

破坏军婚罪的定罪机理澄清 与出罪路径建构

马文博

【摘要】 尽管我国《刑法》并未规定通奸罪，但在一般观念中存在着与军人配偶通奸构成犯罪的认识，这种认识起源于破坏军婚罪规范涵摄过程的暧昧不明。既有讨论对此现象的忽略，不利于刑法学理论基于本土素材向纵深发展。破坏军婚罪的保护法益既非家庭关系也非伦理道德，从制度沿革与规制目的出发，本罪是保护国防利益的抽象危险犯。遵循实质解释并不意味着本罪的构成要件类型包括“明知是军人配偶仍与之通奸”，后者仅仅是构成要件涵摄过程中小前提的下位事实，需同时结合其他在案事实共同判断行为人是否符合本罪的构成要件。在此基础上，还应将单纯的“通奸”、不符合因果关联以及不具备可谴责性的情形排除在犯罪圈之外，最终从整体上描摹出本罪的基本形象。

【关键词】 破坏军婚罪 国防利益 定罪机理 出罪路径

【作者简介】 马文博，北京大学法学院2020级博士研究生。

【中图分类号】 D924.3 **【文献标识码】** A

【文章编号】 2097-1125 (2023) 02-0144-16

一、现象与问题

近年来，破坏军婚罪呈现出事实上的“行为类型扩张”。从《中华人民共和国刑法》（以下简称《刑法》）第259条的文义出发，该罪规制以下两类不法行为：第一是同居型，即“明知是现役军人的配偶而与之同居的”；第二是结婚型，即“明知是现役军人的配偶而与之结婚的”。然而审视相关裁判文书不难发现，行为人明知对方是军人配偶身份而与之通奸的，同样可能构成破坏军婚罪。例如，在“苗某破坏军婚案”中，被告人苗某明知被害人是现役军人，在九个月内与被害人妻子“多次共同居住并发生性关

系”，导致被害人夫妻关系破裂，一审法院以破坏军婚罪判处苗某有期徒刑一年。^①又如，在“曹某破坏军婚案”中，被告人曹某明知被害人是现役军人，仍与被害人妻子相约去天津打工，“期间两人多次在宾馆发生不正当男女关系”，一审法院以破坏军婚罪判处曹某有期徒刑六个月。^②再如，在“吴某破坏军婚案”中，一审法院明确表示：“（行为人）在某一具体地点同居时间的长短并不影响其同居事实的认定。”^③换言之，行为人明知是军人配偶而与之通奸并由此发生的共同住宿，即被认为符合破坏军婚罪的犯罪构成。

一方面，随着婚姻登记制度的完善和军队婚恋工作的规范化，行为人与军人配偶建立合法有效的婚姻关系，逐渐成为极低概率的事件；另一方面，与配偶分居两地依然是大多数基层官兵家庭的现实写照，军属往往需要承担因为“军人繁忙无法顾家所带来的一切物质和精神困难”。^④从实际判决来看，同居型破坏军婚几乎成为本罪唯一适用的行为类型，并且呈现将“同居”化约为“通奸”的趋势，以“破坏军人婚姻家庭关系”的社会危害性为由扩张处罚范围的现象。

这种说理思路可以追溯到1985年7月18日发布的《最高人民法院印发〈关于破坏军人婚姻罪的四个案例〉的通知》，其中明确提到：“被告人……明知……是现役军人的配偶而与之长期通奸……已构成破坏军人婚姻罪……今后在办理破坏军人婚姻案件中遇到类似情况的，应当适用刑法第一百八十一条的规定予以判处。”如后文所述，破坏军婚罪继承了革命年代的制度遗产，与“革命逻辑”支配下的1979年《刑法》——强调行为的社会危害性特征，以类推制度扩张刑事法网具有天然的亲缘性。^⑤在当时的制度背景下，由于类推解释的合法性，破坏军婚罪的处罚扩张并未引起足够的关注，早期的研究更多将注意力放在解读本罪的具体犯罪构成、^⑥与《中华人民共和国婚姻法》的联动^⑦以及强调军婚法律保护的重要性^⑧等方面。

① 参见河南省洛阳市洛龙区人民法院（2019）豫0311刑初675号刑事判决书。

② 参见甘肃省泾川县人民法院（2019）甘0821刑初107号刑事判决书。

③ 参见山东省无棣县人民法院（2019）鲁1623刑初293号刑事判决书。

④ 周江陵：《对军婚保护特殊法条的思考》，《法学杂志》2007年第1期，第71页。

⑤ 参见邵六益：《法学知识“去苏俄化”的表达与实质——以刑法学为分析重点》，《开放时代》2019年第3期，第118页。

⑥ 参见张建田、刘暖宁：《关于破坏军婚罪主体认定的几个问题》，《现代法学》1994年第2期，第25~28页。

⑦ 参见荀恒栋：《事实婚姻关系在军人婚姻两个特别保护条款上的适用》，《法学杂志》1995年第2期，第35页。

⑧ 参见于凤梅：《应加强军婚的法律保护》，《法学杂志》1995年第3期，第39页。

以1997年《刑法》的颁行为契机,我国刑法学研究进入了新的阶段,刑法理论需要随着实体法的更迭而更新。^①其中,存量上的“去苏俄化”与增量上的“教义学化”是这场仍在进行的刑法学研究“知识转型”的双核,二者“一破一立”,对于“刑法学的突围”具有重要意义。因此,前文所述现象就为我们提供了一个绝佳的分析素材。从“破”的角度看,对破坏军婚罪的理解应当摒弃社会危害性理论支配下虚化构成要件的做法。鉴于《刑法》已经明确罪刑法定原则、禁止类推解释,尽管由此不能得出“明知军人配偶身份仍与之通奸”就当然排除了刑事可罚性的结论,但如果不能在现行条文中为其找到合适的位置,作为一种典型的类推解释,司法实践也就必须摒弃基于这一逻辑基础形成的定性认知。从“立”的角度看,2021年8月1日起正式施行的《中华人民共和国军人地位和权益保障法》(以下简称《军人保障法》)首次从立法层面明确了军人的特殊地位,并且有针对性地强化了军人权益的保障措施。在这样的背景下,司法应当如何规制现实中破坏军婚的行为,需要学理提供一套合法合理且因应现实的解决方案。对于方案的探索,首先需依靠破坏军婚罪保护法益的重新厘定。只有立足于此,才能进一步澄清本罪的定罪机理,并由此建构起可行的出罪路径,最终在整体上揭示本罪的基本法律形象。

二、破坏军婚罪的保护法益厘定

(一) 既有观点的回溯与反思

1. 家庭关系说及其缺陷

传统理论认为,破坏军婚罪侵犯了军人的婚姻家庭关系,^②也有论者将其具体化为“一夫一妻制的婚姻家庭秩序”,^③但这些观点均未准确界定本罪的法益。一方面,本罪的罪状设计具有鲜明的主体性。例如,军人与婚外异性同居的行为,就不能被评价为符合本罪构成要件的行为。另一方面,在维护婚姻家庭关系的稳定上,夫妻显然应肩负对等的法律义务。这一点不仅作为现代婚姻家庭法的原则得到了《中华人民共和国宪法》与《中华人民共和国民法典》的确认,而且从重婚罪的构成要件表述看,也被《刑法》所接受,即婚姻关系既然是由夫妻共同维系的,那么夫妻一方从形式或功能上破坏既存的合法婚姻关系的行为,都应当被评价为不法。进一步说,破坏军婚罪只处罚夫妻一方破坏婚姻家庭关系的行为,恰恰说明了将婚姻家庭关

^① 参见陈兴良:《刑法学的编年史:我的法学研究之路》,法律出版社2019年版,第271页。

^② 参见高铭暄、马克昌主编:《刑法学》,北京大学出版社2019年版,第485页。

^③ 参见张明楷:《法益初论》,商务印书馆2021年版,第283页。

系界定为保护法益并不准确。

这种不准确性在于无法证成配偶一方基于特定身份而得以豁免的正当性。换言之，它无法解释为何对保护法益承担平等义务的主体，他们的自由却是不平等的。在法益所反映的主、客体关系中，客体自始以依附性的样态存在，它并不能从自身受到规范保护的命题中推演出针对主体自由的限制，后者本质上与客体作为主体完整意志自由投射的存在是相矛盾的。显然，婚姻关系中拥有军籍的一方并不能因其军人身份而将自己与配偶的关系变成主、客体的关系样态。“人是目的，而非工具”。否定个人自由、将主体异化为客体的做法从根本上与现代法律体系的理念相悖。

2. 道德伦理说及其不足

是否可以认为本罪保护的是婚姻伦理道德，行为人与军人配偶同居或结婚正是因为有违公序良俗从而被定义为不法呢？诚然，对风俗习惯、道德禁忌的冒犯也可能成为刑法规制的对象。如果将公序良俗转译为集体法益，那么刑法分则第六章俨然是“公序良俗的刑事立法化之体现”。^① 因此，就对象的适格性而言，婚姻伦理道德可能成为刑法保护的法益。但是，如此定位破坏军婚罪的保护法益存在以下问题。

首先，规制对象缺乏普遍性。从生活实际出发，破坏军婚罪案件中的军人配偶必然也是积极参与者。对此确有论者指出，破坏军婚罪中的军属也有必要加以惩罚，^② 但如果说明刑法保护特定法益需要以消解特定法益的现实基础为代价，这种保护的有效性将大打折扣。或许会有反对意见认为，这完全是规制方式的选择问题，学理上可以通过片面对向犯的法理恰当解释军属在破坏军婚行为中的作用，也即在《刑法》第 259 条并未规定对军属的处罚时，尽管其与行为人的“协力”是该罪成立的事实前提，此时也不宜适用总则关于共同犯罪的规定以共犯论处。^③ 问题在于，这种观点有循环论证之嫌：一方面，强调对于未规定罚则的一方参与者不予处罚，是立法者意思的具体表现；另一方面，这种立法者意思却又完全依赖于条文的特定表述，并未触及片面对向犯不处罚的实质根据，即行为没有造成法益侵害或行为人没有责任。^④ 可照此理解，军属无论是从不法层面还是责任层面都难言不具备实质的可罚性，看似存在路径选择实则殊途同归。

① 参见刘艳红：《公私法一体化视野下公序良俗原则的刑法适用》，《现代法学》2020 年第 4 期，第 144 页。

② 参见潘胜忠：《破坏军婚罪若干问题探讨》，《政法论坛》1998 年第 4 期，第 40~41 页。

③ 参见〔日〕松澤伸：《必要的共犯（对向犯）について》，《早稻田法学》2019 年第 95 卷 1 号，第 3 页。

④ 参见〔日〕山口厚：《刑法総論》，有斐閣 2016 年版，第 356~358 页。

其次,保护法益与附随保护效果产生混淆。诚然,关于特定犯罪所侵害的法益是否唯一,理论上存在不同观点,确有学者主张相对化、多元的法益理论。^①但是此一观点一来需要具体个罪规定不同性质的行为类型作为前提,例如,在《刑法》第338条污染环境罪的构造中,就同时包括了侵害以生态为中心法益的行为类型和侵害以人类为中心法益的行为类型;^②二来这种相对化是就法益整体而言的,具体到法益内容本身仍应是明确的。作为“将刑法约束在自由主义理念容许范围内的坚实屏障”,法益概念无法在自身语焉不详的境况下搭建稳固的防线,进而回答“法治国家的犯罪化应该止步于何处”。^③因此,有必要将附随保护效果与“背后层法益”加以区分。^④附随保护效果不是保护法益,因此其边界可能是模糊的,在具体案件中的实际效果也不尽相同,例如《刑法》第237条强制猥亵罪的保护法益是性的自主决定权,而良善的性道德只是本罪的附随保护效果;“背后层法益”仍是保护法益,但只需通过对个罪构造中“阻挡层法益”加以保护就足以实现对其保护。以贿赂犯罪为例,只要保护了国家工作人员的不可收买性(阻挡层法益),就实现了对公务行为公正性(背后层法益)的保护。对于破坏军婚罪,应当认为婚姻伦理道德只是本罪附随性的保护效果。

(二) 破坏军婚罪的保护法益

1. 制度沿革与规制目的提供的线索

有学者经梳理认为,动用刑罚惩治破坏军婚行为的规范渊源最早见诸《修正淮海区抗日军人配偶及婚约保障条例》。如将相关条文与现行《刑法》第259条比较,可以发现前者的规制范围无论从对象还是介入时点上来说都更广,具体表现为:保护与军人有婚约者,即“娶抗日军人有婚约之未婚妻者,其婚姻无效,并处二以下有期徒刑”;规制与军人配偶的通奸行为,即“与抗日军人配偶或有婚约之未婚妻通奸,或和诱、略诱其脱离家庭者,各依普通刑法(此处指国民政府颁布的刑法)加重处刑”。同一时期,由国民政府颁布的《出征抗敌军人婚姻保障条例》也对破坏军婚者施以刑罚,在规制范围上则基本相同。^⑤由此不难看出,军婚制度既是政权建设的一种

① 参见张明楷:《法益初论》,商务印书馆2021年版,第678~684页。

② 参见张明楷:《污染环境罪的争议问题》,《法学评论》2018年第2期,第1页。

③ 参见陈璇:《法益概念与刑事立法正当性检验》,《比较法研究》2020年第3期,第53页。

④ 参见〔日〕和田俊宪:《贿赂罪の见方》,〔日〕高山佳奈子、島田聡一郎编:《山口厚先生献呈論文集》,成文堂2014年版,第367~371页。

⑤ 参见张群:《抗战·军婚·人权——我国近代军人婚姻立法初探》,《比较法研究》2007年第5期,第137页。

制度安排，也是社会治理的一种策略选择。^① 具体到破坏军婚犯罪的规制对象，其范围的扩张和限缩背后均有一条较为明显的主线，即服务于革命和战争的需求。

2. 国防利益作为保护法益之提倡

由此看来，破坏军婚罪的保护法益应界定为国防利益。从逻辑上说，军人的权益及其保障均源自军人身份，但这一身份之所以被重点强调，固然有对军人奉献牺牲的褒扬，却不能仅停留在个体权益的维度。限制军人配偶离婚自由以及对破坏军婚者施以刑罚，均是保障军人的婚姻家庭不因战争而破灭，以此使得军人保持高昂的战斗意志，在战争等紧急状态下最大限度地维护国防利益。正如1951年4月21日《最高人民法院关于处理现役革命军人婚姻问题的指示》中提到的，保护革命军人的婚姻关系“就是保护革命战争利益，就是与巩固革命军人的战斗意志，捍卫祖国保护人民的伟大爱国主义事业，有着直接的重大的关联”，“婚姻自由的利益是革命整体利益的一个方面，它应该而且必须服从革命整体利益”。中国自古以来即有“好铁不打钉，好汉不当兵”的民谚，后者在某种程度上是自封建王朝军民分离乃至军民对立的现实表达。^② 当国家处于战争等紧急状态，通过维系军人婚姻家庭的稳定，进而最大限度地团结军民抵御外侮，是被历史证明了的、成功的制度实践。

对此，一个可能的反驳是，破坏军婚罪既然规定于《刑法》分则第四章，其保护法益自然应在“公民人身权利、民主权利”中发掘。要回应这一驳论，不妨从犯罪性质出发加以考察。作为单纯违反禁止规范的犯罪，法定犯的本质并非对法益的实质侵害，而更像基于福利国家行政目的以及刑事政策的需要对法益理论的校正，是“传统刑法理论向社会现实需求妥协的结果”。^③ 与之相对，自然犯则多指在性质上背离社会伦理的犯罪行为，具有对法益的直接侵害或威胁性。^④ 如果说《刑法》第253条之一侵犯公民个人信息罪是“带有法定犯气质的自然犯”，^⑤ 那么破坏军婚罪或许可以表述为“具有自然犯气质的法定犯”。

首先，相较于重婚罪，破坏军婚罪之不法并非基于破坏军人婚姻的行为

① 参见岳谦厚：《抗战时期中国共产党军婚保障机制——以华北抗日根据地为中心的考察》，《华中师范大学学报》（人文社会科学版）2017年第1期，第98页。

② 参见雷海宗：《中国文化与中国的兵》，岳麓书社2010年版，第30~31页。

③ 刘艳红：《“法益性的欠缺”与法定犯的出罪——以行政要素的双重限缩解释为路径》，《比较法研究》2019年第1期，第87页。

④ 参见〔日〕大谷實：《新版刑事政策講義》，弘文堂2009年版，第37页。

⑤ 参见刘艳红：《侵犯公民个人信息罪法益：个人法益及新型权利之确证——以〈个人信息保护法（草案）〉为视角之分析》，《中国刑事法杂志》2019年第5期，第25~26页。

在违反道德伦理上有何特殊性，而是建立在军人的婚姻应当得到特别保护的预设上。这一预设以《军人保障法》等相关法律的具体规定为规范基础，行为符合破坏军婚罪的构成要件即对国家规范的不服从。换言之，如果不存在以上前提，破坏军婚罪的违法性实质则与重婚罪完全一致，从而失去了独立成罪的必要。因此，破坏军婚罪从性质上说应当是法定犯。

其次，尽管破坏军婚罪的罪状表述中没有“违反国家规定”这一要素，但这并不能说明该罪不是法定犯。由于《军人保障法》等前置法规范的存在，行为人实施符合破坏军婚罪构成要件的行为必然违反了国家的相关规定，正如妨害公务罪的构成要件中也未出现“违反国家规定”这一要素，但该罪恰是典型的侵害社会管理秩序的法定犯。又如雇用童工从事危重劳动罪作为典型的自然犯，其保护的法益是儿童的身心健康权，但这并不影响其以“违反劳动管理法规”为前提。条文中是否具备“违反国家规定”这一要素并不能在终局意义上决定犯罪的性质，虽然法定犯以“违反国家规定”为前提，但其表述可以采用不成文构成要件要素的方式。^①

总结来说，破坏军婚罪虽然具备自然犯的气质，但违反伦理道德秩序并非其不法的本质。作为法定犯，国防利益这一超个人法益具备容身的空间。这里需要特别说明的是，将本罪的保护法益界定为国防利益，并不是对军人婚姻家庭关系以及婚姻伦理道德要保护的否定，毋宁说后两者在破坏军婚罪的规范语境下并不具备直接指导构成要件解释的机能。

另一个可能的质疑是，如果将破坏军婚罪的保护法益界定为国防利益，如何证明该保护法益的可侵害性？应当认为，立法者在此的意图不是要求司法机关在诉讼过程中积极证明国防利益受到侵害的事实，而应理解成只要存在法益侵害的危险刑法就应当积极介入的政策宣示，^②故而本罪在类型上其实是抽象的危险犯。对此，也可从立法者选择了“三年以下有期徒刑或者拘役”这一相较于国防利益的重大性而言极为轻缓的法定刑窥得一斑。申言之，即便国防利益从客观上看并未受到侵害或减损，也不妨碍就行为人不当介入军人婚姻的行为依照《刑法》第259条第1款定罪处罚。

综上所述，在破坏军婚罪的语境下，之所以拥有军籍一方与（无军籍）配偶在婚姻关系中呈现出非对称的主体地位，是因为立法者着眼于国防利益而对军婚关系内的（无军籍）配偶和关系外的第三人施加了额外的限制，这一禁止规范的正当化依据既非军人婚姻家庭关系也非婚姻伦理道德，而是

① 参见刘艳红：《法定犯不成文构成要件要素之实践展开——以串通投标罪“违反招标投标法”为例的分析》，《清华法学》2019年第3期，第44页。

② 参见张梓弦：《积极预防性刑法观于性犯罪中的体现——我国〈刑法〉第236条之一的法教义学解读》，《政治与法律》2021年第7期，第55页。

国家作为共同体为避免自身瓦解而采取的积极举措。因此，破坏军婚罪的保护法益应界定为国防利益。当然，为避免只是用法益替代社会危害性的文字游戏，防止构成要件被虚化，下文将回归规范构成并以法益为指引进行具体分析。

三、破坏军婚罪的定罪机理澄清

（一）破坏军婚罪的构成要件阐释

1. 应从规范的构成要件要素视角实质解释“同居”“结婚”

从罪状表述看，本罪属于简单罪状，但与故意杀人罪中的“杀人”不同，这里的“同居”和“结婚”是规范的构成要件要素，其脱胎于日常交流语境但又被抽象成高于日常现象的法律概念，“是难以甚至不可能从字面含义发现刑法的真实含义的要素”。^①因此，单纯的形式解释无法达到法律适用所要求的明确程度，必须借助实质解释说明符合客观构成要件的行为具有与之相当的法益侵害性。

这种实质的解释方法能够有效解决规范涵摄的困难。通说将破坏军婚罪中的“同居”定义为行为人在一定时期内与现役军人配偶公开或秘密地共同生活的状态——以两性关系的结合为基础，同时形成了经济、生活等方面的特殊关系。^②不难发现，此时作为阐释概念的“共同生活”仍然需要进一步解释，难以满足罪刑法定的明确性要求。如果借鉴相关民事法律规范，将“同居”解释为“有配偶者与婚外异性，不以夫妻名义，持续、稳定地共同居住”，^③虽然明确了判断标准，却又与本罪要实现的规范保护目的相悖。比如行为人甲明知乙是现役军人配偶，与之长期保持情人关系但从不留宿共同生活，后因乙怀孕而东窗事发。就甲的行为而言，严格按照前述标准判断显然难以构成破坏军婚罪，这就使本罪出现明显的处罚漏洞，故作为规范解释方案既欠缺说服力，也与实践认知存在冲突。^④

前文已述，构成破坏军婚罪的行为必然具有侵害国防利益的抽象危险。以此观察本罪的构成要件设置，则行为人“明知是现役军人的配偶”仍与之结婚的，是从结构侧面造成了法益侵害的危险。行为人与军人配偶登记结

^① 张明楷：《犯罪构成体系与构成要件要素》，北京大学出版社2010年版，第206页。

^② 参见高铭喧、马克昌主编：《刑法学》，北京大学出版社2019年版，第485页；张明楷：《刑法学》，法律出版社2021年版，第1210页。

^③ 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉婚姻家庭编的解释（一）》（法释〔2020〕22号）第2条。

^④ 有关案件请参见湖南省辰溪县人民法院（2018）湘1223刑初213号刑事判决书。

婚、对外以夫妻名义共同生活形成婚姻关系的，即是对既存的、军人受保护的合法婚姻关系予以解构，新的婚姻关系在结构上遮蔽了旧的婚姻关系。而行为人“明知是现役军人的配偶”却与之同居的，是从功能侧面造成了法益侵害的危险。此时，尽管军人的婚姻家庭关系在外观上仍然完整，但作为婚姻关系应有之义的“军人—军属”间的主体互动被“行为人—军属”间的主体互动所替代，新的关系主体在功能上替代了旧的关系主体。两者的共同之处在于，行为人均打破了军人与军属之间基于婚姻形成的亲密关系，由此影响军心士气、动摇军人的作战意志并削弱其战斗力，从而对国防利益造成了抽象的危险。

2. 实质解释的边界止于构成要件的形式合理性

从实质角度看，似乎便不难理解为何“明知是军人配偶仍与之通奸”不在本罪的行为类型之列，但其可罚性却在实践中被普遍承认。就行为的实质危害而言，其对法益造成的危险并不亚于以上两种不法类型。如此一来，延续长期以来的规制惯性便是顺理成章的。例如，在“林某某破坏军婚案”中，法院认为，上诉人林某某“明知杨某系现役军人配偶的身份后，仍与杨某发生并长期保持不正当的两性关系，并在此过程中造成非婚生女段某夏出生的结果，上诉人主观上具有破坏军婚的故意，客观上实施了侵害破坏军婚罪所保护法益的行为，因此上诉人的行为符合破坏军婚罪构成要件”。^①不难看出，法院正是以行为的社会危害性代替了构成要件符合性判断，从而回避了对“同居”的规范阐释，以期尽可能周延地实现法益保护。但这与本文所采取的实质解释立场存在根本性差异。罪刑法定原则制约下的刑法应当是形式合理性与实质合理性的辩证统一体，即对于法律根本没有任何规定而社会危害性严重的行为要坚持形式入罪的立场，必要时不得不牺牲个案正义以维护普遍正义。^②不符合刑法规定的行为，即便入罪结论满足正确的价值判断，在刑法中也不应有容身之处。

（二）破坏军婚罪的规范涵摄过程

行文至此，本文的论证似乎陷入了僵局。一方面，提倡构成要件的实质解释意味着从语词的文义出发尚不足以掌握不法的全貌；另一方面，强调构成要件的实质解释不能突破文言的形式合理性又仿佛在说，经由法益侵害性刻画的最大射程应止于语词可能的使用含义。通过上文的简要回应，这一立场尽管在理论上可以自恰，但仍未明确“与军人配偶通奸”是否具有构成要件符合性。很显然，全称肯定或否定命题都无法真正解释涵摄过程的合理性，而只能诉诸更为抽象的原则。可是在抽象的刑法原则层面，不同立场之

^① 青海省西宁市中级人民法院（2018）青01刑终265号刑事裁定书。

^② 参见刘艳红：《实质刑法观》，中国人民大学出版社2019年版，第239页。

间更多是辩证统一而非对立的关系，这就使得最后的结论似是而非，欠缺足够的说服力。

因此，有必要切换思考的方向，不先预设“与军人配偶通奸”作为一种类型化的行为情状，再判断其是否能被规范涵摄，而是从现象层面加以分析，并按照是否具有规范意义作进一步的区分，以还原其真实的涵摄过程。

1. 视角转换：刑法视野中对性的规范评价

性作为人类的一种生物本能，很早便进入规范视野并具有了社会意义。不同于因血缘而形成的关系，因性而形成的关系更具有“创造性”，^①故不同身份序列个体之间的性交就必须被严格控制。传统社会按服丧期限及丧服粗细的不同来划分伦理关系的远近亲疏，从“斩衰”到“缌麻”依次递减，亲者服重，疏者服轻。个体之间的礼法关系越亲近，则由性的结合产生的伦常颠覆越剧烈，个体也就因此受到来自刑罚更为严格的“心理强制”。例如，《唐律疏议·杂律》即规定，“奸缌麻以上亲”者“徒三年”，而“奸父祖妾”者则“绞”。可以说在这一历史阶段，相较于性本身，因性产生的社会关系扰动可能更加受到规范的关注，处罚“奸”只是手段，维持人与人之间的身份关系相对稳定才是规制目的所在。

但是随着传统宗法社会的解体，附着在性之上身份伦理的一面已经逐渐从法律视野中隐退。一方面，经济活动的纵深发展要求个人从身份关系中解放，伴随基本经济单元从家族到家庭再到个人的演变是人与人之间基于身份依附性的不断消亡。在身份关系失去作为经济基础的意义后，法律规范作为上层建筑去维持身份关系的动力便只能从道德伦理秩序中找寻。另一方面，尽管刑法中仍然规定了不少与性有关的犯罪，但是这些犯罪的不法实质在于对个体自我决定权的侵犯，即便罪名或构成要件中使用了带有道德谴责色彩的表述，但这更多是由于延续语词使用惯性而非强调伦理规制的。以强奸罪为例，这里的“奸”可与“性交”作同义替换，而填充其不法的实质部分在于“强”，即“违背妇女意志”。换言之，性本身不存在好坏之分，其在刑法的视野中应是中性的。^②

2. “与军人配偶通奸”的规范涵摄过程

在法律的逻辑推演中，性交也好、通奸也罢，都只能作为小前提（事实）的组成要素，而不具有对小前提的概括能力。具体到破坏军婚罪的构成要件判断，仅用“通奸”来概括涵摄三段论中的小前提是不恰当的，是对待审查事实的不当剪裁。“通奸”背后“性”的侧面与“同居或结婚”所蕴

^① 参见苏力：《大国宪制：历史中国的制度构成》，北京大学出版社2018年版，第137页。

^② 参见Kate Greasley, *Sex, Reasons, Pro Tanto Wronging, and the Structure of Rape Liability*, *Criminal Law and Philosophy*, Vol. 15 (2), 2020, pp. 159–179.

含的“亲密关系”虽然紧密关联但又不完全一致。与大前提（“明知是现役军人的配偶而与之同居或结婚的”）进行涵摄推演的小前提包括但不限于“明知是现役军人配偶而与之通奸”，也可能包括非婚生子、^① 生活中的亲昵举动、^② 共同生活或是为共同生活进行的准备工作、^③ 被军人发现后威胁军人离婚^④等事实要素。

这是因为，仅仅强调性结合的通奸从内涵到外延都无法涵盖上述小前提所关注的事实要素，前者只能作为事实要素的一部分成为判断涵摄关系是否成立的素材，它可能预示着行为人瓦解了军人与其配偶之间的主体互动，但并非绝对。换言之，法院在此类案件中审查的并不是行为人在明知对方是军人配偶的前提下与之发生性关系（T2'）同破坏军婚罪构成要件（T1）之间的涵摄能否成立。毋宁说，法院关注的是当T2'出现时，是否能够认定行为人在明知对方是军人配偶的前提下与之建立了相互扶助、共同生活乃至更为紧密的关系（T2）。因而，是否符合破坏军婚罪构成要件这一结论（T3）的得出，就并非基于T1→T2'，而是源自T1→T2这一规范涵摄过程。

由此可以澄清的是，辩护实践中将通奸与同居作概念上的切割所存在的误解。以“何某某破坏军婚案”^⑤为例，本案辩护人提出，虽然张某1（军人配偶）在外租房，但被告人每次去“仅仅只是发生性关系”，属于二人“之前在宾馆发生性关系的延续”，并非在一起共同生活。换言之，二人只是“通奸”而非“同居”，前者不属于破坏军婚罪要规制的行为。基于上述论证，可以认为被告人与张某1之间的互动（表现为但不限于发生性关系、以男女朋友关系交往或在经济上相互支持）表明，行为人系在明知对方为军人配偶的前提下与之建立起亲密关系，其行为对军人婚姻家庭造成的不良影响已经造成了对国防利益的抽象危险，具备实质意义上的法益侵害性。“当某种行为并不处于刑法用语的核心含义之内，但具有处罚的必要性与合理性时，应当在符合罪刑法定原则的前提下，对刑法用语作扩大解释。”^⑥虽然两人在租住房中发生性关系的行为尚未达到“同居”核心语义所要求的“长期、稳定共同生活的准婚姻状态”，但就“同居”的边缘语义而言，应当说也能够容纳间断地、在不特定地点共同起居生活的状态。因此，法院最

① 参见《李某破坏军婚案——破坏军婚罪中“同居”的认定》，最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭编：《刑事审判参考》（总第130辑），人民法院出版社2022年版，第75~79页。

② 参见辽宁省锦州市中级人民法院（2017）辽07刑终53号刑事裁定书。

③ 参见陕西省山阳县人民法院（2019）陕1024刑初169号刑事判决书。

④ 参见广东省佛山市三水区人民法院（2018）粤0607刑初369号刑事判决书。

⑤ 参见四川省达州市达川区人民法院（2018）川1703刑初241号刑事判决书。

⑥ 张明楷：《实质解释论的再提倡》，《中国法学》2010年第4期，第51页。

后并未采纳上述辩护意见，认定被告人何某某的行为构成破坏军婚罪的观点应予支持。

（三）小结

总之，在立法者的视野中，破坏军婚罪要规制的是行为人明知军人配偶与军人之间的婚姻关系——这种婚姻关系因履行了婚姻登记而具有公示性，仍然通过与军人配偶建立亲密关系的方式试图介入其中。当这种介入表现为对方配偶同意与之同居乃至另行结婚，由此所造成的家庭变故会严重削弱军人的军心士气和战斗意志，从而对国防利益造成抽象的危险，因此在行为不具备违法或责任阻却事由的情况下构成本罪。

四、破坏军婚罪的出罪路径建构

至此，本文已通过对破坏军婚罪的法益厘定以及对构成要件解释中可能存在的问题予以回应，初步澄清了本罪的定罪机理，但就描摹本罪基本形象而言，还留有出罪路径尚未建构的问题亟待解决。如果说定罪机理的解释学问题是从微观视角加以剖析，那么对出罪路径建构问题的回答则需要我们再次切换到宏观视角俯瞰。

关于传统犯罪论体系下刑法出罪机制的混乱，学界已有相当详尽的研究。^①一定程度上可以说，正是由于无法厘清社会危害性与违法性的关系、难以弥合犯罪概念与犯罪构成之间的缝隙乃至陷于犯罪构成与构成要件的混淆，“四要件”的犯罪论体系不可避免地走向了被颠覆的命运。^②因此，在刑法学知识转型的背景下，破坏军婚罪出罪路径的具体建构势必要摆脱传统的犯罪论体系而转向阶层论的思考范式。

（一）构成要件不符合：“通奸”不等于“同居”

构成要件符合性判断是阶层犯罪论体系下犯罪成立的基础，也是出罪机制的前端。构成要件符合性判断具有实践罪刑法定原则的机能，通过将不符合构成要件规定的行为排除在刑法制裁范围以外，罪刑法定原则得以贯彻。^③在这个意义上，构成要件并非成文刑法规范本身，而是对后者的二次加工。构成要件符合性的判断过程，即对成文刑法规范的解释过程，借助对

① 参见陈兴良：《违法性理论：一个反思性检讨》，《中国法学》2007年第3期，第156～169页；张明楷：《违法阻却事由与犯罪构成体系》，《法学家》2010年第1期，第31～39页；刘艳红：《入出罪走向出罪：刑法犯罪概念的功能转换》，《政法论坛》2017年第5期，第66～78页。

② 参见陈兴良：《四要件犯罪构成的结构性缺失及其颠覆——从正当行为切入的学术史考察》，《现代法学》2009年第6期，第57～75页。

③ 参见〔日〕松原芳博：《刑法总论》，日本评论社2017年版，第46页。

成文刑法规范的解释，罪与非罪的界限得以清晰。

揆诸历史，构成要件的基础功能有二：一是犯罪成立要件的体系化；二是将混杂于形式要件与实质内容中的犯罪概念客观呈现出来。^①然而，自贝林（Beling）以来，构成要件呈现出的犯罪客观形象不断被价值判断所填充，已然脱离了绝对的中性色彩。这种趋势下的构成要件论是否会丧失独立品格乃至最终衰亡暂且不论，^②但至少可以肯定的是，诸如规范的构成要件要素的发现，使得构成要件的正确适用离不开与违法性的关联。从入罪的角度看，这意味着只有具备值得处罚的法益侵害行为才是刑法规制的对象。从出罪的角度看，则意味着即便具备相当的社会危害性但法律对此没有规定的行为不得作为刑法制裁的对象。

前文已述，破坏军婚罪中的“同居”是规范的构成要件要素，需要从法益侵害的实质角度把握。借助亲密关系的概念，当行为人与军人配偶之间的主体互动实质上取代了后者与军人之间的主体互动时，这种亲密关系的建立意味着破坏军婚罪意义上的“同居”。由此，行为人与军人配偶之间是否发生性关系就只是判断“同居”与否的事实资料，而不是当然涵摄于“同居”概念之中，否则就与立法者特意选择语词缩小打击范围的意旨不符。^③

设例1：甲通过手机交友软件认识了乙，见面后得知乙系现役军人丙之配偶。两人发展为固定性伴侣后经常在酒店发生性关系，因被熟人遇见事发。甲、乙均为解决生理需求，并无共同生活乃至结婚之想法与行动。本例中，甲单纯与军人配偶乙通奸，该行为可能同样打击了军人的军心士气，甚至对国防利益造成了一定程度的抽象危险，但在没有其他事实资料能够证明甲与军人配偶乙之间建立起亲密关系的情形下，甲的行为不具有构成要件符合性，不能仅凭行为可能蕴含的社会危害性得出入罪的结论。

（二）违法性阶层的审查：因果关系否定下违法性的排除

违法性阶层的审查是阶层犯罪论体系下对行为是否具有法益侵害性的实质判断。我国《刑法》明文规定的违法阻却事由仅有正当防卫与紧急避险两种，类型上与之对应的“超法规的违法阻却事由”多见于学理讨论。^④就破坏军婚罪而言，行为犯或抽象危险犯的构造决定了将法益衡量作为底层逻辑的违法阻却事由难以起到有效的过滤作用，正当防卫、紧急避险自不必

① 参见〔日〕山中敬一：《犯罪論の機能と構造》，成文堂2010年版，第182页。

② 参见〔日〕西原春夫：《犯罪実行行為論》，成文堂1998年版，第65页。

③ 参见高铭喧：《中华人民共和国刑法的孕育诞生和发展完善》，北京大学出版社2012年版，第480页。

④ 参见张明楷：《刑法学》，法律出版社2021年版，第296页。

说，国防利益作为保护法益意味着被害人承诺等超法规的违法阻却事由同样难有用武之地。在行为犯或抽象危险犯の場合，通常认为行为人只要实施了构成要件行为就具有法益侵害的抽象危险，以借此克服实害犯或具体危险犯的立法设计在满足法益周延保护机能上欠缺的问题。^①从刑法谦抑的角度观察，这实属权衡风险预防与法益保护后的无奈之举，^②因此即便存在立法技术选择上的种种理由，仍有必要在解释论层面加以适用上的限制。

在一般意义上，尽管因果关系的判断问题并不涉及行为本身法益侵害性的存否，但在特定情形下，行为有无法益侵害性恰恰是通过因果关系的判断得出的。^③在破坏军婚罪的具体语境下，行为人明知对方是现役军人配偶仍与之同居或结婚的事实，一方面对知晓内情的军人造成极大的精神痛苦，另一方面这种主体互动的更迭会对军人家庭的稳定存续形成强烈的冲击。立法者为避免军心士气因此动摇进而威胁到国防安全，以抽象危险犯的模式对此予以规制，虽不能当然得出结论——对国防安全法益的抽象危险是不成文的构成要件要素，但至少表明在破坏军婚罪的构造中，行为人的“介入”开启的因果流程是推定行为抽象危险的重要事实资料。换言之，如果在行为人“介入”之前军人婚姻已经趋向衰亡，则行为虽然符合构成要件但是否存在法益侵害的实质危险就值得商榷。

设例2：甲与现役军人乙结婚后长期分居亦无子女，感情基础日渐凋零。甲提出离婚请求后，双方展开漫长拉锯，乙为此精疲力竭并最终同意离婚。在甲、乙二人办理离婚手续数月前，甲便与第三人丙同居。丙虽知晓甲、乙离婚事宜未尽，但甲宣称已得到乙同意离婚的口头承诺，只待乙告假而归即行离婚手续，便也坦然与之同居。本例中，甲、乙感情破裂最终走向消亡的因果进程并非由丙开启。法律虽然特别保护军人婚姻但并不保护军人婚姻的永续，当军婚因内部互动失调走向瓦解时，法律所能做的只是尽可能延缓并希望当事人回心转意，却不能剥夺感情确实破裂情形下当事人解除婚姻关系的自由。尽管从形式上说，丙与甲同居时，甲仍然是现役军人配偶且丙对此明知，但在乙同意离婚且甲、乙二人最终确实办理离婚的情况下，通过保护军人婚姻进而维护国防利益安全的逻辑链条断裂。此时破坏军婚罪就蜕化为对行为人单纯不服从的处罚，从而缺少必要的正当性依据。

① 参见李川：《抽象危险犯自身谦抑机制研究——以醉驾案件具体危险犯化认定倾向为视角》，《政治与法律》2013年第12期，第60页。

② 参见林东茂：《危险犯的法律性质》，《台大法学论丛》1994年第1期，第9~14页。

③ 参见王新：《骗取贷款罪的适用问题和教义学解析》，《政治与法律》2019年第10期，第42~50页。

需要特别强调的是，破坏军婚罪在违法性阶层的出罪判断呈现“双降”结构。换言之，行为人在军婚走向瓦解的过程中“介入”越早，因果关联越强，行为越能够表征对国防安全法益的抽象危险；行为人在军婚走向瓦解的过程中“介入”越迟，因果关联越弱，行为越难以表征对国防安全法益的抽象危险。由此，破坏军婚罪在违法性阶层的出罪相较于构成要件阶层而言，评价上更具有规范性，结论上更趋向个案情境下的具体判断。

（三）责任阶层的审查：心理强迫情形下可谴责性的降低

责任阶层的审查是阶层犯罪论体系下对行为人是否具有可谴责性的规范判断，是出罪机制的后端。阶层犯罪论语境下的责任阶层，聚焦于考察行为人的期待可能性，避免行为人因不能抗拒或不能预见的不法事实受到刑事制裁，是刑法保障人性尊严与自由的现实表达。而就其具体判断来说，内容上强调特定侧面（判断资料、一般标准、期待主体）的不同标准之间并无本质差别，最终都需要根据特定主体的身心条件与行为时的附随状况，从规范的角度评价能否期待行为人运用自身能力避免实施不法行为。^①

具体到破坏军婚罪的适用，行为人受到心理强迫情形下与军人配偶亲密互动的可谴责性就值得进一步分析。实践中，鉴于此类案件同时处罚军人配偶的情形极为罕见，当军人配偶在某种程度上主导了与行为人的亲密关系时，完全有可能出现行为人被迫与军人配偶维持亲密互动的情况，法律此时不应强人所难。如果行为人所处的具体情境使其难以遵照刑法合法地行事时，尽管从规范评价的角度仍要否定其行为，但同时也应减轻乃至免除其罪责。这既是弥合现代社会个人正义主张与普遍正义追求之间紧张关系的应然举措，也是肯定人的自由意志进而说明刑罚正当性的必然要求。

设例3：甲与乙为情人关系，其间甲了解到乙实为现役军人丙之配偶，担心因触犯法律多次要求与乙分手断绝关系，但乙拒绝分手且以死相逼，相持日久最终因乙自杀未遂而事发。^② 本例中，可以将行为人与军人配偶的亲密互动以是否知晓对方身份为节点分成两段：行为人在此之前由于不明知军人配偶身份，形式上不符合破坏军婚罪的构成要件；在行为人此后具备明知的情况下，其与军人配偶维系亲密关系的举动实质上构成破坏军婚罪的不法。即便如此，考虑到行为人的真实意愿是结束关系但因受到心理上的强制被迫继续，刑法要维持其行为规范的意义不受贬损，应当在考察行为人期待可能性后对罪责予以免除或者减轻。

^① 参见〔日〕山口厚：《刑法总论》，有斐阁2016年版，第270~271页。

^② 本例原型参见浙江省舟山市普陀区人民法院（2017）浙0903刑初120号刑事判决书。该案一审法院最后判处被告人有期徒刑6个月、缓刑1年，应当说充分考虑到了特殊情况下被告人罪责程度的降低。

五、结语

从革命战争年代到和平建设时期，军婚制度的规范实践背景已然巨变，作为其制度保障的刑法适用，亟待理论活水的灌注。以破坏军婚罪为对象的教义学阐释，恰恰是从历时性的维度填补刑法学理论回应本土意识的空缺之处。通过对本罪基本形象的教义学梳理，本文的基本内容可归纳为以下三点。

第一，破坏军婚罪的保护法益应当是国防利益。法谚云，“紧急之下无法律”。当国家陷入生死存亡之际，法律框架下的权利与义务难免被遮蔽于牺牲和奉献的宏大叙事中。然而，这并不意味着二者之间的张力就此消解。回归军婚制度的历史脉络，国防安全法益作为规制目的之具象化揭示了其作为基本权利限制例外情形的正当性基础。

第二，“明知是军人配偶与之通奸”无法与破坏军婚罪的构成要件“同居”建立直接的涵摄关联，前者仅作为事实资料进入破坏军婚罪构成要件的涵摄过程。以国防利益作为保护法益指导破坏军婚罪构成要件的实质解释，既避免了囿于形式标准的涵摄判断无法应对客观现实的适用困境，同时也澄清了对实践中破坏军婚罪的司法适用不当类推的质疑。

第三，破坏军婚行为的刑法规制应当求取合理与合法的平衡路线。这就意味着只有同时从入罪和出罪两个面向审视破坏军婚罪，才能对其基本形象有较为明晰的刻画。从入罪的角度观察，行为人明知军人配偶与军人之间的婚姻关系，仍然通过与军人配偶建立亲密关系的方式试图介入其中。当这种介入表现为对方配偶同意与之同居乃至另行结婚，所造成的家庭变故会严重削弱军人的军心士气和战斗意志，从而对国防利益形成了抽象的危险，因此在行为不具备违法或责任阻却事由的情况下，构成本罪。从出罪的角度观察，应当对单纯的通奸行为予以出罪，对缺乏因果关联、受心理强迫下违法性和可谴责性降低的情形予以相应的减轻或免除处罚。

（责任编辑：方 军）