

「構成要件適用」的操作流程(三)

鄭逸哲*

四、「法律無漏洞」情況下的「構成要件適用」

1. 「構成要件實現性」和「構成要件該當性」

如前所述，「刑法上有意義的一件事」中的「一個」「刑法上有意義的行為」乃作為「一個」「構成要件適用」的「適格事實對象」；而判斷此「適格事實對象」的流程為：

- 「一般人」依其樸素的感覺，「覺得」這就是「一件事」，則就是「一件事」，「覺得」這是「二件事」，就是「二件事」。
 - 確定為「一件事」後，繼而依其「動作」是否形成對他人的法益發生實害或危險，而確定是否屬「刑法上有意義的『一件事』」。
 - 就「刑法上有意義的『一件事』」，加以「吸收關係」判斷，而整理成「留『重』捨『輕』後的刑法上有意義的『一件事』」——即「顯然於應執行之刑無重大關係」「事實」部分「視為」未發生的「刑法上有意義的『一件事』」。
 - 就「留『重』捨『輕』後的刑法上有意義的『一件事』」，確定其數個「動作」是否應「集合」於「一個」「舉止」，依之，若具有「一個」「舉止」，就具有「一個」「刑法上有意義的行為」；若具有二個「舉止」，就具有「二個」「刑法上有意義的行為」。
- 總之，「刑法上有意義的『一件事』」中的「一個」「刑法上有意義的行為」就是「一個」「構成要件適用」的「適格事實對象」。

因此，我們在確定了怎樣的「事實範圍」具有「一個」「刑法上有意義的行為」，就可以開始對這個「事實範圍」，進行「構成要件適用」；但要注意，這樣的「構成要件適用」，並不當然「實現」「一個」「構成要件」，也不當然只「實現」「一個」「構成要件」。

舉例來說，就「甲將乙勒住，使乙呼吸困難，無法反抗，而將乙身上的財物搜刮一空」的「刑法上有意義的『一件事』」，就「勒」和「搜」二個「動詞」，前者同時攻擊「身體法益」和「自由法益」，而後者攻擊「財產法益」，而均為「一個」「刑法上有意義的行為」，二者均為「一個」「構成要件適用」的「適格事實對象」。

就具有「一個」「刑法上有意義的行為」的「甲將乙勒住，使乙呼吸困難，無法反抗」的「事實範圍」，因甲「使乙呼吸困難」而「變更他人身體現狀」而「實現」刑法第二百七十七條第一項的「傷害構成要件」，但其使乙「無法反抗」，雖有所「強制」，但仍未「實

* 鄭逸哲，德國慕尼黑大學法學博士，國立臺北大學法律系教授。

現」第三百零四條第一項的「強制構成要件」因為該「構成要件」所規定的內容，並不僅止於「強制」，而是要「強制」而「使人行無義務之事或妨害他人行使權利」。而就另具有「一個」「刑法上有意義的行為」的「將乙身上的財物搜刮一空」的「事實範圍」，甲則「實現」第三百二十條第一項的「竊盜構成要件」。

各位讀者！至此，接下來我們該如何呢？通常，如果我們不像在這兒一樣多事，是不是都直接就說，就屬「刑法上有意義的『一件事』」的「甲將乙勒住，使乙呼吸困難，無法反抗，而將乙身上的財物搜刮一空」，甲「實現」第三百二十八條第一項的「強盜構成要件」，而具有「強盜構成要件該當性」，而犯「強盜罪」呢？那我們在這兒為什麼要多事呢？因為我們要藉此徹底搞清楚一個重要的課題：「構成要件實現性」和「構成要件該當性」不是同一概念。

如果「一個」「刑法上有意義的行為」就是「一個」「構成要件適用」的「適格事實對象」，則「一個」「刑法上有意義的行為」和「另一個」「刑法上有意義的行為」的「結合」，也當然還是「構成要件適用」的「適格事實對象」。因而，我們將就具有「一個」「刑法上有意義的行為」的「甲將乙勒住，使乙呼吸困難，無法反抗」的「事實範圍」和具有「另一個」「刑法上有意義的行為」的「將乙身上的財物搜刮一空」的「事實範圍」「結合」成一個更大的「事實範圍」，這個更大的「事實範圍」也還是「一個」「構成要件適用」的「適格事實對象」。

但就這個具有「二個」「刑法上有意義的行為」的「構成要件適用」的「適格事實對象」，我們所觀察出甲所「實現」的構成要件，除了前述的「傷害構成要件」和「竊盜構成要件」，以及一般人「直覺」看出的「強盜構成要件」外；本來僅就「甲將乙勒住，使乙呼吸困難，無法反抗」的「事實範圍」，所觀察不出的「強制構成要件」，亦觀察出來了！

換句話說，就這個具有「二個」「刑法上有意義的行為」的「構成要件適用」的「適格事實對象」，我們可以看出「傷害構成要件」、「強制構成要件」、「竊盜構成要件」和「強盜構成要件」，均為甲所「實現」。

然而，如果我們再追問一個問題，就這個具有「二個」「刑法上有意義的行為」的「構成要件適用」的「適格事實對象」，甲只「實現」「傷害構成要件」、「強制構成要件」、「竊盜構成要件」和「強盜構成要件」，這四個「構成要件」嗎？答案就否定了！

當我們不能想像不經「未遂階段」即到達「既遂階段」，則「實現」「傷害構成要件」、「強制構成要件」、「竊盜構成要件」和「強盜構成要件」者，必然亦「實現」「傷害未遂構成要件」、「強制未遂構成要件」、「竊盜未遂構成要件」和「強盜未遂構成要件」。

既然，甲「實現」了八個「構成要件」，但為什麼他就只有一個「強盜構成要件該當性」，而犯「強盜罪」呢？要回答這個問題，就必須先要有能力區分「構成要件實現性」和「構成要件該當性」二個概念。

所謂「構成要件實現性」是指：若作為「構成要件適用」的「適格事實對象」的「事實」「實現」「一個」特定的「構成要件」，則這個「事實」就具有這個「構成要件」的「構成要件實現性」。至於，這個「事實」是否使其他「構成要件」亦告「實現」，則是另外一回事！

在此理解下，甲就「同一事實」具有「傷害構成要件實現性」、「強制構成要件實現性」、「竊盜構成要件實現性」、「強盜構成要件實現性」、「傷害未遂構成要件實現性」、「強制未遂構成要件實現性」、「竊盜未遂構成要件實現性」和「強盜未遂構成要件實現性」八個「構成要件實現性」。

也就因此，甲就此「同一事實」，出現「構成要件實現性競合」。而一旦出現「構成要件實現性競合」，就會出現哪一個「構成要件實現性」作為「構成要件該當性」的問題。

「構成要件適用」，其實就是藉刑法所規定的「構成要件」對於「事實」進行「評價」；而且還不只是要「評價」，而是要進行「充分評價」。因為，即使只是處理一個「實例」，我們也是以「法官」的立場在處理問題。依刑事訴訟法第三百七十九條第十二款的規定，「已請求之事項未判決」，當然違法；因而，「充分評價」乃「構成要件適用」必須遵守的原則。

然而，若只是要遵守的「充分評價」原則，即使「傷害構成要件實現性」、「強制構成要件實現性」、「竊盜構成要件實現性」、「強盜構成要件實現性」、「傷害未遂構成要件實現性」、「強制未遂構成要件實現性」、「竊盜未遂構成要件實現性」和「強盜未遂構成要件實現性」八個「構成要件實現性」均作為「構成要件該當性」，也符合「充分評價」原則。

然而，由於具有「一個」「構成要件該當性」，若欠缺「阻卻犯罪事由」，即產生「一個」「刑罰效果」，因而若具有八個「構成要件該當性」，就會產生八個「刑罰效果」。

如此一來，「強盜構成要件該當性」是基於「全部事實」所產生，也因而就「全部事實」有所「刑罰效果」；而「傷害構成要件該當性」、「強制構成要件該當性」、「竊盜構成要件該當性」、「傷害未遂構成要件該當性」、「強制未遂構成要件該當性」、「竊盜未遂構成要件該當性」和「強盜未遂構成要件該當性」各基於「部分事實」所產生，也因而各「部分事實」有所「刑罰效果」。在此情況下，舉例來說，「強盜構成要件該當性」、「強盜未遂構成要件該當性」、「竊盜構成要件該當性」和「竊盜未遂構成要件該當性」，均就「竊盜未遂事實部分」有所「評價」，而產生四個「刑罰效果」。則就發生了「一事四罰」！這樣是違反「一事不得二罰」原則的！所以刑法就「構成要件適用」，不僅要求「充分評價」，也同時要求「禁止重覆評價」！

當「構成要件適用」必須同時符合「充分評價」原則和「禁止重覆評價」原則時，甲雖同時具有「傷害構成要件實現性」、「強制構成要件實現性」、「竊盜構成要件實現性」、「強盜構成要件實現性」、「傷害未遂構成要件實現性」、「強制未遂構成要件實現性」、「竊盜未遂構成要件實現性」和「強盜未遂構成要件實現性」八個「構成要件實現性」，若僅以「強盜構成要件實現性」作為「構成要件該當性」，不僅對「全部事實」有所「充分評價」，而符合「充分評價」原則；也未對「部分事實」予以「重覆評價」，而符合「禁止重覆評價」原則。

而「強盜構成要件實現性」作為「構成要件該當性」，之所以既能符合「充分評價」原則，亦能符合「禁止重覆評價」原則，其實就在於「強盜構成要件」之於「傷害構成要件」、「強制構成要件」、「竊盜構成要件」、「傷害未遂構成要件」、「強制未遂構成要件」、「竊盜未遂構成要件」和「強盜未遂構成要件」八個「構成要件」均構成「全——偏關係」；

在「以偏不能概全；以全必然概偏」的情況下，「強盜構成要件實現性」自然「概」「傷害構成要件實現性」、「強制構成要件實現性」、「竊盜構成要件實現性」、「傷害未遂構成要件實現性」、「強制未遂構成要件實現性」、「竊盜未遂構成要件實現性」和「強盜未遂構成要件實現性」；但「傷害構成要件實現性」、「強制構成要件實現性」、「竊盜構成要件實現性」、「傷害未遂構成要件實現性」、「強制未遂構成要件實現性」、「竊盜未遂構成要件實現性」和「強盜未遂構成要件實現性」均無以「概」「強盜構成要件實現性」。所以我們才說，「構成要件競合理論」乃「構成要件適用理論」的「先遣理論」。

在此理解下，我們可「暫時」將「構成要件該當性」定義為：「就『同一事實』，若具有『數個』『構成要件實現性』，但其中一個『構成要件實現性』的『構成要件』之於其他『構成要件實現性』的『構成要件』，均構成『構成要件競合』的『全——偏關係』時，適用前者所產生的『構成要件實現性』，即『構成要件該當性』」。

2. 「不可罰」的「構成要件」和「構成要件該當性」

如果我們問：一個行為人具有「構成要件實現性」後，是否「當然」要進一步處理其是否具有「構成要件該當性」的問題？如果依前述的「構成要件該當性」的「暫時」定義，答案似乎是肯定的，不過，刑法上卻存在許多「不可罰」的「構成要件」！

例如，甲擲乙而未中，甲所「實現」者，為依刑法第二十五條第一項「修正」第二百七十七條第一項的「傷害構成要件」所得的「傷害未遂構成要件」，因而具有「傷害未遂構成要件實現性」。但由於第二十五條第二項復規定，「未遂犯之處罰，以有特別規定者，為限」，因而「傷害未遂構成要件」屬「不可罰」的「構成要件」，即使以之作為「構成要件該當性」，亦欠缺「刑罰效果」的銜接可能性。因此，若行為人具有「不可罰」的「構成要件」的「構成要件實現性」，根本無由討論其是否作為「構成要件該當性」。

在此理解下，我們可進一步，——但還是「暫時」——將「構成要件該當性」定義為：「就『同一事實』，若具有『數個』『可罰』的『構成要件』的『構成要件實現性』，但其中一個『構成要件實現性』的『構成要件』之於其他『構成要件實現性』的『構成要件』，均構成『構成要件競合』的『全——偏關係』時，適用前者所產生的『構成要件實現性』，即『構成要件該當性』」。

所以，甲雖具有且只具有「傷害未遂構成要件實現性」，但由於「傷害未遂構成要件」屬「不可罰」的「構成要件」，因而該「傷害未遂構成要件實現性」不得作為「構成要件該當性」，甲亦因而欠缺「構成要件該當性」而確定不犯罪。

此外，在二〇〇五年時修法，新規定的第二十六條規定，將所有「不能犯構成要件」規定為「不可罰」的「構成要件」。因而，即使行為人「實現」「不能犯構成要件」，而具有「XX不能未遂構成要件實現性」，也不可以之作為「構成要件該當性」。

但要注意，在大多數的情況下，具有「不可罰」的「構成要件」的「構成要件實現性」的「同一事實」，亦同時具有「可罰」的「構成要件」的「構成要件實現性」；因此，「具有『不可罰』的『構成要件』的『構成要件實現性』」和「不犯罪」並非同義字！

因而，若就「同一事實」，行為人同時具有「不可罰」的「構成要件」的「構成要件實現性」時，應先行將之排除於「構成要件該當性」的「候選」之外。尤其於發生「客體錯誤——客體不能」和「方法錯誤——方法不能」時，必須就行為人所具有的「不可罰」的「不能犯構成要件」的「構成要件實現性」加以說明，因為現行刑法對之有所明文規定於第二十六條。

舉例來說，甲誤乙為其父丙而殺之，因為其自信著手於「殺直系血親尊親屬構成要件」之實行，但其父丙根本不在現場，而對於該構成要件所要保護的「直系血親尊親屬的生命法益」自始未構成任何危險，是為「殺直系血親尊親屬之不能犯」，因此就此「客體錯誤——客體不能」的案例，題解如下：

1. 依刑法第二十六條的規定，自信有著手，但對構成要件所要保護的法益自始未構成任何危險者，為不能犯；但所有不能未遂構成要件均屬不可罰的構成要件，因此，不得以行為人實現不能未遂構成要件為由，而加以處罰。但行為人若以同一事實行為實現其他的可罰構成要件，而具有構成要件該當性時，則仍因該構成要件該當性而犯罪。
2. 本案，行為人甲誤乙為其父丙而殺之，而自信有殺直系血親尊親屬之著手，但對殺直系血親尊親屬構成要件所要保護的直系血親尊親屬的生命法益自始未構成任何危險，是為殺直系血親尊親屬之不能犯；但所有不能未遂構成要件均屬不可罰的構成要件，因此，不得以其實現殺直系血親尊親屬不能未遂構成要件為由，而加以處罰。但行為人甲，在發生「等價客體錯誤」的情況下，以同一事實行為殺乙而實現可罰的殺人構成要件，而具有殺人構成要件該當性。
3. 故甲仍因殺人構成要件該當性而犯殺人罪。

由此題解可以很清楚看出，就此發生「客體錯誤——客體不能」的「全部事實」，甲不僅具有「殺直系血親尊親屬不能未遂構成要件實現性」，亦具有「殺人構成要件實現性」，但前者乃基於「不可罰」的「殺直系血親尊親屬不能未遂構成要件」而產生，故根本欠缺成為「構成要件該當性」的「適格」。因此，「殺直系血親尊親屬不能未遂構成要件實現性」和「殺人構成要件實現性」間，並不發生「重覆評價」的問題——由此亦可看出，刑法上所謂「重覆評價」，乃指「重覆就『同一事實』的『全部』或『部分』予以『可罰評價』」，若就「同一事實」的「全部」或「部分」分別有所「可罰評價」和「不可罰評價」，仍非此所謂「重覆評價」；因為根本不可能造成「一事二罰」。

由這個例子，我們也可以看出，刑法之所以耗費大量精力就「構成事實錯誤」、「不能犯」和二者間的「關係」加以理論建構，事實上和「同一事實」具有數個「構成要件實現性」時，如何決定其「構成要件該當性」，不脫關係。

但要注意，一旦這樣的理論建構一旦有所「成文化」，我們即應如上述題解，訴諸「成文法律」而為開始，行至「法窮」但仍未確定「構成要件該當性」時，方得「以論補律」。或許是因為一般教科書編寫方式，通常「構成事實錯誤」章節先行，致使諸多初學法律者，

於處理「構成事實錯誤——不能犯」案例時，不知應從刑法第二十六條的規定開始切入，而「逆向」「以論代律」，而「違法」「不適用法律」！

其實，即使是法律學者，也未必搞得清楚「構成事實錯誤」和「不能犯」二者間的「關係」，時將「不得以『不能犯』為由而有所處罰」和「是『不能犯』的這個人不得加以處罰」的問題，混為一談，而導致「屈法解釋」，進而產生一「構成要件適用」發生錯誤。

總之，對於是「不能犯」的這個人的「構成要件適用」，不可能一步到位，必須就其所具有的「不可罰」的「構成要件」的「構成要件實現性」，以及具有「可罰」的「構成要件」的「構成要件實現性」，先後分別加以處理。

我們再舉個例：「甲誤其所下之毒足以致乙於死，但乙僅發生腹瀉」。因為甲自信著手於「殺人構成要件」之實行，但其所使用之方法根本不足以使人死亡，而對於「殺人構成要件」所要保護的「生命法益」自始未構成任何危險，是為「殺人的不能犯」，因此就此「方法錯誤——方法不能」的案例，題解如下：

1. 依刑法第二十六條的規定，自信有著手，但對構成要件所要保護的法益自始未構成任何危險者，為不能犯；但所有不能未遂構成要件均屬不可罰的構成要件，因此，不得以行為人實現不能未遂構成要件為由，而加以處罰。但行為人若以同一事實行為實現其他的可罰構成要件，而具有構成要件該當性時，則仍因該構成要件該當性而犯罪。
2. 本案，行為人甲誤其所下之毒足以致乙於死而下毒，而自信有殺人構成要件之著手，但對殺人構成要件所要保護的生命法益自始未構成任何危險，是為殺人不能犯；但所有不能未遂構成要件均屬不可罰的構成要件，因此，不得以其實現殺人不能未遂構成要件為由，而加以處罰。但行為人甲，在發生「方法錯誤」的情況下，以同一事實行為仍使乙腹瀉而實現可罰的傷害構成要件，而具有傷害構成要件該當性。
3. 故甲仍因傷害構成要件該當性而犯傷害罪。

此外，所謂「因果歷程錯誤」和「打擊錯誤」，則和第二十六條的規定無關，因為其完全不涉及「不能未遂構成要件」！

其實「因果歷程錯誤」，若其發生「重大偏離」，即屬「結果發生」的「未遂犯」，其「構成要件適用」，並無異於「未遂犯」，且不涉及「不能未遂構成要件」，何以其列為與「不能犯」構成「一體兩面」的「構成事實錯誤」的基本類型，令人費解！

另外要注意！，所謂「中止犯」和「準中止犯」，其「構成要件適用」，亦無異於「未遂犯」，且亦不涉及「不能未遂構成要件」；甚至，更精確講，就「構成要件適用」來說，根本無所謂「中止犯」和「準中止犯」，因為二者均屬「刑罰論」層次的概念，而「構成要件適用」屬「犯罪論」層次的概念，在「有罪斯有罰」的前提下，於「構成要件適用」階段，若討論所謂「中止犯」和「準中止犯」，必然是錯誤的。

至於「打擊錯誤」更是不必要的「多餘」概念，我們根本不必動用到「打擊錯誤」的概

念，即得進行「構成要件適用」而決定行為人的「構成要件該當性」。我們就最常舉來說明「打擊錯誤」的「甲開槍殺乙但誤中丙，致丙死亡」的例子來看，就「開槍殺乙（但未中）」的「事實部分」，甲具有「殺人未遂構成要件該當性」，而就「誤中丙，致丙死亡」的「事實部分」，甲又具有「過失致人於死構成要件該當性」，而此二「構成要件該當性」，由「同一事實行為」「開槍」所產生，且未有所「重覆評價」，依刑法第五十五條的規定，甲是為「想像競合犯」，以一罪論，僅從重成立一個「殺人未遂罪名」。

於此，我們從頭到尾根本就沒有動用到「打擊錯誤」的概念，毋寧「打擊錯誤」只不過是指「未遂犯」和「過失犯」的「偶然」「競合現象」，就「未遂犯」、「過失犯」，乃至於這樣的「偶然」「競合現象」，應如何加處理，刑法已有所充分規定的情況下，自不得「以論代律」，而「違法」「不適用法律」！

4. 「不作為構成要件」和「構成要件該當性」

對於初學者來說，就「被害人未必在行為現場」，並不難想像！例如，「甲趁乙不在家，而闖空門」！但就「行為人未必在行為現場」，就未必能想像了！

我們換個角度來問，「同時」的「二個」不同「行為現場」是否有可能就「同一行為人」而言呢？答案是肯定的！

舉個例來看，甲女將幼子乙獨自丟在家不管，開車出去玩，途中不小心撞死丙；而在此同時，乙亦因找媽媽跌落樓梯斃命。就「途中」這個「行為現場」，甲具有「過失致人於死構成要件該當性」；而就「家中」另一個「行為現場」，其又因未履行所能履行的「保全型保證人義務」，而又具有另一個「不純正不作為過失致人於死構成要件該當性」。且此二「構成要件該當性」，乃就「同時」，但非「同一」的「事實」，分別有所「可罰評價」；但由於其非就「同一事實」的「全部」或「部分」而為，因而根本不可能造成「一事二罰」。所以，刑法不但會出現在「行為人不在行為現場」，也會出現「一人『同時異地』犯」！

由此例可以看出，就「同一行為人」是否「實現」「作為構成要件」和「不作為構成要件」而具有「構成要件該當性」，不得也不可能一併處理，必須分別加以處理。

其實，之所以如此，因為就「作為構成要件」是否「實現」，其所判斷的「因果關係」或「因果進程」對象，是種「事實」；而就「不作為構成要件」是否「實現」，其所判斷的「因果關係」或「因果進程」對象，根本不是「事實」，而是種「假設」：「如果你做了！就不會發生這個『真的』發生的事！」

當我們就「事實」和「非事實」進行判斷，根本不可能是就「同一對象」加以判斷，也就因此當然不發生「重覆評價」的問題。

但要注意！就「同一」「非事實」，仍然有可能發生「重覆評價」的問題，亦即有可出現「構成要件實現性競合」。而一旦出現「構成要件實現性競合」，就會出現哪一個「構成要件實現性」作為「構成要件該當性」的問題。像前述甲女因其幼子死亡而具有「不純正不作為過失致人於死構成要件該當性」，因為「不純正不作為過失傷害構成要件」和「不純正不作為過失致重傷構成要件」之於「不純正不作為過失致人於死構成要件」均構成「法條競

合」的「偏——全關係」，因而其不僅具有「不純正不作為過失致人於死構成要件實現性」，亦必同時具有「不純正不作為過失傷害構成要件實現性」和「不純正不作為過失致重傷構成要件實現性」。

在此理解下，我們可進一步——但猶仍還是「暫時」——將「構成要件該當性」定義為：「就『同一事實』或『同一非事實』，若具有『數個』『可罰』的『構成要件』的『構成要件實現性』，但其中一個『構成要件實現性』的『構成要件』之於其他『構成要件實現性』的『構成要件』，均構成『構成要件競合』的『全——偏關係』時，適用前者所產生的『構成要件實現性』，即『構成要件該當性』」。

5. 小結：在「法律無漏洞」情況下，應依「充分評價」暨「禁止重覆評價」原則而進行「構成要件適用」

截至目前為止，我們所舉的例子，都是就現行刑法的「構成要件」規定，能找到「充分評價」的「構成要件」而進行「構成要件適用」，因而我們「暫時」將「構成要件該當性」定義為：「就『同一事實』或『同一非事實』，若具有『數個』『可罰』的『構成要件』的『構成要件實現性』，但其中一個『構成要件實現性』的『構成要件』之於其他『構成要件實現性』的『構成要件』，均構成『構成要件競合』的『全——偏關係』時，適用前者所產生的『構成要件實現性』，即『構成要件該當性』」。

而之所以，以「全構成要件」的「構成要件實現性」作為「構成要件該當性」，乃因這樣的「構成要件適用」，不僅符合「充分評價」的要求，也同時符合「禁止重覆評價」的要求！

質言之，在「法律無漏洞」情況下，應依「充分評價」暨「禁止重覆評價」原則而進行「構成要件適用」！而其具體內容可整理為以下要點：

- 所謂「構成要件實現性」是指：若作為「構成要件適用」的「適格事實對象」的「事實」「實現」「一個」特定的「構成要件」，則這個「事實」就具有這個「構成要件」的「構成要件實現性」。至於，這個「事實」是否使其他「構成要件」亦告「實現」，則是另外一回事！
- 就「同一事實」，一旦出現「構成要件實現性競合」，就會出現哪一個「構成要件實現性」作為「構成要件該當性」的問題。
- 在「以偏不能概全；以全必然概偏」的情況下，就「同一事實」，若具有「數個」「構成要件實現性」，但其中一個「構成要件實現性」的「構成要件」之於其他「構成要件實現性」的「構成要件」，均構成「構成要件競合」的「全——偏關係」時，適用前者所產生的「構成要件實現性」作為「構成要件該當性」。
- 刑法上卻存在許多「不可罰」的「構成要件」！若行為人具有「不可罰」的「構成要件」的「構成要件實現性」，根本無由討論其是否作為「構成要件該當性」。
- 在二〇〇五年時修法，新規定的第二十六條規定，將所有「不能犯構成要件」規定為「不可罰」的「構成要件」。因而，即使行為人「實現」「不能犯構成要件」，而具有「X X不能未遂構成要件實現性」，也不可以之作為「構成要件該當性」。

- 由於刑法第二十六條的規定，即使行為人所具有的「不可罰」的「不能犯構成要件」的「構成要件實現性」不得作為「構成要件該當性」，但仍應就該「不能未遂構成要件實現性」加以說明。
- 刑法上所謂「重覆評價」，乃指「重覆就『同一事實』的『全部』或『部分』予以『可罰評價』」，若就「同一事實」的「全部」或「部分」分別有所「可罰評價」和「不可罰評價」，仍非此所謂「重覆評價」；因為根本不可能造成「一事二罰」。
- 對於是「不能犯」的這個人的「構成要件適用」，不可能一步到位，必須就其所具有的「不可罰」的「構成要件」的「構成要件實現性」，以及具有「可罰」的「構成要件」的「構成要件實現性」，先後分別加以處理。
- 刑法不但會出現在「行為人不在行為現場」，也會出現「一人『同時異地』犯」！
- 就「同一行為人」是否「實現」「作為構成要件」和「不作為構成要件」而具有「構成要件該當性」，不得也不可能一併處理，必須分別加以處理。
- 就「同一」「非事實」，仍然有可能發生「重覆評價」的問題，亦即有可出現「構成要件實現性競合」。而一旦出現「構成要件實現性競合」，就會出現哪一個「構成要件實現性」作為「構成要件該當性」的問題。
- 在「法律無漏洞」情況下，可「暫時」將「構成要件該當性」定義為：「就『同一事實』或「同一非事實」，若具有『數個』『可罰』的『構成要件』的『構成要件實現性』，但其中一個『構成要件實現性』的『構成要件』之於其他『構成要件實現性』的『構成要件』，均構成『構成要件競合』的『全——偏關係』時，適用前者所產生的『構成要件實現性』，即『構成要件該當性』」。 (待續)