

《民事訴訟法》

一、事務所指導律師收發 e-mail，收信了：

「大律師！您好，我想請問：我認為被告對我有不當得利，對我影響新臺幣 7 萬多元。幾個月前，我不想花太多錢，預繳裁判費新臺幣 1000 元，沒有請律師代寫訴狀或出庭，向被告住所地的地方法院遞狀起訴及聲請調解。請求返還不當得利 7 萬多元。被告未提出任何訴狀、聲明及陳述。第一審法院（地方法院）未開庭進行調解，也未開庭進行證據調查及言詞辯論。判決如下：原告之訴駁回。訴訟費用新臺幣 1000 元由原告負擔。大律師是否可以告訴我：什麼是「當事人進行主義」？什麼是「言詞辯論主義」？被告未提出任何訴狀、聲明及陳述，第一審法院（地方法院）未開庭進行言詞辯論，是否可以判我敗訴？請大律師提供法律知識，謝謝！」

您，如為事務所實習律師，事務所指導律師派給您處理，請問您要怎麼處理？並請深入淺出地闡述答覆之。（25 分）

命題意旨	本題在測驗考生關於小額訴訟事件之立法特色及法理基礎，考生除引用條文外，尚須針對立法理由略加描述，始能獲得高分。
答題關鍵	(一)小額訴訟程序得不必調查證據而為判決之情形（民訴§436-14 參照）。 (二)小額訴訟程序與處分權主義之關聯。 (三)小額訴訟程序上訴程序之特別規定（民事訴訟法§436-24 參照）。
高分閱讀	1.許律師，《民事訴訟法（下）》，高點文化出版，第 10-2 至 10-9 頁；第 10-22 至 10-24 頁。 2.邱聯恭，《司法之現代化與程序法》，第 286 頁至 294 頁。

【擬答】

實習律師應告知當事人之事項如下：

(一)當事人進行主義之意義：

所謂當事人進行主義，乃係指訴訟程序之進行，以當事人之意思為原則，亦即以當事人為主導地位之審理原則，其具體內容可細分為：

1.處分權主義：

從訴訟程序來看，對訴訟之開始、審判之對象範圍及訴訟之終結賦予當事人主導權之主義，可再細分為三個層面加以說明：

(1)訴訟之開始（第一層面）：「無起訴則無裁判」、「不告不理」之原則是也。

(2)審判之對象範圍（第二層面）：由當事人決定審判之對象、範圍及限度，法院應受其拘束（民訴§388、§445、§450、§475、§503）。若對當事人未請求之對象為審判者，即構成「訴外裁判」。

(3)訴訟之終結（第三層面）：是否撤回其訴或上訴，或捨棄上訴權，悉由當事人決定。

2.辯論主義：

指訴訟程序進行中，事實關係之解明屬於當事人之責任，其具體之內容為：

(1)非經任何一造當事人主張之主要事實，不得採為判決基礎。

(2)為認定系爭事實所需之證據資料，原則上應由當事人聲明之證據方法得之。

(3)當事人間無爭執之事實（自認、擬制自認）無庸舉證、法院應採為判決之基礎，即法院應受當事人自認拘束。

(二)言詞辯論主義之意義：

法院作為裁判基礎之訴訟資料，專以當事人及其他訴訟關係人之言詞陳述為據。亦即有關訴訟審理之當事人及法院之訴訟行為，應以言詞為之（民訴§221 I）。又稱為「言詞審理主義」。

(三)就當事人質疑原審判決之部分

1.第一審法院未進行調解即行判決，是否合法：

依民事訴訟法§403 I ⑩之規定，財產權訴訟，其金額在新台幣 10 萬元以下者，起訴前應經調解，此為「強制調解」之制度，惟法院未踐行上開程序即為判決者，此項未經強制調解之瑕疵即行治癒，不得更行主張原審判決違法（最高法院 32 年上字 5021 號判例參照），此係因民事訴訟法§403 I ⑩之立法意旨係認為 10 萬元金額以下之事件，考量「費用相當性原則」，若進行訴訟，恐曠日費時，徒增當事人程序之不利益，故若未經調解即行審判，當事人尙可以此為理由主張原審判決有瑕疵而上訴爭執者，反而產生程序延宕之不利益也。

2. 原審未開庭進行調查證據之程序即行判決之部分：

(1) 原審法院此項作為亦屬合法，蓋依民事訴訟法§436-14 規定：

「下列情形下，法院得不調查證據，而審酌一切情況，認定事實，為公平之裁判」：

① 經兩造同意者。

② 調查證據所需時間、費用與當事人之請求顯不相當者（本案事實即屬之）。

(2) 涉及之法理基礎：

① 費用相當性原理。

② 防止發生促進訴訟的突襲。

③ 職權裁量法理：

為了滿足簡速裁判之基本要求，並顧及費用相當性原理，應允許法官於審理小額訴訟事件時，不一定要依實體法規範來審理，而可兼採衡平法理，此即實體法上的非訟化，使實體法上要件事實抽象化、概括化，而擴大法官之裁量可能範圍。

3. 被告未提出任何聲明及陳述，原審即判決原告敗訴之部分：

此部分恐有違法不當之嫌矣！蓋若被告連最起码之答辯聲明（即：原告之訴駁回；訴訟費用由原告負擔）均無時，表示被告根本自始至終未有任何參與訴訟之行為，且亦無任何「駁回原告之訴」之表示，則法院在被告未有任何否認原告請求之表示時，可否逕依自由心證認定原告之訴無理由加以駁回，恐有疑義矣！

4. 原審未開庭進行言詞辯論即為判決之部分：

(1) 民事訴訟法§436-29 規定：

小額程序之第二審判決，得不經言詞辯論的情形：

① 經兩造同意者。

② 依上訴意旨足認上訴為無理由者。

(2) 惟上開得不經言詞辯論審理之規定，僅規定於「二審程序」，故依§436-29 之反面解釋，一審程序應無適用之餘地，蓋小額訴訟程序雖強調「費用相當性原則」，而特別須求保障當事人之程序利益，然仍須兼顧當事人程序主體權之保護，使其有最基本之參與訴訟，表達意見之機會，此於做為事實審之第一審，尤其必要，故而原審未開庭令兩造有言詞陳述意見之機會，應認為其訴訟程序違背「言詞審理主義」之基本要求而構成違法。

(四) 結論

律師可建議當事人以「違背法令」為理由，依民事訴訟法§436-24、§436-25 提起上訴。

二、原告甲向轄區地方法院起訴，請求被告乙給付其積欠之借款新臺幣（下同）1 千萬元。於訴訟繫屬中，該債權依法移轉於第三人丙，惟丙始終不知道其受讓之債權 1 千萬元涉訟中，迨債權讓與人甲收受該地方法院本件敗訴判決之翌日，將同判決書轉交與債權受讓人丙處理時，始知之。丙乃於法定不變期間內，以自己的名義列名為上訴人，並以被告乙列名為被上訴人，提起上訴，在訴訟法上的效果如何？試附理由簡答之。（25 分）

命題意旨	本題旨在測驗同學就當事人恆定原則之意義與效力之理解，並加以運用。
答題關鍵	回答問題之關鍵，先從上訴之合法要件，切入當事人適格之意義與當事人恆定原則之關係，當可妥適處理。
高分閱讀	1. 楊建華原著，鄭傑夫增訂，《民事訴訟法要論》，2003 年 12 月，第 224 頁。 2. 邱聯恭，口述民事訴訟法講義（一），2006 年筆記版，第 269 頁。 3. 梁台大民事訴訟法講義，第一回第二章第一節第 39~42 頁。

- 4.梁台大民事訴訟法講義，第二回第三章第三節第 12~15 頁。
5.梁台大民事訴訟法講義，第五回第九章第二節第 91 頁。

【擬答】

丙以自己的名義列名為上訴人提起上訴，因欠缺當事人適格而上訴不合法。惟為避免造成當事人因不諳法律而受程序上之不利，法院應向當事人闡明，令其提起代當事人承當訴訟，以取得當事人適格而補正瑕疵。

(一)提起上訴之要件：須有當事人適格與上訴利益等：

1.提起上訴之要件：

上訴之提起，需具備上訴之法定要件始可提起上訴。意即，原審之當事人或訴訟參加人，在上訴權尚未欠缺時（諸如：未捨棄上訴權、未撤回上訴、未超過上訴期間等），具備上訴利益者，得就原審之終局判決，以書狀方式提起上訴，並繳納上訴之裁判費，始合法提起上訴。

本件，丙以自己的名義列名為上訴人提起上訴是否合法？其問題關鍵在於：丙是否為可提起上訴之上訴人？其是否為原審當事人？此問題又涉及：丙是否具備本訴訟之當事人適格？

2.當事人適格

當事人適格，係指當事人就特定具體之訴訟事件，得以自己之名義為原告或被告之資格，主張該權利並進行攻擊防禦等訴訟上行為，因而得受訴訟標的法律關係之本案判決者。而具有此資格者，則具有針對特定訴訟標的法律關係之遂行訴訟權能，即為訴訟遂行權（訴訟實施權）。

因當事人適格為一不確定法律概念，故於其解釋上，須有某程度的利益衡量，即應考量：利用訴訟制度以保障個人權利（實體利益及程序利益）、集團性權益之必要性，以及滿足紛爭解決一次性要求之程度。

至於判斷有無當事人適格，原則上，依照原告於起訴狀所主張之事實為據，以其對於解決該訴訟標的法律關係之問題是否適當為斷。一般而言，訴訟標的法律關係之權利歸屬主體即具有當事人適格。例外情形，非屬訴訟標的法律關係之權利歸屬主體者，如具有訴訟遂行權，即第三人之訴訟擔當之情形，亦具有當事人適格。

(二)當事人恆定原則（當事人恆定主義）：

1.當事人恆定原則之意義：

所謂當事人恆定原則，係指於訴訟繫屬中，雖為訴訟標的之法律關係移轉於第三人，其對訴訟仍無影響，原訴訟當事人適格之地位不因此改變。由我國民事訴訟法第 254 條第 1 項之規定可知，我國法採取當事人恆定原則。

2.當事人恆定原則之效果：

於訴訟繫屬中，雖為訴訟標的之法律關係移轉於第三人，其對訴訟仍無影響。其所謂對於原訴訟並無影響，係指原當事人之當事人適格並不因此喪失。縱然原當事人已非實體法律關係之歸屬主體，其仍具有訴訟實施權，而為形式當事人。至於第三人之法律地位，其非形式當事人，至多僅係實質當事人。

3.第三人參與訴訟程序之機會：

因第三人在當事人恆定原則之立法例下，並不當然成為當事人。是以，為兼顧其程序保障，仍應賦予第三人參與訴訟程序之機會。據此，第三人得參加訴訟（共同訴訟輔助參加）、提起干預訴訟、或本於民事訴訟法第 254 條第 1 項、第 2 項規定，第三人得聲請代當事人承當訴訟。如經第三人承當訴訟後，訴訟當事人即變更，由第三人成為形式當事人，原訴訟當事人即脫離訴訟程序。

(三)丙以自己的名義列名為上訴人提起上訴，因欠缺當事人適格而上訴不合法：

1.債權讓與人甲仍具有當事人適格，債權受讓人丙仍無當事人適格：

本件，原告甲原為債權人，請求被告乙給付其積欠之借款，因甲原為借款債權請求權人，故甲起訴時當有原告適格，應屬無疑。

惟於訴訟繫屬中，該債權依法移轉於第三人丙。雖甲於債權讓與後，已非實體法上歸屬主體，然依據民事訴訟法第 254 條第 1 項：「訴訟繫屬中為訴訟標的之法律關係，雖移轉於第三人，於訴訟無影響。」本於當事人恆定原則，縱然該債權（訴訟標的法律關係）已讓與移轉致第三人丙，原告甲仍具備當事人適格，不失其當事人之地位。據此，因甲仍為當事人，如欲上訴，應由甲提起上訴始合法。

2.丙以自己的名義列名為上訴人提起上訴，因欠缺當事人適格而上訴不合法：

於訴訟繫屬中，該債權依法移轉於第三人丙。參照民事訴訟法第 254 條第 1 項與當事人恆定原則，縱然該債權（訴訟標的法律關係）已讓與移轉致第三人丙，丙實為實體法上歸屬主體，惟丙不因此當然具有當事

人適格、而成為形式上當事人。據此，因丙尚未代原當事人而承當訴訟，丙仍非訴訟當事人，自無從具有提起上訴之資格。又丙未以參加人身分參與前訴訟程序，亦不可能以參加人之地位提起上訴。綜上所述，丙以自己的名義列名為上訴人提起上訴，因欠缺當事人適格而上訴不合法。

(四)法院應向當事人闡明，令其提起承當訴訟，以取得當事人適格而補正瑕疵：

丙因欠缺當事人適格而其所提起之上訴不合法，已如上述。惟丙實為實體法上之歸屬主體，如未賦予其一定參與訴訟程序之機會，毋寧對其具有憲法基本權地位之程序權保障未周。又當事人多不諳法律專業知識，如僅因程序上事由逕駁回其上訴，不僅造成程序上之不利益，恐更有突襲性裁判發生之虞。

有鑑於第三人丙本可依據民事訴訟法第 254 條第 1 項、第 2 項規定，由第三人丙得聲請代當事人承當訴訟。如經第三人丙承當訴訟後，訴訟當事人即變更，由第三人丙成為形式當事人，原訴訟當事人甲即脫離訴訟程序。如是，丙自得合法提起上訴無疑。據此，為避免造成當事人因不諳法律而受程序上之不利益，法院應向當事人闡明，令其聲請代當事人承當訴訟，以取得當事人適格而補正瑕疵。

附帶言之，因債權讓與人甲收受該地方法院本件敗訴判決之翌日，將同判決書轉交與債權受讓人丙處理，當可解為甲同意由丙為承當訴訟。至於僅被告乙不同意者，當可依據民事訴訟法第 254 條第 2 項規定，移轉之當事人或第三人得聲請法院以裁定許第三人承當訴訟。

三、甲向執行法院以新臺幣（下同）200 萬元拍定買受 A 地（面積 0.5 公頃）應有部分 5 分之 1，辦竣登記並領得土地登記簿謄本，知 A 地其他共有人乙、丙之應有部分依序為 10 分之 7、10 分之 1，當年度申報地價每平方公尺 1 萬元。甲因急於建屋，隨即聯絡乙、丙提議分割 A 地遭拒，旋依 A 地申報地價總價額 500 萬元計算繳納第一審裁判費，訴請判決分割 A 地。第一審法院依甲、乙、丙之應有部分換算面積，將 A 地測量分成 A₁、A₂、A₃ 三筆，囑託估價師鑑定其市價為 140 萬元、600 萬元、60 萬元，經辯論終結，宣示准為 A 地分割為 A₁、A₂、A₃ 三筆並依序由原告甲、被告乙、被告丙單獨取得所有權之判決。

請依上開事實敘明依據回答下列各問：

(一)乙不滿分配取得 A₂ 之位置，擬提起第二審上訴並繳納第二審裁判費，惟就其訴訟標的價額若干，不知如何核算，而向您請教。(13 分)

(二)第二審維持第一審判決，駁回乙之上訴。丙認其取得 A₃，有未受鑑定市值 20 萬元利益差額補償之損失，於法不合，惟惑於上訴所得受之利益額數限制之規定，不知可否提起第三審上訴，而就教於您。請針對此問分析作答。(12 分)

命題意旨	本題旨在測驗同學如何就訴訟標的予以訴訟標的價額之認定、理解，並加以運用。
答題關鍵	回答問題之關鍵，可從：「分割共有物涉訟，以原告因分割所受利益之價額為準」如何理解，當可妥適處理。
高分閱讀	1.陳志雄、陳信瑩、陳容正，《訴訟標的價額之核定及裁判費暨執行費等之計徵標準—實務見解彙整》，2007 年 3 月一版一刷，第 126-127 頁。 2.梁台大民事訴訟法講義，第五回第九章第二節第 106~107 頁。

【擬答】

(一)乙不滿分配取得 A₂ 之位置，擬提起第二審上訴並繳納第二審裁判費。其訴訟標的價額應以 100 萬元計算。乙不滿分配取得 A₂ 之位置，擬提起第二審上訴並繳納第二審裁判費。上訴第二審仍須繳納裁判費，其裁判費徵收之標準，依第 77 條之 13 及第 77 條之 14 規定，加徵裁判費十分之五。惟裁判費如何徵收，需視訴訟標的價額如何認定，乃為本題之關鍵所在。

本件，甲向乙、丙提議分割 A 地遭拒，旋即訴請判決分割 A 地。是以，本訴訟為裁判分割共有物之訴。惟關於訴訟標的價額如何計算？參照司法院 32 院字第 2500 號解釋：「(二)共有物或公同共有物分割之訴，其訴訟標的之價額，以原告因分割所受利益之客觀價額為準，非依共有物或公同共有物全部之價額定之。」及民事訴訟法第 77 條之 11：「分割共有物涉訟，以原告因分割所受利益之價額為準。」由是可知，裁判分割共有物之訴，其訴訟標的價額係以原告因分割所受利益之價額為準。

因 A 地面積 0.5 公頃，原告甲之應有部分為 5 分之 1，參照當年度申報地價每平方公尺為 1 萬元，故本件分割共有物之訴其訴訟標的價額，應依 A 地申報地價總價額 500 萬元計算，以其應有部分為分割後所受客觀之利益，其訴訟標的價額應以 100 萬元計算。

再者，針對第一審法院宣示准為 A 地分割為 A₁、A₂、A₃ 三筆並依序由原告甲、被告乙、被告丙單獨取得所有權之判決，乙不滿分配取得 A₂ 之位置，則就本判決擬提起第二審上訴。參照最高法院 72 年度第 2 次民事庭庭長會議（民國 72 年 2 月 22 日）（二）決議：「請求分割共有物之訴，其訴訟標的價額之計算，應以原告在第一審起訴時因分割所受利益之客觀價額為準，此種案件上訴時，其訴訟標的價額及上訴利益額，亦以此為準，不因被告或原告提起上訴而有所歧異。」及最高法院 70 年台上字第 1757 號判例：「共有物分割之訴，其訴訟標的價額以原告因分割所受利益之客觀價額為準，非以共有物全部之價額定之，依民事訴訟法第 466 條第 3 項規定，上訴利益亦應依此標準計算，不因上訴人（被告）之應有部分之價額較低而異。」是以，縱然係被告上訴，其訴訟標的價額之核定，亦與原告起訴時相同，即係以原告因分割所受利益之價額為準。據此，其訴訟標的價額應以 100 萬元計算。

再者，雖第一審法院經鑑定而宣示原告甲取得其市值為 140 萬元之 A₁ 地，惟本於訴訟標的恆定原則，核定訴訟標的之價額，以起訴時之交易價額為準。是以，縱然嗣後第一審法院經鑑定而認為原告所受客觀之利益為 140 萬元，仍不影響原訴訟標的價額之認定。又，縱然原告甲起訴時，誤以共有物價額之全部為裁判費之繳納，但其亦不影響嗣後上訴時，仍應以原告因分割所受利益之價額為準。

（二）丙認為取得 A₃，有未受鑑定市值 20 萬元利益差額補償之損失，於法不合。因本件並未超過上訴第三審之利益額數 150 萬元，故不可上訴第三審。

本件，丙得否上訴第三審，針對於上訴所得受之利益數額限制之規定，參見民事訴訟法第 466 條：「對於財產權訴訟之第二審判決，如因上訴所得受之利益，不逾新台幣 100 萬元者，不得上訴。（第一項）對於第 427 條訴訟，如依通常訴訟程序所為之第二審判決，仍得上訴於第三審法院。其因上訴所得受之利益不逾新台幣 100 萬元者，適用前項規定。（第二項）前二項所定數額，司法院得因情勢需要，以命令減至新台幣 50 萬元，或增至 150 萬元。（第三項）計算上訴利益，準用關於計算訴訟標的價額之規定。（第四項）」以及 91.1.29(91) 院台廳民一字第 03074 號令：「依民事訴訟法第 466 條第 3 項規定，將民事訴訟法第 466 條第 1 項所定上訴第三審之利益額數提高為新台幣 150 萬元，並自中華民國 91 年 2 月 8 日起實施。」是以，上訴第三審所得受之利益額數須超過新台幣 150 萬元始可。

計算上訴利益額，雖以上訴聲明範圍為內、起訴時訴訟標的之價額為準。惟在分割共有物之訴中，鑑於其非訟事件之本質與聲明之非拘束性，縱然當事人僅以所受客觀利益差額提起上訴，上級審法院仍有變更全部分割方法之可能。是以，仍應以原告於第一審起訴時之應有部分價額為訴訟標的之價額。

綜上所述，丙雖有未受鑑定市值 20 萬元利益差額補償之損失，而擬欲上訴第三審。惟本件訴訟標的之價額為原告甲因分割所受利益之價額 100 萬元作計算。是以，因其並未超過上訴第三審之利益額數 150 萬元，故應不可上訴第三審。

四、（一）何謂定暫時狀態假處分？那些法律關係有定暫時狀態假處分之適格？（10 分）

（二）甲與乙於婚外同居，生育一子丙，並由生父甲月付新臺幣（下同）5 萬元予乙，以扶養丙。

嗣甲發現丙體弱多病，醫療費用龐大，且乙又另與他男結婚，遂以丙非其子，拒絕再繼續付扶養費。此時：

（1）丙（由乙為法定代理人）對甲可否起訴請求給付扶養費？並聲請定暫時狀態假處分，請求甲按月給付 5 萬元至其成年為止？（7 分）

（2）丙（由乙為法定代理人）可否以甲為被告，提起確認父子關係存在之訴？（8 分）

命題意旨	測驗考生對於 92 年民事訴訟法修正後有關定暫時狀態假處分（民訴§538 以下）之特色是否了解。
答題關鍵	（一）定暫時狀態假處分之意義及事件類型之特色及範圍。 （二）繼續性之金錢給付可否為定暫時狀態之假處分。 （三）確認親子關係之確認利益。 （四）定暫時狀態假處分起訴時案件同一性之認定。
高分閱讀	1.許士宦「定暫時狀態假處分之活用」一文，載於《台灣本土法學雜誌》第 58 期。 2.許律師，《民事訴訟法（下）》，高點文化出版，第 12-3 頁～13-17 頁。

【擬答】

（一）1.定暫時狀態假處分之意義

對於爭執之法律關係，在當事人間有急迫性，為避免重大損害之發生，不待本案訴訟起訴或判決確定，即

有暫時維持權利義務現狀之必要而為之假處分（民訴§538 I 參照）。此種定暫時狀態之行爲，並非保全債權人強制執行之方法，而係提前實現當事人之權利，原與保全程序之假處分無涉，惟因其係就當事人權利之範圍予以暫時的保護，性質上與假處分相通，故法律規定準用假處分之一種制度。

2. 定暫時狀態假處分之適格法律關係：

民事訴訟法於 92 年修正時，為妥適發揮定暫時狀態假處分制度之功能，故放寬其類型限制，凡係當事人間私權糾紛，將來有提起訴訟解決紛爭之實益者，為避免緊急之危險，皆許當事人預先請求法院為定暫時狀態之假處分，故現行法下其事件之類型（適格）有如下之特色：

(1) 不以給付訴訟為限：

故確認通行權存在之確認訴訟，如有定暫時狀態之必要時，仍得為請求暫時通行之假處分聲請。

(2) 不以繼續性之法律關係為限：

故一次性給付之事件，亦得為定暫時狀態之聲請，此種事件常見於行為或不行為之請求。

(3) 不以金錢以外之請求為限：

假如請求扶養費給付之事件，為免受扶養人之權益受損，得命扶養義務人為按月先給付若干金額於權利人之假處分（民訴§538 III）。

(4) 不以財產權事件為限：

本案訴訟標的為身分上之請求者，亦得為之，例如請求酌定子女親權人之事件（民§1055；民訴§572-1），請求強制認領之事件（尚有爭議），於判決確定前，如有必要時，法院亦得為定暫時狀態之假處分。

(二) 題示情形分述如下：

1. 丙得訴請甲給付扶養費

按民法 1065 I 規定：「非婚生子女經生父認領者，視為婚生子女，其經生父撫育者，亦同」，準此而言，甲先前按月給付乙女 5 萬元之行爲，可視為對丙子已有撫育之事實，丙子依法已成為甲之婚生子女，其自得依民法 1114①之規定為請求權基礎，訴請甲父履行扶養之義務。

2. 上開訴訟，丙是否得聲請定暫時狀態之假處分：

承前所述，此種繼續性之金錢給付事件，如有民事訴訟法§538 I 所稱「防止發生重大損害」，或「避免急迫危險」之必要時，仍可請求，故若丙之生母乙資力困窘，無力支付丙之醫藥費及生活費，且丙若未及時受到醫療照護，將有生命危險或其他身體健康上之重大不利益者，則其當然可以請求法院先命甲按月給付一定之扶養費予丙，以避免丙之生命、身體健康產生重大之損害。

3. 丙可否對甲提起確認父子關係存在之訴：

(1) 民事訴訟法 247 條第 1 項之規定：「確認法律關係之訴，非原告有即受確認判決法律上之利益者，不得提起之。確認證書真偽及法律關係基礎事實存否之訴亦同」；題示情形中，甲男否認丙為其真實血流之子女，甲、丙間對於是否已因撫育發生親子關係一事既已產生爭執，而該爭執又可依法院之確認判決加以除去當事人間私法上地位不安定之危險，故應認為丙對於該訴訟有「確認利益」，而得對甲提起訴訟。

(2) 惟須特別注意者，乃若丙當初聲請定暫時狀態假處分時，係以「給付扶養費」為聲請之法律關係時，其提起之本案訴訟若為「確認父子關係存在」之訴時，其起訴是否符合「本案同一性」之要件（§538-4 準用§533，§533 準用§529 I 參照）？學說實務上有不同見解：

① 否定說：

聲請人所欲保全者，既係給付扶養費之「請求權」，則本案訴訟，自應提起「給付扶養費」之訴始為恰當；況且針對兩造當事人間親子關係存否之爭議，為系爭扶養請求權是否存在之前提事實，法院已可於給付之訴中一併審理，並無使當事人獨立提起確認訴訟之必要。

② 肯定說：

應放寬認定標準，不宜責令聲請人必須毫無例外地具體指明，此係由於定暫時狀態假處分之聲請，常在證據尚無法固定或事證尚未能蒐集齊全之階段，即須緊急為之，故要求聲請人於起訴之初時即須完全確定其權利內容，幾乎係不可能，且定暫時狀態假處分所必要之方法，係由法院裁量酌定之，不受聲請人聲明之拘束，故應認為只要聲請人所表明之本案請求與保全之請求兩者請求之基礎事實同一時，即屬於符合同一性之要求。

③ 小結：

以上兩說各有所據，惟從紛爭解決之實益性而言，似以否定說較為可採。