试违规以及在招生其他环节违规的简要事实及处理结果)是电子档案主要内容之一。《教育部办公厅关于建立高等学校招生全国统一考试考生诚信档案的通知》(教学厅[2005]10号)也规定:“用于普通高校招生、成人高校招生网上录取的考生电子档案必须含有考生历年参加全国统考的考试诚信记录信息”。因此,省级招生考试机构还应当将考生以虚假民族成份报考的违规事实以及被取消加分的处理结果记入其电子档案中的诚信记录一栏,有证据证明考生为了获取加分而积极参与民族成份作假的,也要如实记入诚信档案。

那么电子档案上存在不良诚信记录的考生,是否具有被投档的资格呢?前述教育部办公厅[2005]10号文件规定:“录取时,省级招生考试机构须以附加表的方式向高等学校提供违规考生历年参加全国统考的违规简要事实及处理结果,作为高等学校决定是否录取考生的重要参考依据之一。”这表明,对于诚信记录不良的考生,只要符合其所填报高校的调档要求,省级招生考试机构就应当向有关高校投档,而且应当同时提供考生的违规信息。对于民族成份作假的考生而言,由于其违规行为并不影响其考试成绩的真实性和有效性,如果其符合所填报高校的调档要求,那么省级招生考试机构就应当将包括违规信息在内的考生电子档案投往高校,除非高校在招生简章上有拒录诚信记录不良考生的明确规定。

以对何川洋的处理为例,按照前述国家和重庆市的有关规定,重庆市有关部门应当也只能取消何川洋骗取的加分^⑥,并将其民族成份改回汉族。此外,还应当将他违规的简要事实及处理结果记入电子档案中的诚信记录一栏。虽然何川洋存在以虚假民族成份骗取加分的不良诚信记录,但他的高考成绩是真实有效的。何川洋作为重庆市2009年高考文科状元,他填报的唯一志愿为北京大学,其659分的高考分数也超过了北京大学的投档分数线^⑦,符合北京大学的调档要求,在北京大学招生简章上没有特别限制规定的情况下,重庆市招办就应当将何川洋的电子档案投往北京大学。

(二)高校对已投档的民族成份作假考生有自主选择权

考生的电子档案投放到其填报的高校,是否就意味着高校必须录取该考生呢?答案是否定的。一个考生符合某高校的调档要求并且被投档,说明他就具备了该高校的录取资格。但一个考生具备某高校的录取资格,并不代表他一定会被该高校录取。教育部在近年来的普通高校招生工作规定中都有以下规定:高校招生工作应贯彻公平竞争、公正选拔、公开透明的原则,德智体美全面考核、综合评价、择优录取新生;高校一般应在本校招生计划数的120%以内,确定调阅考生档案的比例,省级招办按高校的调档要求向其投放考生电子档案;对思想政治品德考核合格、身体状况符合相关专业培养要求、投档成绩达到同批录取控制分数线并符合学校调档要求的考生,是否录取以及所录取的专业由高校自行确定,高校负责对已投档但未被录取考生的解释。这些规定表明:高校招生实行差额录取,而且并非只是看投档成绩,高校有权在综合考虑的基础上,对已调档的考生进行择优录取。根据前述教育部办公厅[2005]10号文件规定,省级招办向高校提供的考生诚信记录就是高等学校决定是否录取考生的重要参考依据之一,高校应当在认真审阅考生电子档案以及其中考试诚信记录信息等附加表的基础上,提出是否予以录取等相关审录意见。由此可见,对于已投档的诚信记录不良的考生,包括民族成份作假的考生,高校有自主选择权,根据考生的具体情况,既可以决定录取,也可以决定不予录取^⑧。

仍以何川洋为例,一旦其被投档到北京大学后,北京大学是否录取,完全取决于自身考量。如果认为何川洋骗取高考加分是犯了原则性错误,当然有权不予录取;如果认为何川洋是一个在诚信上存在瑕疵但通过教育可以完善的可造之材,也可以作出录取决定。无论是否录取何川洋,北京大学的行为都是正确的。但需要说明的是,北京大学只有在收到何川洋的电子档案,并对包括诚信记录在内的档案进行认真审查之后,才能作出是否录取的决定。这就是说,北京大学在没有收到何川洋电子档案的情况下,就以民族成份作假为由,直接宣布放弃录取何川洋^[4],这一做法是违反有关招生程序规定的。

结 论

民族成份作假骗取高考加分,与考场作弊行为一样,都是严重妨碍公平竞争的行为,一旦得逞,其危害甚至比一般的考场作弊行为还要大。对这类

行为加以规制是极为必要的,但在目前缺乏相关法律法规规范的情况下,依据有关行政规范性文件对考生实施行政处罚是不合法的。要想减少和杜绝类似现象的再次发生,当务之急是将以各种方法骗取高考加分的行为纳入法律调整的范围,为有关部门的处理提供统一的法度。鉴于受教育权是宪法规定的公民基本权利,根据法律保留原则,取消考生录取资格等涉及受教育权的行政处罚应当通过全国人大或其常委会制定的法律来设定。为此,笔者建议尽快制定一部统一的《教育考试法》或《考试法》,对相关问题作出全面规定。若能如此,则教育行政部门对此类骗取高考加分行为的打击就师出有名、于法有据了。

注释

① 本文所谓“民族成份作假考生”,指的是以虚假民族成份进行高考报名骗取加分的考生,既包括了直接参与自己民族成份作假的考生,也包括了民族成份“被作假”的考生。

② 虽然教育部规定的是可以“降分投档”,但在实际执行中,很多省级教育部门为了保持本省相关政策的一致性,将其改为“加分投档”,考生和社会公众也习惯于称之为“加分”,因此本文用“加分”来指代国家对少数民族考生的优惠待遇,但实际上包括了“加分”和“降分”两种情况。

③ 1990年5月10日,国家民委、国务院第四次人口普查领导小组和公安部联合发布。

④ 全称为《国家民委办公厅教育部办公厅公安部办公厅关于严格执行变更民族成份有关规定的通知》,2009年4月22日发布。

⑤ 教育部规章,2004年5月19日教育部第18号令发布实施。

⑥ 虽然该规章第7条规定,教育考试机构在考试结束后发现考生通过伪造材料非法获得考试资格和考试成绩的,应当认定有关考生构成考试作弊,但民族成份作假考生骗取的是加分资格,而不是考试资格或考试成绩,不属于本条规定的情形。

⑦ 该通知规定:“对于弄虚作假、违反规定将汉族成份变更为少数民族成份的考生,一经查实,由省级教育行政部门或其委托的招生考试机构取消其考试资格或录取资格,并记入考生电子档案。已经入学的,取消其学籍。”

⑧ 如根据《立法法》第76条和《规章制定程序条例》第29条的规定,部门规章必须由部门首长签署命令予以公布,但《2010年招生规定》并不是通过教育部令公布的。

⑨ 五部门是指教育部、国家民委、公安部、国家体育总局和中国科协,该通知内容见<http://www.moe.edu.cn/publicfiles/business/htmlfiles/moe/s3258/201012/112379.html>,访问日期为2010年12月20日。

⑩ 由此看来,重庆市有关部门最初作出的取消何川洋等31人加分资格,而保留录取资格的决定是合适的。遗憾的是,重庆市招办出于各种原因,最后却作出了取消何川洋等人录取资格的处理。值得一提的是,经过一年复读之后,何川洋于2010年再次报考北京大学,并以674分的优异成绩顺利被北京大学录取。

⑪ 2009年北京大学在重庆的文史类投档分数线为648分,2009年7月9日北京大学招生办公室发布,见<http://www.gotopku.cn/data/detail.php?id=4842>,访问日期为2010年12月10日。

⑫ 当然,对于存在相同违规行为的考生,是否录取,高校应当同等对待,即采用同样的标准。笔者建议,高校如果不愿意录取诚信记录不良的考生,应当在本校的招生章程上作出明确的规定。

参考文献

- [1] 常继旺,任明超.海南409名考生加分申请被否[N].中国青年报,2006-06-16(3).
- [2] 宗河.弄虚作假更改部分高考学生民族成份湖北严肃处理石首监利有关人员[N].中国教育报,2008-10-18(1).
- [3] 颜园园.西藏31名弄虚作假考生被取消录取资格[N].中国青年报,2007-07-15(1).
- [4] 李江涛,茆琛.按照教育部规定北大弃录渝文科头名[N].新华每日电讯,2009-07-03(1).
- [5] 茆琛.重庆处分违规变更考生民族成份责任人[N].新华每日电讯,2009-07-08(1).
- [6] 杨小君.行政处罚研究[M].北京:法律出版社,2002.
- [7] 常继旺,任明超.海南409名考生加分申请被否[N].中国青年报,2006-06-16(3).
- [8] 叶必丰,周佑勇.行政规范研究[M].北京:法律出版社,2002:33-34.
- [9] 叶必丰.行政规范法律地位的制度论证[J].中国法学,2003,(5):67-73.
- [10] 胡建淼.“其他行政处罚”若干问题研究[J].法学研究,2005,(1):70-81.
- [11] 徐学伟.取消民族成份作假考生录取资格的合法性质疑[J].电子科技大学学报(社科版),2011,(3):66-69.

(下转第99页)