

对考试作弊类犯罪的理解与适用

马昕

(北京工业大学)

摘要：考试的公平关乎每个考生的切身利益，考试的公正关乎社会和谐稳定，但是近年来组织代考、雇佣枪手等负面新闻频频曝光于各类媒体，考试作弊之风沉渣泛起、愈演愈烈，严重玷污了社会诚信的道德基础，侵犯了考试制度的公平性，败坏了国家选贤任能制度的公正性。

关键词：考试作弊；考试制度的公平性；考试制度的公信力

当今中国，各类型的考试涉及到每一个家庭、每一个人，我们都是伴随各种各样的考试而成长起来的，国家通过考试这种形式与制度进行选拔、认证、培养专业人才，考试者也在考试中获得国家选拔和社会认可的学历证书、技能凭证、职业资格，孙中山先生指出：至于考试之法，尤为良善！考试是实现平民政治、平等政治的美意良制，最严密、最公平地选拔人才，使优秀人士掌管国务。可见“考试制度”于国于民具有举足轻重的地位，考试的公平关乎每个考生的切身利益，考试的公正关乎社会和谐稳定，但是近年来组织代考、雇佣枪手等负面新闻频频曝光于各类媒体，各种考试作弊之风沉渣泛起、愈演愈烈，严重玷污了社会诚信的道德基础，侵犯了考试制度的公平性，败坏了国家选贤任能制度的公正性。

一、考试作弊处罚的历史沿革及域外规范

中国古代视科考为国家抡才大典，作弊伴随科举考试而生，最初对舞弊者处罚较轻，一般只是剥夺考生的考试资格。自唐起对科考舞弊的防范逐渐严密，处罚有所加重：诸贡举非其人及应贡举而不贡者，一人徒一年，二人加一等，罪止徒三年。^①唐创立的原籍应试、保结、搜检、锁院等防作弊制度被后世沿用千年。明、清二代科举舞弊花样繁多，处罚也最为严厉，对科考舞弊者取消考试资格、枷刑示公、杖责，涉案官员罚俸、罢免，发配边疆，甚至处死。清律规定：科考舞弊者，取消童生资格、戴枷3月、杖一百、发配充军，如查获有人印刷与科举有关袖珍书者，株连九族。清顺治十四年的“丁酉顺天乡试科场案”中考官受贿，徇私舞弊，案发后参与作弊的考生及受贿官员“俱著立斩，家产籍没”。清雍正十二年许州院试舞弊案，河南学政俞鸿图因泄题、受

贿，成为中国历史上最后一个被腰斩之人。乾隆年间曾发布《钦定科场条例》：“科场为国家抡才大典，关系綦重，向来外场弊窦多端，士子怀挟文字入场，希图戈获……严饬所司实力稽查。”乾隆五十三年再次加重处罚：倘有赎买关节等弊，即将该生及主考官按律正典刑。

域外各国为遏制考试作弊也制定了相应的法律制度除对考试作弊行政处罚外，普遍通过刑事法律对考试作弊进行规制，或在刑法中规定专门条款，如新加坡在刑法修正案中明确规定学生替考、考试作弊入刑处罚；或授权援引刑法条款，如2019年3月美国司法部以邮件和电信欺诈、行贿、伪造行业证书等罪名指控50人涉嫌参与美国史上最大规模高校入学舞弊案，涉及耶鲁大学、斯坦福大学等多所名校，涉案行贿金额高达2500万美元；或制定单行刑法，如印度颁布的《公共考试（防止不公平手段）法案》，俗称“反作弊法”，对考试作弊者判处3年监禁和50万卢比罚款。^②

二、新中国建立后惩处考试违规、作弊行为的立法历程

新中国涉及考试的立法长期处于滞后状态，最早出台的涉及考试的法规是国家教委于1987年颁布的《普通高等学校招生暂行条例》，该条例实现了普通高校招生考试法律规制上的“先河”。1988年国务院颁布的《高等教育自学考试暂行条例》，规定对高等教育自学考试中作弊及违反考试规则的行为依该条例处罚，这是我国第一部关于违规考试处罚的法规。教育部于2004年5月19日发布《国家教育考试违规处理办法》实现了对国家教育考试违规行为认定与处理的“有法可据”，标志着“考试”开始步入法制化轨道。《国家教育考试违规处理办法》规定：考生有第八条所列行为之一的，应当终止其继续参加本科目考试，其当次报名参加考试

的各科成绩无效；考生及其他人员的行为违反《中华人民共和国治安管理处罚法》的，由公安机关进行处理，构成犯罪的，由司法机关依法追究刑事责任。

我国最初刑事立法中无论是单行法规还是“79刑法”、“97刑法”都未涉及考试作弊犯罪的规定，以泄露（获取）国家秘密罪和非法使用窃听、窃照专用器材罪定罪处罚，但对其他诸如组织、代考的作弊行为无法提供刑法适用的立法支持。

2015年8月29日第十二届全国人大常委会第十六次会议通过《中华人民共和国刑法修正案（九）》对第284条增加一条，作为第284条之一规定：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。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。（组织考试作弊罪）

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。（非法出售、提供试题、答案罪）

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。（代替考试罪）

2019年最高人民法院、最高人民检察院联合出台了《最高人民法院、最高人民检察院关于办理组织考试作弊等刑事案件适用法律若干问题的解释》，对“法律规定的国家考试”的范围进一步明确，对“情节严重”、“作弊器材”、“单位犯罪”、“作弊网站”也进一步做了细化规定。

三、对考试作弊类犯罪的立法解析

《刑法修正案（九）》对第284条增加一条，作为第284条之一规定是将“考试作弊”由“行”入“刑”，将组织考试作弊行为、非法出售、提供考试试题、答案行为及代考行为，正式确定为犯罪行为，明确了相应的刑罚种类与幅度，对打击和震慑违法犯罪行为发挥了巨大作用，实现对考试公平秩序的法律保护。此后为细化原则性规定，完善执法标准，最高法和最高检于2019联合发布《关于办理组织考试作弊等刑事案件适用法律若干问题的解释》（以下称《解释》），结合考试作弊犯罪的特点和司法实务反映的问题，依刑法、刑诉法共规定了14个条文、10个方面的问题，对考试作弊犯罪的定罪量刑标准和法律适用疑问作了全面、系统的规定。

1、“法律规定的国家考试”范围的界定

《刑法修正案（九）》第284条之一规定：在法律规定的国家考试中，组织作弊的……。这是对刑法所规制的考试作弊行为进行的原则性“范围划定”，此后司法实践中对“法律规定的国家考试”的范围理解和认定比较混乱，界线模糊，特别是对众多的特殊类型招生、特殊技能测试是否属于“在法律规定的国家考试中”存在争议。

两高《解释》明确“法律规定的国家考试”范围，划定四类考试范围，规定了从中央到地方，从行业系统到主管部门组织的考试，涵盖了招生考试、公务员录用考试、专业技术资格考试等，并预留保底条款规定“前款规定的考试涉及的特殊类型招生、特殊技能测试、面试等考试，属于法律规定的国家考试”。

两高《解释》明确“法律规定的国家考试”，仅限于全国人大及其常委会制定的法律所规定的考试，刑事处罚的对象只看“出身”不看“规模”，在“入刑空间”上排除了规定、规章、条例规定的考试，体现了刑法的“谦抑性原则”，避免刑事打击对象的无限延伸。例如全国英语四、六级考试是依据《全国英语四级、六级考试实施办法》由国家教育部组织实施的考试，虽然属于全国性考试，每年数十万人参考，但其仍不符合“全国人大及其常委会制定的法律所规定的考试”的标准，不是刑法管辖范围。同理，地方公务员录用依据全国人大常委会2005年颁布的《中华人民共和国公务员法》由省级公务员主管部门负责组织或授权设区的市级公务员主管部门组织，在地方公务员录用考试中发生的考试作弊属于刑事法律的管辖范围。

2、细化考试作弊类犯罪的定罪量刑标准

《解释》第2条细化组织考试作弊犯罪的定罪量刑标准。首先，采用列举法明确三种国考：普通高校招生考试、研究生招生考试、公务员录用考试中组织考试作弊的直接认定为“情节严重”，原因无它，危害最大！影响最广！第二，依行为后果、危害结果为标准，规定“导致考试推迟、取消或者启用备用试题的”危害后果认定为“情节严重”。第三，以行为人主体身份做为标准，规定“考试工作人员组织考试作弊的”认定为“情节严重”，限定在有考试管理和服务职责范围内，例如出题人、评卷人、监考员、巡考员等。第四，以作案区域为标准，规定“组织考生跨省、自治区、直辖市作弊的”认定为“情节严重”。第五，以次数、人数、提供器材数量、违法所得为标准，认定为“情节严重”。第六，规定保留性的兜底条款“其他情节严重的情形”。

3、对作弊器材的概念界定

明晰作弊器材的概念：具有避开或者突破考场防范作弊的安全管理措施，获取、记录、传递、接收、存储考试试题、答案等功能的程序、工具，以及专门设计用于作弊的程序、工具。需具备明显的作弊目的和功能，既必须是获取、记录、传递、接收、存储考试试题、答案等功能的程序、工具，如果是与考试无关的工具，即使是违反考场规则的，也不应纳入刑法调整的“作弊器材”范围内。《解释》将程序列入作弊器材范围，是适应我国考试改革和时代发展的要求。

明确规定出具作弊器材的认定主体限定为省级以上公安机关或者考试主管部门，避免基层公安机关自行侦查自行认定的情形，提升了办案证据的权威性。对于特殊器材依照

相关规定作出认定，主要是二个规定，一是《禁止非法生产销售使用窃听窃照专用器材和“伪基站”设备的规定》，公安机关负责对窃听窃照器材、“伪基站”设备的认定工作，二是《反间谍法实施细则》，专用间谍器材的确认由国家安全部门负责。

4、组织考试作弊罪既遂的认定标准

针对组织考试作弊罪的既遂标准存在不同的认识和理解，两高在综合考量犯罪形态基本原则和司法实践打击日益猖獗的考试作弊情形下，在《解释》明确规定组织考试作弊，在考试开始之前被查获，但已经非法获取考试试题、答案或者具有其他严重扰乱考试秩序情形的，应当认定为组织考试作弊罪既遂。《解释》对组织考试作弊罪既遂的认定标准符合刑事立法原则，组织考试作弊的犯罪在考试前即案发被查处，即使作弊者尚未步入考场，但犯罪的实害结果已经产生，组织考试作弊的行为已经严重损害到国家考试秩序，应当认定为组织考试作弊罪既遂。

5、非法出售、提供试题、答案罪“情节严重”的认定标准

《解释》以列举形式明确非法出售、提供试题、答案罪“情节严重”的情形，其与组织考试作弊罪的“情节严重”保持同一尺度。首先，第一款规定与组织考试作弊罪适用相同标准，即普通高校招生考试、研究生招生考试、公务员录用考试中非法出售、提供试题、答案的直接认定为“情节严重”；第二，“导致考试推迟、取消或者启用备用试题的”严重危害后果，认定“情节严重”；第三，“考试工作人员非法出售或者提供试题、答案的”认定为“情节严重”，与组织考试作弊罪一样，考试工作人员也应限定在有考试管理和职责服务范围内；第四，根据次数、人数、违法所得认定为“情节严重”，与组织考试作弊罪处罚标准一致。

6、非法出售、提供不完整或不标准的试题、答案的处理规定

《解释》解答了司法实践中关于考试作弊犯罪案件的一个争议问题，即向他人非法出售或者提供法律规定的国家考试的试题、答案，试题不完整或者答案不标准的，不影响非法出售、提供试题、答案罪的认定。但是如果非法出售、提供的行为人明知提供的试题、答案是假试题、假答案，笔者认为以诈骗罪处罚为妥。

7、对代替考试罪宽严相济的刑事政策

《解释》规定对于代替考试犯罪行为入罪情节较轻，确有悔罪表现，综合考虑行为人替考情况以及考试类型等因素，认为符合缓刑适用条件的，可以宣告缓刑；犯罪情节轻微的，可以不予起诉或者免于刑事处罚；情节显著轻微危害不大的，不以犯罪论处。依宽严相济的刑事政策，考量犯罪的具体情况，对主观恶性较小、犯罪情节轻微，有悔罪表现，贯彻教育、感化、挽救方针，当宽则宽。

8、对考试作弊犯罪中的单位犯罪厘清定罪量刑标准

《解释》规定：单位实施组织考试作弊、非法出售、提供试题、答案等行为的，依照本解释规定的相应定罪量刑标准，追究组织者、策划者、实施者的刑事责任。虽然追究的是组织者、策划者、实施者的刑事责任，但这里的单位犯罪应当具有单位的意志，不是内部某个人的意志，是单位整体意志。

9、明晰考试作弊犯罪的罪数认定规则

《解释》规定：以窃取、刺探、收买方法非法获取法律规定的国家考试的试题、答案，又组织考试作弊或者非法出售、提供试题、答案，分别符合刑法第二百八十二条和刑法第二百八十四条之一规定的，以非法获取国家秘密罪和组织考试作弊罪或者非法出售、提供试题、答案罪数罪并罚。

10、法律规定的国家考试以外的其他考试中实施考试作弊犯罪的处罚规则

《解释》规定：在法律规定的国家考试以外的其他考试中，组织作弊，为他人组织作弊提供作弊器材或者其他帮助，或者非法出售、提供试题、答案，符合非法获取国家秘密罪、非法生产、销售窃听、窃照专用器材罪、非法使用窃听、窃照专用器材罪、非法利用信息网络罪、扰乱无线电通讯管理秩序罪等犯罪构成要件的，依法追究刑事责任。

11、设立用于实施考试作弊的网站、通讯群组或者发布考试作弊信息行为的定性

《解释》规定：设立用于实施考试作弊的网站、通讯群组或者发布有关考试作弊的信息，情节严重的，应当依照刑法第二百八十七条之一的规定，以非法利用信息网络罪定罪处罚；同时构成组织考试作弊罪、非法出售、提供试题、答案罪、非法获取国家秘密罪等其他犯罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。

12、确立职业禁止、禁止令和罚金刑适用规范

《解释》规定：……可以根据犯罪情况和预防再犯罪的需要，依法宣告职业禁止；被判处管制、宣告缓刑的，可以根据犯罪情况，依法宣告禁止令。此外鉴于组织考试作弊犯罪具有牟利的目的，规定罚金刑的适用。

参考文献：

[1]岳纯之 点校：《唐律疏议》第九卷职制 上海古籍出版社 2013 年 11 月第 1 版

[2]张晓霞：《域外禁止考试作弊的法律制度》人民法院报 2020 年 7 月 10 日第 008 版

[3]周加海 王庆刚 喻海松：《人民司法》2019 年 10 月 5 日第 28 期

注释：

①参考资料：《唐律疏议》第九卷职制

②人民法院报 2020 年 7 月 10 日第 008 版 张晓霞著《域外禁止考试作弊的法律制度》