
刑法案例·总则

1. 长期遭蹂躏，趁熟睡砍死 侵害人如何定性

罗 明

【案情简介】范某，女，18岁，外出打工被骗后流浪街头。2002年6月，家住农村的吴家两兄弟从城里打工回家路上遇见范某，二人商量欲将范某骗回家予以奸淫，吴兄遂上前对范说：“你打工吗？我家有一个蔬菜大棚没人侍弄，你要干，管吃管住，每月给你200元工钱。”范某在走投无路的情况下，答应去干，于是吴家二兄弟将范领回家，当晚吴兄两次将其强奸。第二天吴兄出去打工，吴弟在家将范强奸，此后半个多月，吴家兄弟白天晚上轮流看守，范某每天都遭受吴家兄弟的奸淫，范曾四次试图逃跑均被抓回并遭受毒打。7月4日凌晨，范某趁吴家兄弟熟睡之机，用斧头将二人砍死。

【分歧意见】一种观点认为，范某构成故意杀人罪。范某在砍吴家兄弟时是在非法拘禁状态下，而非法拘禁的不法侵害，不是刑法第二十条第三款中规定的无限防卫情形，虽有防卫性质但已明显过当。

另一种观点认为，范某具有无限防卫权，属于正当防卫。范某砍吴家兄弟时，虽然未遭受实际的奸淫，但其所处的状态是一种强奸状态的继续。

【评析】笔者同意第二种观点，笔者认为分析此案不能机械狭隘地套用法条，应客观、全面、联系地观察本案的具体情况，关键是如何理解两种犯罪（非法拘禁、强奸）的不法侵害是否正在进行。对于非法拘禁的不法侵害，在范砍击吴家兄弟时“正在进行”不难理解，因为非法拘禁是一种继续犯，在范某未逃离吴家前都在受到非法拘禁的不法侵害。那么，此时范某是否受到正在进行的强

奸行为的不法侵害呢？笔者的回答是肯定的。根据刑法理论，继续犯是指犯罪行为自着手实行到其终止以前始终处于继续状态，这种继续即为正在进行。继续犯的特点有三：一是行为人出于一个罪过，实施一个犯罪行为；二是一个犯罪行为持续地侵犯同一客体和对象，或者同时持续侵犯数个相同对象；三是犯罪行为及与其相伴的不法状态同时持续存在据此，我们来分析在范某砍击吴家兄弟时，他们的强奸行为是否在继续或正在进行首先吴家兄弟出于强奸范某这一直接故意（罪过）将范某骗回家，并予以奸淫；其次是吴家兄弟的强奸行为侵犯的是范某的性权利且仅针对范某一个人；第三是吴家兄弟每日对范某实施奸淫，只要范某不能逃离，这种昼夜被奸的事实将一直持续下去，即从范某第一次被奸到其逃离之前始终处于被强奸的继续状态之中所以，不能仅看范某在砍击吴家兄弟时没有受到强奸就认为当时范某没有受到强奸的不法侵害，我们知道“继续状态”或“正在进行”指的是时间上的概念。就一般的强奸案件而言，不法侵害的继续状态或正在进行的不法侵害的时间可能相对短一些，但它仍包含着从着手实施犯罪到犯罪行为终止这一不法侵害的全过程。而本案从范某第一次被奸到将吴家兄弟砍死始终都处于一次又一次的被强奸的不法侵害状态中，这与一般强奸案件正在进行的不法侵害在本质上是相同的，所不同的仅仅是不法侵害持续的时间长短有别罢了。

故此，笔者认为，范某的行为符合刑法第二十条第三款所规定的特征，属于正当防卫，不负刑事责任。

2. 持棒救子致人死亡如何定性

——防卫过当与否取决于行为是否超过必要限度

许明城

【案情简介】犯罪嫌疑人黄某在某地从事水果批发生意，同行徐某因生意竞争而与黄某多次发生矛盾。徐某纠集其儿子及同乡陈某等 5 人，意欲强行阻止黄某继续从事水果批发生意。2001 年 6 月 19 日下午，徐某等人前往黄某回家必经小巷欲截住黄某，恰逢黄某之子回家途经此处，徐某等 5 人即截住黄某之子，按在地上用拳脚并持棍殴打。这时，黄某正好路过，见状后，就从路边抄起一根大木棍，向正在围殴他儿子的 5 人打去，当即打中陈某的头部，致其颅脑损伤，经医院抢救无效死亡。

【分歧意见】关于黄某行为如何定性有两种观点：

1. 黄某行为属于防卫过当。理由是：黄某在制止不法侵害行为时，采取以木棍打击陈某的头部。因黄某打击力度大，且是在头部，致使陈某死亡。所以，黄某制止不法侵害的行为超过了必要限度，造成了不应有的重大损害，属于防卫过当，应当负刑事责任。

2. 黄某行为属于正当防卫。理由是：（1）黄某等 5 人围殴黄某儿子的行为是不法侵害行为，黄某持木棍打击陈某，主观上是为了阻止徐某等 5 人对其儿子的伤害。（2）黄某在徐某等 5 人围殴其子时，判断徐某等 5 人有行凶意图，在情急之下，持木棍打击对方，应属正当防卫，而不是防卫过当，不应承担刑事责任。

【评析】本案争议的焦点是：在徐某等 5 人并无杀害黄某之子意图的情况下，黄某的行为是否超过必要限度，是否构成防卫过当。笔者认为，应认定为正当防卫，黄某不应承担刑事责任。

1. 徐某等 5 人殴打黄某之子的行为属于不法侵害。徐某等 5 人为了阻止黄某从事同类生意，而向黄某之子施以暴力，其行为是

违法的，而且加害于黄某之子有 5 人，对被害人施以拳脚和棍棒，其加害程度也是严重的。

2. 黄某先前并不知道其子被围殴，而是在路经时正好碰到其子被围打。当时其子被打倒在地，不法侵害的 5 人正对其子施以拳脚和棍棒，因此黄某不可能准确判断其子被伤害的程度。尽管徐某 5 人没有杀害黄某之子的意图，但黄某凭当时情形可以认定徐某等 5 人是正在行凶。此外，黄某的木棍也不是事先准备的，而是在情急之下从路边随手抄起向加害人进行打击，不能认定黄某当时有致他人死亡的意图。所以，也不能认为黄某的行为是防卫过当，而应认定为正当防卫。

3. 黄某是通过给不法侵害人造成损害的方法，来阻止对其子的不法侵害行为，尽管黄某有损害不法侵害人身体意图，但其目的是为了阻止不法侵害，因此与侵犯他人合法权益的伤害故意不同。

我国刑法第二十条明确规定，正当防卫既包括保护本人合法权益，又包括保护他人的合法权益而采取的防卫行为。第三人为了他人的合法权益采取防卫行为时往往不一定了解事情真相。在本案中，黄某只是看到数人在围殴其子，他对事情起因和侵害情况并无准确的了解，从案件发生的情形，不能要求其严格掌握防卫的程度，而且从社会效果方面来看，对此类案件，应认定正当防卫较为妥当。

3. “激”人自杀：作为还是不作为犯罪

——关键要认定行为人是否负有防止他人自杀的特定义务

刘金林

【案情简介】甲因妻子乙与人通奸而与之争吵，甲说乙的行为让自己没脸活下去。乙闻言就拿来绳子、板凳，对甲说：“你没脸活下去就去死，绳子、板凳都给你准备好了，你有胆吗？给你十个胆你也不敢，像你这样的人活在世上真没意思”甲被激得拿起绳子悬梁自缢，乙站在一旁没制止，也未解救。不一会儿，乙见甲停止挣扎，才喊人解救，但为时已晚，甲已死亡

上述案例中，对乙应定杀人罪基本无异议。但对乙以言语激甲自杀并提供工具的行为是属于杀人的作为方式还是不作为则存在较大争议。本报记者就此案采访了中国政法大学教授、博士生导师曲新久。

记者：曲教授，乙的行为属于杀人的作为方式吗？

曲新久（以下简称“曲”）：作为方式的杀人行为，是指刑法禁止杀人而行为人违反该禁令实施了积极的杀人行为。本案中，甲是一个有行为能力的成年人，对于上吊可能造成的后果有而且应当有清楚的认识，自缢行为是其自己选择的结果，是一种自杀行为，而不是一种在乙的威胁之下迫不得已的失去选择可能性的行为，这种情况下，乙的行为属于一种从主观上促使甲决意自杀并且客观上为甲自杀提供工具（帮助）的行为，不是一种作为方式的杀人行为。

记者：那么，在本案中甲自杀时乙不制止、不救助的行为是否是不作为的行为方式？

曲：乙的行为是否属于刑法上的不作为行为方式，问题的关键是乙是否具有作为义务即采取积极行动防止甲自杀死亡的义务。我

国刑法学通说认为，作为义务的根据是法律规定、职务或业务的要求、先行行为、契约等法律行为的四种要求。我国婚姻法规定夫妻之间有相互扶助的义务，但是习惯上人们将夫妻之间的相互扶助义务定位在物质帮助和精神抚慰上，夫妻相互扶助义务是否包括一方发现对方处于危难之中时必须予以救助，理论上尚有争议。所以，对于本案来说，乙是否具有法律上的作为义务，即是否能根据婚姻法的规定直接认定乙具有作为义务，尚有疑问。乙故意刺激甲而造成甲决意自杀，是否属于引起救助义务的先前行为，也存有一定的疑问。因为，一个人受点刺激便想自杀以达成合理或者不合理的要求，显非社会公共道德和法律所认同，法律更加不应鼓励任何人通过自杀的方式解决问题，自己的生命首先需要自己珍惜，这不仅是对自己负责，而且也是对社会共同体负责。司法实践中，人民法院对于此类案件往往会综合考虑以下三个情节：一是乙对于甲的自杀决意有责任（乙刺激甲决意自杀）；二是乙同甲之间有夫妻关系，而且作为妻子的乙道德上有问题（与人通奸）；三是在甲自杀时只有其配偶乙一人在场的特殊情景，从而得出妻子乙有防止丈夫甲自杀身亡的义务。这一推理及其结论，不完全是以逻辑分析为基本特征的法理分析，而主要表现为特定文化背景下的一种经验判断，从刑事政策上讲，司法机关如果对于此类案件不追究乙的刑事责任，从道德和舆论上往往是说不过去的。

记者：乙以言语激甲自杀并提供工具的行为是否可以视为教唆行为？我认为，一个人唆使他人自杀要比唆使他人去盗窃具有更大的社会危害性，而且盗窃的人与自杀的人同样具有自己的判断能力，能够认识到其行为的危害结果。您对此有何看法？

曲：乙的行为不是刑法上的教唆行为。教唆犯罪是指唆使他人犯罪的行为。行为人唆使他人去犯罪，可以成立共同犯罪或者单独犯罪。而在我国，自杀并不是犯罪行为，所以，除非行为人组织和利用会道门、邪教组织或者利用迷信蒙骗他人而致人死亡的（刑法第三百条第二款）构成犯罪以外，行为人仅仅以言语唆使他人自杀或提供自杀工具的行为，不属于我国刑法规定的教唆犯罪行为。

为。教唆自杀行为虽然具有一定的社会危害性，但在我国刑法未修改补充之前，不能作为犯罪行为处理。

记者：该如何认定乙的主观心态？

曲：本案中，甲被激拿起绳子悬梁自缢。乙明知自己的不救助行为必然造成甲的死亡，基本上表明乙的主观意志是希望甲死亡。我这里说“基本”，是因为不纯正不作为犯主观心理的认定往往存在着相当的困难，特别是像本案这种无第三人在场而只有夫妻二人在场的特殊情况下。司法实践中曾有这样的判例，夫妻发生激烈口角，妻子言明自杀，丈夫不予理会，关门离去，妻子果真上吊自杀，司法机关以间接故意不作为杀人罪论处。因为这种情况表明行为人明知妻子可能上吊而不予制止、救助而导致妻子死亡，行为人所认识到的是危害结果发生的可能性而且可能性程度相对较低，其主观意志没有充分的事实证据表明是希望其妻子死亡，因而法院往往认定行为人是持一种放任的态度，属于间接故意。本案的不同之处在于，乙眼瞧着甲上吊自缢，而不予救助，这一情况表明行为人认识到自己的不救助行为必然造成上吊者自缢死亡，因此应以直接故意论。

综上所述，乙有义务并且也有能力救助甲而故意不救助导致甲的死亡，其故意不作为所导致的结果与故意杀人罪的犯罪构成等价，构成故意杀人罪，应承担刑事责任。而且，乙的犯罪行为属于不纯正不作为犯罪，而不属于作为犯。

4. 愿破财免遭强奸，无现金逼迫去拿如何处理

郝茂林

【案情简介】2002年12月5日夜，赵某持刀拦住回家途中的王某（女），欲行强奸。王提出愿意给其200元钱让赵去找“三陪女”，赵表示同意。因王身上没带现金，赵遂持刀逼王回家去拿，途中遇到巡警，王大声呼救，警察将赵制服。

【分歧意见】对于本案有以下不同看法：

第一种观点认为：赵某的行为属于吸收犯，构成抢劫罪（未遂）。因为赵某欲行强奸的行为是后来其实施抢劫行为所经过的阶段，而抢劫行为的实施是因为其欲行的强奸行为使被害人产生恐惧心理所产生的结果。故赵某的行为符合吸收犯的特征。

第二种观点认为：赵某的行为属于牵连犯，构成抢劫罪（未遂）。理由是：赵某的强奸行为使被害人产生恐惧心理，实际上是一种手段行为，而其以暴力威胁劫取财物的行为属于目的行为，故构成牵连犯。依牵连犯的处罚原则，对赵某的行为应定为抢劫罪（未遂）。

第三种观点认为：赵某的行为既不是吸收犯也不是牵连犯，而是构成了数罪，依法应定为强奸罪（中止）和抢劫罪（未遂）。

【评析】笔者同意第三种观点。理由如下：

吸收犯是指数个犯罪行为中因一个被另一个所吸收，因而失去独立的意义，仅按吸收之罪处断的犯罪形态。吸收关系中，前行为是后行为的所经阶段，后行为是前行为发展的自然结局。而本案中，赵某的强奸行为不能被认为与抢劫行为是犯罪的同一过程，因为赵某不是为了抢劫而以强奸作为暴力或胁迫的手段，抢劫行为也不是强奸行为发展的自然结局。故赵某的行为不构成吸收犯。

牵连犯是指实施某一犯罪目的，其方法行为或结果行为又触犯其他罪名的犯罪形态。对于牵连关系的认定，应从主客观相统一的角度出发。1. 主观上，犯罪人必须有牵连的意图。牵连的意图要求犯罪人必须认识到其所实施的数个行为都是为了一个最终的目的，其所实施的数个行为都不过是实现该目的的手段。牵连犯中行为人对于牵连意图内容的认识，还应包括其对为实现犯罪目的而实施的数个行为之间的手段与目的、原因与结果关系的认识。2. 客观上，牵连犯所涉及的数个行为有一个是主行为，其余均为从行为，从行为所产生的效果附着于主行为之上，为主行为之实施或犯罪目的的最终实现提供便利、创造条件。牵连关系不外是数个行为之间合乎规律的联系。行为人在实施前一种原因性行为时，就包含着实施后一种结果性行为的现实可能性，在一定条件下，这种可能性转化为现实性。故赵某的强奸行为与抢劫行为之间并不存在牵连关系。

另外，该案在量刑方面也存在一定的争议。刑法第二十四条第二款规定：对于中止犯，没有造成损害的，应当免除处罚；造成损害的，应当减轻处罚。本案中，单纯从强奸行为看，似乎并没有造成危害结果，但赵某转而实施了抢劫行为，应如何处理？笔者认为：对于中止犯，刑法立法精神在于鼓励犯罪人在犯罪结果发生之前，自动放弃犯罪，有效防止犯罪结果的发生，同时自动放弃犯罪表明其主观恶性小。从这个角度来看刑法所规定的“危害结果”应该作一种广义的理解，不应包括犯罪人自动放弃此种犯罪，转而实施另一种犯罪行为。因此，对赵某强奸（中止）的犯罪行为，不应免除处罚。

5. 为劫财而杀人一概定抢劫不妥

卞文斌

【案情简介】2002年6月17日晚，被告人朱某、房甲、房乙计议抢劫出租车司机。朱某提议：将出租车骗至乡村偏僻路段，先杀人再劫财，然后把尸体藏入出租车后备箱，驾车驶离作案现场后弃车三人携带水果刀、尼龙绳，租乘罗某驾驶的夏利出租车，次日零时许，三名被告人骗罗某驾车至偏僻处，用尼龙绳套住罗某颈部，并用水果刀刺罗的手臂及腹部，致罗不省人事；劫得罗某手机一部（价值人民币530元）、人民币100余元。后将罗某推至路坡下，三人弃车逃逸。罗某苏醒后，经鉴定所受损伤为轻伤。

【分歧意见】本案在审理过程中，对三名被告人的行为属于牵连犯罪认识一致，但对其应当如何定性处罚，主要存在三种不同意见。

第一种意见认为，牵连犯是异质数罪，其社会危害程度、行为人主观恶性等方面都比单纯的一罪严重，按照罪刑相适应原则，应当实行数罪并罚。但就对本案被告人的行为如何定性并罚，又存在两种不同观点。一种观点认为，应当以故意杀人罪（未遂）和抢劫罪，实行数罪并罚。另一种观点则认为，以故意杀人罪（未遂）与抢劫罪实行数罪并罚，势必将杀人行为既作为故意杀人罪的构成要件，又成为抢劫犯罪的暴力手段，显属重复评价。因此，以故意杀人罪（未遂）和盗窃罪并罚为宜。

第二种意见认为，《最高人民法院关于抢劫过程中故意杀人案件如何定罪问题的批复》（以下简称《批复》）规定：“行为人为劫取财物而预谋故意杀人，或者在劫取财物过程中，为制服被害人反抗而故意杀人的，以抢劫罪定罪处罚。”根据《批复》精神，本案被告人为劫取财物而预谋故意杀人，致被害人轻伤的行为，应当

以抢劫罪定罪处罚。

第三种意见认为，对本案被告人的行为，应以故意杀人罪（未遂）定罪处罚。

【评析】笔者同意第三种意见。主要理由如下：

一、牵连犯属可能的一罪，除法有明文规定外，应从一重处。

牵连犯，是指行为人出于一个犯罪目的，而实施某一犯罪的方法或者结果又触犯了其他罪名的犯罪形态。牵连犯在客观上可以分解为数个触犯不同刑法规范、具备数个独立成罪的行为。同时，这些可分解的数个行为之间又存在着牵连关系，即行为人主观上只有实施一个犯罪的目的，是在同一犯罪目的的支配下而形成的目的行为与方法行为之间的关系。因此，牵连犯罪可能因各国刑法规定不同而被视为一罪或者数罪，实行择一重罪处罚、定数罪按一罪从重或者加重处罚、数罪并罚等。

我国刑法总则对牵连犯的概念及其处断原则没有明确规定。刑法分则对某些牵连犯罪规定要实行数罪并罚，例如刑法第一百五十七条第二款规定。那么，对其他刑法没有明文规定的牵连犯罪能否参照上述规定实行数罪并罚呢？回答是否定的。因为，牵连犯虽然实际上构成了数罪，其社会危害程度、行为人主观恶性等方面都比单纯的一罪严重，但因其追求的犯罪目的只有一个，同追求几个犯罪目的的数罪相比，社会危害性又相对较小，所以，我国刑法学界普遍认为，对牵连犯一般不适用数罪并罚的原则，而应当择一重罪处断。

本案三名被告人为劫取财物而预谋故意杀人，且实施了杀人和劫取财物的行为，由于其意志以外的原因致杀人未遂，被害人所受损伤为轻伤。本案被告人的行为符合故意杀人罪（未遂）和抢劫罪的构成要件，但其实施的杀人和劫取财物两个行为之间具有手段与目的的关系，并指向同一个犯罪目的，故成立牵连犯。就本案抢劫情节看，在出租车上抢劫不属于在公共交通工具上抢劫，抢劫致人轻伤而非死亡或重伤，抢劫数额不属巨大，故只能认定为一般性质的抢劫案，其法定刑为三年以上十年以下有期徒刑，与故意杀人

罪相比，按照对牵连犯“从一重处”的原则，显然应当以故意杀人罪（未遂）对本案被告人予以定罪处罚。

二、《批复》应适用于在抢劫过程中故意杀人致人死亡或重伤的案件。《批复》之所以规定“行为人为劫取财物而预谋故意杀人，或者在劫取财物过程中，为制服被害人的反抗而故意杀人的，以抢劫罪定罪处罚”，笔者认为，一是基于在抢劫过程中故意杀人致人死亡或重伤的特定情形，二是基于对牵连犯“从一重处”的原则。按照刑法第二百六十三条的规定，抢劫致人死亡或重伤的，最高刑可以判处死刑，并处罚金或者没收财产。而刑法规定的故意杀人罪及故意伤害罪的最高刑只是死刑，并无并处罚金或者没收财产的规定。根据对牵连犯“从一重处”的原则，应当以抢劫罪定罪处罚。

然而，为劫取财物而预谋故意杀人，或者在劫取财物过程中，为制服被害人的反抗而故意杀人，因行为人意志以外的原因，杀人未遂，只致人轻伤的案件，能否适用《批复》以抢劫罪定罪处罚，则值得推敲。抢劫致人轻伤属于一般性质的抢劫案件，如果没有刑法第二百六十三条规定的其他加重处罚情形，其法定最高刑为十年有期徒刑，并处罚金；而一般性质的故意杀人罪，法定最高刑为死刑，最低刑为十年有期徒刑。虽然对未遂犯依法可以从轻或者减轻处罚，但对牵连犯通常不考虑适用减轻处罚。在不适用减轻处罚的情况下，一般性质的故意杀人罪（未遂）显然重于一般性质的抢劫罪。由此可见，对抢劫过程中故意杀人致人轻伤的案件，如果适用《批复》以抢劫罪定罪处罚，极有可能轻纵犯罪。因此，笔者认为，对此类案件应当根据对牵连犯“从一重处”的原则择罪处罚，而不宜一律适用《批复》以抢劫罪定罪处罚。

6. '97 刑法实施前占有他人汽车 一直不还能否定罪

刘树德

【案情简介】1995年夏天，某耐火材料厂厂长贾某在清理某厂所欠货款时，与厂方达成了以车抵债的协议。后贾某又与郑某达成口头协议，如果该车价格低于市场价格，接回车就卖给郑某。同年9月郑某与其妻及贾某三人从齐齐哈尔市机电公司接出一辆价格为12.5万元的东风长箱柴油汽车。郑某当时嫌车价太高不想要车，三人同车返回为了途中行车方便，车辆手续均交给郑某保管途中，郑某以顺便回家看望老母为由将车开到自己老家。之后郑某提出让贾某赔偿因接车造成的经济损失，否则车不能开回。贾某便请别人来开车，该人亦未找到郑某及汽车，贾遂向当地公安局报案。其间郑某将车上户从事运输达三年零八个月，直至案发车被追回（1999年4月）。经评估该车现价值为1.8万元。

【分歧意见】第一种意见认为，被告人郑某找借口将他人汽车开至其家后予以藏匿，将他人数额巨大的财物据为己有，其行为已构成诈骗罪。

第二种意见认为，被告人郑某不构成犯罪。理由是：郑某以非法占有为目的，将自己代为保管的他人财物非法占为己有，数额较大，拒不退还，其行为是侵占行为，但被告人郑某行为不适用1997年《中华人民共和国刑法》，因为本案行为的发生、结束均在1995年9月，根据当时的法律，其行为不构成犯罪。

【评析】笔者赞成上述第二种意见理由如下：

首先，从案件事实来看，被告人郑某的行为不符合诈骗罪的客观表现，而具备侵占罪的客观构成要件。诈骗是指以非法占有为目的，采用各种虚构事实或者隐瞒真相的方法，使他人陷入错误，并

基于此种错误认识“自愿地”处置财物给行为人控制或支配。侵占是指以占有为目的，将自己已实际控制或支配的代为保管的他人财物或者他人的遗忘物或埋藏物拒不退还或拒不交出。郑某控制的汽车事先是由贾某委托开回的，属于委托保管，而不是通过隐瞒真相或虚构事实的手段来转移支配的。

其次，被告人郑某的行为属于侵占，但是否构成犯罪，还应根据刑法第十二条的规定，适用行为时刑事法来加以分析。而具体确定侵占行为的行为时刑事法，应对侵占罪的犯罪形态作出准确的判断。在实践中，存在两种不同意见：其一认为，侵占罪是继续犯，行为时刑事法的选择应以行为人非法占有他人财物的不法状态为准；其二认为，侵占罪是状态犯，行为时刑事法的选择应以行为人拒不交出或者拒不退还为准。

笔者认为，继续犯，亦称持续犯，是指犯罪行为自着手实行之时直至其构成既遂、且通常在既遂之后至犯罪行为终了的时间内，该犯罪行为及其所引起的不法状态同时处于持续过程中的犯罪形态。状态犯是指这样一种犯罪形态：犯罪行为一经实施，当即发生危害结果，犯罪就已既遂，犯罪行为也随之结束或终了；但基于该犯罪行为所产生的不法状态仍继续存在。因此，继续犯与状态犯是完全不同的两种犯罪形态，主要区别表现在继续犯的犯罪行为与其所引起的不法状态的产生、持续和终止，必然是同步的或基本同步的；而状态犯的犯罪行为与其所引起的不法状态的产生、持续和终止，则不是同步的。

以此推之，显然，侵占罪不符合继续犯的特征，不是持续犯。因为只要行为人将代他人保管的财物、他人遗忘物、埋藏物据为己有，当他人追要不予退还或拒不交出时犯罪行为已经完成，继续非法占有他人财物只是犯罪行为所产生的不法状态处于持续之中，即非法占有代为保管的财物或者遗忘物或埋藏物的不法状态一直在持续。因此，笔者认为侵占罪应该属于状态犯。

本案中，被告人郑某侵占行为是否选择适用“1999年车被追回”时的1997年刑法，若按照第一种意见，车辆于1999年4月被

追回，郑某拒不退还的行为持续到了 1997 年刑法实施以后，属于持续犯，应适用 1997 年刑法，以侵占定罪处罚。若按照第二种意见，郑某非法占有车辆拒不退还的行为在 1995 年 9 月已经结束，不属于持续犯，不应适用 1997 年刑法，而 1979 年刑法未规定侵占行为属犯罪行为，即郑某的行为不构成犯罪。基于前述对侵占罪的犯罪形态的分析，郑某不法占有他人财物的不法状态持续到 1999 年 4 月，但郑某侵占他人财物拒不返还的行为在 1999 年 9 月已完成，而 1979 年刑法并未规定侵占他人财物的行为为犯罪行为。根据 1997 年刑法第十二条从旧兼从轻的原则，郑某的行为不应以犯罪论处。