

「誰開了這臺刀？」 ——「告知後同意」法則的精緻化 與法學實證分析*

蘇嘉瑞**

摘要

「告知後同意」為患者自我決定權的具體實踐，然而，「告知內容」的範圍與密度，卻難有一明確標準。若手術主治醫師未經病患同意，而由團隊其他醫師替代主刀，稱為幽靈手術（Ghost Surgery）。雖然手術技巧的實際訓練，對醫學教育的傳承有其獨特重要性；然因病患可能會拒絕較資淺的醫師操刀，而影響教學醫院據實告知的意願；故本文嘗試以此一法益兩難的告知類型，將「告知後同意」的概念再加以精緻化，並與「醫學教育」加以交錯，將由比較法、醫療準則及實務判決分析，再以實證研究驗證，以充實我國告知後同意體系的內涵。

關鍵詞：告知後同意、幽靈手術、實證研究、醫學教育

* 本文初稿曾發表於第三屆「全國法學實證研討會」，承蒙與會學者提供意見，體系架構與理論構成得以重整；作者並感謝兩位匿名審稿專家提供寶貴建議，使疏漏能有增補，特表感謝。實證統計部分，感謝國立臺北大學統計學系助理教授林建甫博士／醫師之協助，特致謝忱。

** 敏盛綜合醫院骨科醫師、執業律師、國立陽明大學兼任教師；國立交通大學科技法律研究所博士生。

投稿日：2012年1月5日；採用日：2012年3月9日

Cite as: 9 TECH. L. REV., Dec. 2012, at 249.

“Who Did the Operation?”— Empirical Legal Study and Refinement on “Informed Consent”

Chia-Jui Su^{*}

Abstract

“Informed consent” is the clinical implementation and expression of a patient’s autonomy. However, it is very difficult to give a definite standard for the scope and the details to be contained in an informed consent. If a surgery was performed by a different operating surgeon without obtaining the patient’s prior informed consent, this conduct could be referred to as “ghost surgery”. While the opportunity to practice clinical skills has a unique role in the surgical education of a young physician, teaching hospitals may hesitate to frankly inform the patient to avoid patient’s refusal to be operated by a trainee physician. Therefore, this article aims to refine the concept of “informed consent” by analyzing this dilemma between medical education and patient’s autonomy. By adopting interdisciplinary studies of comparative laws, medical standards, judicial decisions and empirical

^{*} Orthopedic Surgeon of Min-Sheng General Hospital; Attorney at Law; Adjunct Lecturer, National Yang-Ming University; Ph. D. Candidate, National Chiao Tung University Institute of Technology Law.

legal verifications, this article seeks to enrich the substance and understanding of “informed consent” in Taiwan.

Keywords: Informed Consent, Ghost Surgery, Empirical Research,
Medical Education

1. 前言

由於醫療糾紛的日漸增加以及民眾自主意識的抬頭，司法實務涉及的法律爭點愈見複雜，而新型態的糾紛亦層出不窮，如此不但推動了醫療糾紛的類型演化，更充實了醫療法律的體系內涵。醫糾法律爭點的演進，也從違反醫療常規的過失責任，逐步演進到醫療服務的無過失責任，以至於「告知後同意」（informed consent）的說明義務。傳統上，醫療糾紛的法律責任，多以於該醫療行為是否違反「醫療常規」，來作為過失或是注意義務的標準（standard of care）。然而，馬偕婦產科肩難產的判決¹，卻將長期以來的醫療過失體系，推向了醫療行為是否適用消費者保護法「無過失責任」的爭議，亦掀起醫界與法界的一番討論²，然在 2004 年醫療法將第 82 條修正為「醫療業務之施行，應善盡醫療上必要之注意。醫療機構及其醫事人員因執行業務致生損害於病人，以故意或過失為限，負損害賠償責任」³，似乎又將無過失責任的爭議，再回歸到原本的過失責任主義⁴。後續則因應病患自主意

¹ 臺灣高等法院 87 年度上字第 151 號判決、最高法院 90 年度台上字第 709 號判決，司法院法學資料檢索系統：<http://jirs.judicial.gov.tw/Index.htm>。

² 楊秀儀，「醫療糾紛與醫療無過失制度——美國經驗四十年來之探討」，政大法學評論，第 68 期，頁 1-42（2001）；黃立，「消費者保護法對醫療行為的適用」，律師雜誌，第 217 期，頁 70（1997）；陳忠五，「醫療事故與消費者保護法服務責任之適用問題（上）——最高法院九〇年度臺上字第七〇九號（馬偕紀念醫院肩難產案）判決評釋」，台灣本土法學雜誌，第 36 期，頁 47（2002）；陳忠五，「醫療事故與消費者保護法服務責任之適用問題（下）——最高法院九〇年度臺上字第七〇九號（馬偕紀念醫院肩難產案）判決評釋」，台灣本土法學雜誌，第 37 期，頁 31（2002）。

³ 原修正草案為「醫療機構及其醫事人員因執行業務致生損害於病人，除能證明其無故意或過失者外，應負損害賠償責任，不適用消費者保護法之規定」，可見其刻意排除消保法適用之痕跡。

⁴ 實務見解亦同，如最高法院 93 年台上字第 2302 號民事判決：「可認被上訴人提供之醫療服務，難認有故意或過失之侵權行為。……『另醫療行為經核並無消費者保護法（下稱消保法）之適用』。從而，上訴人依民法侵權行為法律關係及消保法第七條第一項、第三項、及第五十一條規定，請求被上訴人連帶賠償損害及給付懲罰

識的覺醒，司法實務又同步將過失責任的重心，由是否符合「醫療常規」的注意義務，再逐漸轉向為「告知後同意」的探討，尤其在最高法院以 94 年台上字第 2676 號刑事判決對說明義務做出詮釋後，「告知後同意」已成為近年來學界及醫界的熱門議題⁵；然而，針對「告知後同意」法則的內涵，有三方面似可再嘗試加以深化：首先，在告知後同意的研究主題上，是否能夠進一步的精緻化或類型化；其次，在法學方法論上，是否能將實證研究導入以增強批判性；最後，在研究結果上，是否能達到科技整合及法學實用化的目的。

首先，在「告知後同意」的類型化上，法律上告知內容的標準，將與醫療上團隊分工及醫學教育產生交互作用。此因「告知內容」的範圍，無論在法界或醫界都很難提出一個明確標準，學界對「手術及受術者」（所謂客體資訊）的目的、程序、風險等內容範圍已有諸多討論，然對「執行手術者」（所謂主體資訊）的人格、資格、經驗等內容，則甚少論及，而國內迄今幾無相關文獻針對「醫師主體」或「專業資格」加以論述⁶。又因醫療手術常在喪失意識的麻醉後病患執行，故特別容易在未經病患同意下，由其他的醫師所替代，而此種手術行為，在英、美國家俗稱為幽靈手術（Ghost Surgery）⁷，不過 Ghost 一詞，其實並無貶抑之意，只是表示其隱名於後⁸。

性賠償金，均無理由。」

5 楊秀儀，「論病人自主權——我國法上『告知後同意』之請求權基礎探討」，臺大法學論叢，第 36 卷第 2 期，頁 229-268（2007）；陳子平，「醫療上『充分說明與同意（Informed Consent）』之法理」，東吳法律學報，第 12 卷第 1 期，頁 47-84（2000）；王皇玉，「論醫師的說明義務與親自診療義務——評九十四年台上字第二六七六號判決」，月旦法學雜誌，第 137 期，頁 265-280（2006）。

6 醫療法學上討論告知後同意的論文甚多，亦有以實證研究為其方法論者，參見孫美華，「告知後同意」之實證研究——以台灣某醫學中心之心臟外科臨床實務作法探討之，長庚大學醫務管理學研究所碩士論文（2004），惟實證對象皆為單一族群，實證內容亦無論及手術醫師之同一性，亦未加以分組比較。

7 Perna v. Pirozzi, 457 A.2d 431 (N.J. 1983). “The surgeon who performs the operation when the patient believes that another physician is operating (‘ghost surgery’) and to the surgeon

然而，外科醫學也是一種臨床技術，無法僅由博覽群書即能嫻熟手術技巧，故須於教學醫院建立臨床培訓制度，醫學技術的傳承方能持續進步；故對於醫療界而言，某些情況下由年輕住院醫師來實際主刀，在醫學教育與醫學進步的公益觀點上，似乎也是一種不得不的選擇。再者，現今醫療作業，「團隊分工」已是常態，然而，主刀又該如何認定呢？亦即在手術室後的密閉世界裡，該醫療團隊到底是誰在真正執刀呢？若非由指定的醫師主刀，而由另一醫師執刀，或是交由訓練中的住院醫師執刀？其各自責任分擔為何？以上爭點，將會與醫師主體資訊的告知義務有關，並涉及病患個人自主權與整體醫學教育間的利益衡平，故本研究將有助於醫療上告知義務的精緻化。

其次，在法學方法論及原創性上，由於「誰開了這臺刀」的法律問題，不僅涉及病人「自主決定權」的個人私益，還會影響到醫學教育等社會公益；有鑑於此，本文除討論「告知後同意」之法理基礎及「幽靈手術」之實務判決外，另參照醫學團體的專業準則，以瞭解醫學界對此爭議的看法；再者，本文亦期待能將不同的法學研究方法交錯適用，故在經過前述分析後，將「幽靈手術」在法律上評價，提出四大變數（variables）的假說；再依據上開變數設計問卷，以統計分析的研究方式，來瞭解醫療團隊成員間的權利義務關係；並希望能由不同觀點，對於法律人士、醫療人員及外科病患三方面（亦即事件評價者、事件執行者與事件接受者）加以實證研究及分析探討。在原創性上，經搜尋國內外醫學及法學期刊，雖然有少數國外文獻曾提到告知後同意之法理依據及幽靈手術等判決評釋⁹，然而，目前尚無任何研究

who delegates a procedure to another surgeon without the knowledge and consent of the patient.”

⁸ 如同 Ghost writer 表示名人傳記或學術論文背後代筆的真正作者；“‘Ghost authoring’ refers to making substantial contributions without being identified as an author.” 參見 *AMWA Ethics FAQs*, AMERICAN MEDICAL WRITERS ASSOCIATION, <http://www.amwa.org/default.asp?Mode=DirectoryDisplay&DirectoryUseAbsoluteOnSearch=True&id=466> (last visited Dec. 1, 2011)。

⁹ Thomas Lundmark, *Surgery by an Unauthorized Surgeon as a Battery*, 10 J.L. & HEALTH

論文，以法學實證研究（empirical study）及相關變數，對上述三個不同族群以統計方式，交叉研究「告知後同意」與「幽靈手術」等議題。

最後，在研究結果的實用化上，本文希望能利用不同的法學研究方法，對於此一現存的社會現象提出可能的解釋，找出醫療人員為何不願告知的根本原因；並希望能提出合理可行的建議方式，得以兼顧目前病患私益與未來教育公益，而達到法學研究實用化的目的。

2. 幽靈手術與告知後同意

幽靈手術係指「如果外科主治醫師僅僅協助住院醫師或其他醫師，而使住院醫師或其他醫師成為實際替患者手術者，若是實際手術者之身分未經告知該患者，則稱為幽靈手術」¹⁰，幽靈手術乃是醫學上告知後同意的一種類型，並已對於國外社會大眾、醫學界及法律界造成一些衝擊，以下則依據相關社會現象及專業學術文獻加以介紹。

首先，在社會現象上，即便是在 80 年代的美國紐約，教學醫院的手術有多達 85% 係由住院醫師所執行，且在多數案例中，主治醫師僅監督部分手術過程，然主要部分卻由訓練中醫師所實際執行¹¹。例如「幽靈手術」就曾登上美國紐約的頭條新聞：「Ghost surgery – You may be paying the eminent Dr. Jones to operate on you, but an assistant or resident may actually do the

287, 287-96 (1996); E. HaaviMorreim, *Medical Research Litigation and Malpractice Tort Doctrines: Courts on a Learning Curve*, 4 Hous. J. Health L. & Pol'y 1, 51-86 (2003).

¹⁰ Perna, 457 A.2d at 440. “If the surgeon employed merely assists the resident or other physician in performing the operation, it is the resident or other physician who becomes the operating surgeon. If the patient is not informed as to the identity of the operating surgeon, the situation is Ghost Surgery.” 該判決定義係引自 Judicial Council of the American Medical Association, Opinion 8.12 (1982)。

¹¹ James H. Foster, *Who Does an Operation?*, 116 Arch. Surg. 743, 743 (1981); Margaret Keller Holmes, *Ghost Surgery*, 56 Bull. N. Y. Acad. Med. 412, 414 (1980).

job.」¹²（幽靈手術——你可能付錢給著名的外科醫師瓊斯幫你手術，但實際上卻是助手或住院醫師在幫你做手術）。而同時期哥倫比亞廣播電臺電視 CBS 的最有名節目六十分鐘（Sixty Minutes）亦曾指出：在紐約某些醫院（如 Strong Memorial Hospital in Rochester, N.Y.），疝氣手術係由訓練中的住院醫師所執行，而外科主任僅在旁監督¹³。而紐約時報（New York Times）則曾指出某些器材廠商人員承認曾進入手術房協助超過 900 例以上手術，某些人員未經任何醫學教育且只有高中學歷，而提出了 Salesman Surgeon 一詞¹⁴。

而在學術界中，無論法律或醫學期刊亦逐漸關注此一議題，著名的 Journal of Law and Health 曾以「Surgery by an Unauthorized Surgeon as a Battery」為題，提到在幽靈手術的情況下，法理上該替代醫師（substitution of surgery）將可能構成傷害或詐欺等相關責任，以及實務上加州陪審團指引手冊（California Book of Approved Jury Instructions）的相關意見¹⁵。其後，律師 Kocher 則跨領域在著名的醫學期刊 The Journal of Bone and Joint Surgery 上發表：「Ghost Surgery: The Ethical and Legal Implications of Who Does the Operation」，該文並舉出三個幽靈手術的例子¹⁶，第一個例子是主治醫師雖實際於手術室中，然手術卻由其他醫師所執行，同一時間該醫師則在隔壁開刀房替其他患者手術¹⁷；第二個案例則是主治醫師術前曾介紹該住院醫師為其助手，而手術時主治醫師雖也在現場，然僅係從旁指導，實際卻由住院醫師

¹² New York City's The Sunday News on Oct. 17 (1976).

¹³ James F. Connell Jr., *Ghost Surgery. Interview by Jim Hoffman*, 10(7) FAMILY HEALTH 24, 24-27 (1978).

¹⁴ *Operation Room Ghost Stories Are Amazing True, Ghost Surgical Salesmen Admit Assisting in Over 900 Operation*, N.Y. TIMES, Oct. 2, 1979, at B1, B10-11.

¹⁵ Lundmark, *supra* note 9, at 287.

¹⁶ Mininders S. Kocher, *Ghost Surgery: The Ethical and Legal Implications of Who Does the Operation*, 84-A(1) THE JOURNAL OF BONE & JOINT SURGERY 148, 148-50 (2002).

¹⁷ *Id.* at 148. "The attending orthopaedist scrubs briefly and the leaves to perform a simultaneous procedure in another room."

所主刀；第三個例子為手術前僅告知由整個醫療團隊負責該手術，且宣稱實際主刀醫師將於手術時才由該團隊所特定¹⁸。此三個例子都因術後產生併發症，而被患者發現其手術係由其他醫師所執行，雖然此三個案例皆由法院判決所改編，然該文作者僅提醒幽靈手術因違反告知義務，將可能涉及傷害、債務不履行或詐欺等法律責任，並未分析此三種類型的構成要件與區別實益，至為可惜。本文則認為 *Kocher* 此文中之第一型可謂傳統型之幽靈手術，亦即術前告知之醫師轉由其他醫師所完全替代，此類型明顯違反告知後同意法則，適用及解釋上並無疑義；第二型則可謂教學型之幽靈手術，亦即術前告知之醫師雖也參與手術過程，惟僅擔任助手，實際卻由住院醫師來主刀，此種類型容易發生於教學醫院，且會衍生手術之主要部分與次要部分該如何劃分之爭議；至於第三型則係概括型的幽靈手術，亦即利用對於醫療團隊的概括同意來規避對主刀醫師的特定同意，因現代醫療活動多屬組織醫療下的團隊分工，故此種類型確有其實際價值，在臨床上也容易發生。由上可知，可能影響幽靈手術的因素與類型，除了傳統型的替代醫師外，臨床的教學監督與醫療團隊的概括同意也是可能的變形，故本文亦將上開要素列入此次之研究範疇內。

而後續的著名外科醫學期刊 *The Journal of Vascular Surgery*，則有醫師以「Whodunit? Ghost Surgery and Ethical Billing」為題¹⁹，將幽靈手術的爭點由「告知後同意」擴及「費用成本」，該文指出因主治醫師與住院醫師執行手術的醫療給付並不相同，若由住院醫師執行手術卻以主治醫師名義來申報醫療費用，將可能會涉及申報不實或詐領給付；其次，即便整體醫療過程順利成功，然相較主治醫師親自手術，由經驗較少的住院醫師主刀，可能會有手術時間較長或整體住院天數的延長，而增加了病患醫療費用的支出；亦即醫

¹⁸ *Id.* “A patient who is rehospitalized for complications after shoulder arthroscopy discovers that his surgeon’s partner performed the operation. The orthopaedists contend that they practice as a ‘team’, deciding who dose the specific case just prior to the operation.”

¹⁹ James W. Jones, L.B. McCullough & B.W. Richman, *Whodunit? Ghost Surgery and Ethical Billing*, 42 J. VASCULAR SURGERY 1239, 1240 (2005).

學教育的費用成本，將轉由病患的醫療費用支付²⁰。其實，除了該文所指出醫療費用的觀點外，外科醫學的教育利益似也隱性轉換於病患的醫療風險之上，足見「告知後同意」與「醫學教育」的兩難情況（dilemma）實已發生，確實值得醫界及法界跨領域來加以研究。

3. 告知後同意之精緻化

故由上述社會現象及相關學術論述可知，告知後同意的理論基礎將可在實際的醫療行為中加以驗證及精緻化；故本章將從告知後同意的法理基礎開始，參酌醫療專業團體的規範準則，再擴及幽靈手術之司法實務判決，最後依據法理基礎、醫學觀點及司法實務三方面觀點，據此提出實證之假說及設定變數。

3.1 告知後同意之醫療準則與法理基礎

現代醫病關係，已逐漸由過去「父權思想」時代，醫師本其醫療專業而替病患做決定，轉為必須尊重患者的「自我決定權」。以下則以醫療專業準則、英美法及我國法對告知義務的判斷標準，逐一加以檢視。

3.1.1 醫療專業準則

在古希臘的醫療界，患者是不被允許參加醫療的決定過程；而在中世紀時，醫師與患者雖已容許相互對話，然此對話目的僅作為醫師提供病人心理安慰，或是告知注意事項以增進病患於醫療過程的配合，實際上醫師仍具有絕對的權威和主導權。然自紐倫堡綱領（Nuremberg code）、赫爾辛基宣言（Declaration of Helsinki）及里斯本宣言（Declaration of Lisbon on the Rights of the Patient）之後，醫界逐漸對醫病間告知後同意提出一些專業準則；首先，因納粹人體試驗事件的影響，1947年「紐倫堡綱領」的基本原則中，則

²⁰ 因我國之健保給付，無論主治醫師或住院醫師手術其給付金額皆相同，亦無正式之指定醫師制度，故相關醫療給付之爭議在臺灣較不會發生。

包含了「知的權利」、「自發性同意」、「拒絕權利」，以及用以保障上述各項權利的「合法同意」，然而，該綱領適用範圍僅限於人體實驗²¹。到了1975年的第29屆世界醫師總會，則將 *Informed consent* 一詞置於赫爾辛基宣言之中；並於1981年的第34屆世界醫師總會通過於里斯本宣言，在「自我決定的權利」(Right to self-determination) 此條文中，將 *informed consent* 的法理由醫學人體實驗擴展到所有患者的治療之上²²。

至於現代版的醫學專業準則，則以美國醫師協會 (American Medical Association, AMA) 的醫學倫理規範 (AMA's Code of Medical Ethics) 為世界所通用，且對於告知後同意、替代 (幽靈) 醫師等議題皆有論及。美國醫師協會成立於1847年，是全世界第一個成立的醫學專業團體，而其所提出的醫學專業規範，不但是第一個醫師專業規範，且歷經不斷修正，至今仍為醫學界最具影響力的專業規範之一²³，在現行的醫學倫理規範 8.16 節中，明白指出病患有選擇醫師的權利，若是未事前告知並取得同意，就是詐欺²⁴。其實現行規範已將過去 (1982 年版) 的負面字眼「幽靈手術」(ghost surgery) 去除，代以較為中性字眼的「未經知悉同意的替代醫師」(substitution of surgeon without patient's knowledge or consent)，雖然此修正可去除「幽靈手術」一詞較負面貶抑之影響，然法律學者 King 曾提出批評，認為此舉係美國

²¹ *NUREMBERG CODE*, OFFICE OF HISTORY, NATIONAL INSTITUTES OF HEALTH, <http://history.nih.gov/research/downloads/nuremberg.pdf> (last visited Oct. 19, 2012).

²² “The patient has the right to the information necessary to make his/her decisions. The patient should understand clearly what is the purpose of any test or treatment, what the results would imply, and what would be the implications of withholding consent.”

²³ *History of AMA*, AMERICAN MEDICAL ASSOCIATION, <http://www.ama-assn.org/ama/pub/about-ama/our-history.shtml> (last visited Dec. 1, 2011).

²⁴ *Opinion 8.16-Substitution of Surgeon Without Patient's Knowledge or Consent*, AMERICAN MEDICAL ASSOCIATION, <http://www.ama-assn.org/ama/pub/physician-resources/medical-ethics/code-medical-ethics/opinion816.shtml> (last visited Dec. 1, 2011). “A surgeon who allows a substitute to operate on his or her patient without the patient's knowledge and consent is deceitful. The patient is entitled to choose his or her own physician and should be permitted to acquiesce to or refuse the substitution.”

醫師協會對於住院醫師的教學手術，有關告知義務的刻意忽略（“deliberate silence by the Judicial Council of the AMA”）²⁵。

不過，現行美國醫師協會的專業規範則另對「監督」加以分類，而將其分為「參與型監督」（participatory supervision）與「非參與型監督」（non-participatory supervision），並以醫師是否有刷手為分類基礎（“surgeon’s scrubbing”，即醫師消毒刷手後站上手術臺）；並指出在取得告知同意後，「參與型監督」係合乎其醫療專業規範²⁶，然而，若屬主治醫師沒有刷手上刀的「非參與型監督」，除仍須事前完全告知之外，相關書面證據必須留存。由此觀之，美國醫師協會不但認為兩種監督方式的事前告知皆須踐行，且主治醫師若不實際陪同住院醫師上刀，則將來法律風險亦將較大。

至於我國醫師公會之醫師倫理規範，則僅有一般性規範，如於第 4 條中提到尊重病人自主權，及第 8 條提及需說明病情、治療方針及預後情形，然而，對於醫師本身資訊或替代醫師等議題，則並未提出專業準則或指引²⁷。

3.1.2 英美法對告知義務的標準

以英美法而言，告知後同意的概念歷經一些演化過程，而案例法（case law）可以 *Slater*、*Schloendorff* 及 *Salgo* 三個案件作為代表。18 世紀初，英國法院在 *Slater v. Baker & Stapleton* 案例中，雖然認為在實行骨科手術之前，病患有關知悉手術內容，然判決理由並非依據身體自我決定權受侵害，而仍以該醫師違反醫療常規（standard of care），係依據術前取得病患同意乃當時之

²⁵ Joseph H. King, *The Standard of Care for Residents and Other Medical School Graduates in Training*, 55 AM. U. L. REV. 683, 728 (2006).

²⁶ *Id.* “With the consent of the patient, it is not unethical for the operating surgeon to delegate the performance of certain aspects of the operation to the assistant provided this is done under the surgeon’s participatory supervision, i.e., the surgeon must scrub.”

²⁷ 中華民國醫師公會全聯會之醫師倫理規範，中華民國醫師公會全國聯合會網站：<http://www.tma.tw/ethical/doc/醫師倫理規範.pdf>（最後點閱時間：2011 年 12 月 1 日）。

通常醫療標準²⁸。直到 1914 年，美國紐約州法院在 *Schloendorff v. Society of New York Hospital* 的案例中，才開始承認每個成年人對身體應有自我決定權（a right to determine what shall be done with his body）²⁹；終於在 1957 年加州法院的 *Salgo v. Leland Stanford Jr. University Board of Trustees* 案例中，原告 Salgo 接受了主動脈攝影的顯影劑注射，卻發生了下肢癱瘓的併發症，Salgo 認為醫院於術前並未告知此種少見的併發症的可能性，而「informed consent」此一字詞才第一次被法院正式使用，該判決更進一步指出醫師有告知說明的義務，雖然還是保留了醫師能選擇揭露的空間（physician's discretion）³⁰，不過卻已在告知義務上跨了一大步。

至於醫師告知內容的標準，一般而言，在美國法律實務上可分為四說：第一為專業標準說（Professional standard）³¹：意指告知內容係以通常該科醫師的專業標準來決定，此說優點是與傳統法律上醫療過失（negligence）的定義相仿（亦即未達 standard of care），標準明確也最容易被接受；然此說最大的缺點為告知說明的標準以「醫師」為準，而與「告知後同意」的法理係基於病患身體自主權，故應以「病患」立場出發的原旨不符。第二為理性病人標準說（Reasonable patient standard）³²，此以 *Canterbury v. Spence* 案例為代表³³，意指醫師須依照一般理性病人所希望被告知的資訊去說明，法理上似較符合告知說明的規範目的；不過該標準係以理性病患（reasonable pu-

²⁸ Slater v. Baker & Stapleton, [1767] 95 Eng. Rep. 860 (K.B.). “[I]t is reasonable that a patient should be told with? What is about to done to him.” JESSICA W. BERG, PAUL S. APPELBAUM, CHARLES W. LIDZ & LISA S. PARKER, INFORMED CONSENT, LEGAL THEORY AND CLINICAL PRACTICE 42 (2d ed. 2001).

²⁹ Schloendorff v. Society of N.Y. Hosp., 211 N.Y. 125, 105 N.E. 92, 93 (N.Y. 1914). “Every human being of adult years and sound mind has a right to determine what shall be done with his body.”

³⁰ Salgo v. Leland Stanford Jr. University Board of Trustees, 317 P.2d 170 (Cal.App. 1957).

³¹ BERG ET AL., *supra* note 28, at 46.

³² Canterbury v. Spence, 464 F.2d 772 (C.A.D.C. 1972).

³³ Canterbury, 464 F.2d at 784.

dent patient) 及重要風險 (materiality of risk) 為依據，由於「理性病患」係一種虛擬病患，而所謂「重要風險」亦為不確定法律概念，故有個別醫師較難以預見 (unforeseeable) 的質疑。第三則為主觀病人標準說 (Subjective patient standard)³⁴：意指醫師須依個別患者所主觀認為重要的事項為告知，雖然「個案判斷」的立意良善，然此說缺點在於實際運用上，因個別認定標準的採認有其困難，尤其是主觀病人說的標準操之在原告，故於實際訴訟時極易遭到原告或其律師的操弄，故僅有極少法院採用。最後則為綜合判斷說，可將上述三種標準加以融合或變化，也有一些案例採用之³⁵。美國雖然各州採用的標準不一，然目前仍以理性病人標準說採用最多³⁶。

3.1.3 我國法律對告知義務之標準

雖然在英、美各國，「告知內容」的標準仍莫衷一是，實因告知義務的範圍寬窄，對於「醫療效率」與「病人權益」的一體兩面，將會產生利弊互見的效果，故本文將再檢視我國對於告知義務的法律規範、行政規則及司法判決，並逐一分析整理。

首先，在醫療法律上，我國對醫師告知義務的規範，有醫療法第 81 條：「醫療機構診治病人時，應向病人或其法定代理人、配偶、親屬或關係人告知其病情、治療方針、處置、用藥、預後情形及可能之不良反應。」醫師法第 12 條之 1：「醫師診治病人時，應向病人或其家屬告知其病情、治療方針、處置、用藥、預後情形及可能之不良反應。」此外，醫療法第 65 條則提到醫師對於病理報告的告知義務³⁷，而優生保健法第 11 條也要求產科醫師對孕婦之產檢結果、結紮建議及人工流產有告知義務³⁸；而安寧緩和醫療條

³⁴ *Canterbury*, 464 F.2d at 50.

³⁵ MICHAEL G. MACDONALD, KATHRYN C. MEYER & BETH ESSIG, *HEALTH CARE LAW: A PRACTICAL GUIDE* 14-18 (1993).

³⁶ *Id.* at 136-40.

³⁷ 醫療法第 65 條第一項規定如下：「醫療機構對採取之組織檢體或手術切取之器官，應送請病理檢查，並將結果告知病人或其法定代理人、配偶、親屬或關係人。」

³⁸ 優生保健法第 11 條規定如下：「醫師發現患有礙優生之遺傳性、傳染性疾病或精神

例第 8 條則對實施安寧緩和醫療之末期病人，賦予其可要求醫師告知病情之權利³⁹。

而手術前的告知說明義務，醫療法係將告知義務與同意權利一併規定，如醫療法第 63 條關於手術及麻醉同意書之規定：「醫療機構實施手術，應向病人或其法定代理人、配偶、親屬或關係人說明手術原因、手術成功率或可能發生之併發症及危險，並經其同意，簽具手術同意書及麻醉同意書，始得為之。但情況緊急者，不在此限。」至於第 64 條則對「侵入性檢查或治療」有類似的規定。更特殊的則為醫療法第 79 條關於簽署人體試驗同意書的條文，其明確的將「同意前先行告知」寫入條文⁴⁰，應該算是將「告知後同意」概念法律明文化的最佳範例。

其次，在行政規則上，衛生主管機關頒布之行政規則或相關函釋，則有衛生署版之手術及麻醉同意書⁴¹與「醫療機構施行手術及麻醉告知暨取得病

疾病者，應將實情告知患者或其法定代理人，並勸其接受治療。但對無法治癒者，認為有施行結紮手術之必要時，應勸其施行結紮手術。懷孕婦女施行產前檢查，醫師如發現有胎兒不正常者，應將實情告知本人或其配偶，認為有施行人工流產之必要時，應勸其施行人工流產。」

³⁹ 安寧緩和醫療條例第 8 條規定如下：「醫師為末期病人實施安寧緩和醫療時，應將治療方針告知病人或其家屬。但病人有明確意思表示欲知病情時，應予告知。」

⁴⁰ 醫療法第 79 條規定如下：「醫療機構施行人體試驗時，應善盡醫療上必要之注意，並應先取得接受試驗者之書面同意；接受試驗者以有意思能力之成年人為限。但顯有益於特定人口群或特殊疾病罹患者健康權益之試驗，不在此限。前項但書之接受試驗者為限制行為能力人，應得其本人與法定代理人同意；接受試驗者為無行為能力人，應得其代理人同意。第一項書面，醫療機構應至少記載下列事項，並於接受試驗者或法定代理人同意前，以其可理解方式先行告知：一、試驗目的及方法。二、可預期風險及副作用。三、預期試驗效果。四、其他可能之治療方式及說明。五、接受試驗者得隨時撤回同意之權利。六、試驗有關之損害補償或保險機制。七、受試者個人資料之保密。八、受試者生物檢體、個人資料或其衍生物之保存與再利用。前項告知及書面同意，醫療機構應給予充分時間考慮，並不得以脅迫或其他不正當方式為之。」

⁴¹ 修正「手術同意書」格式，行政院衛生署，(93)衛署醫字第 0930218150 號，行政

人同意指導原則」⁴²的行政規則，對告知義務內容與程序，也提供相關的依循標準。以衛生署版「手術同意書」的範本為例，其在「醫師之聲明部分」即載明：「1.我已經儘量以病人所能瞭解之方式，解釋這項手術之相關資訊，特別是下列事項：需實施手術之原因、手術步驟與範圍、手術風險及成功率、輸血之可能性。手術併發症及可能處理方式。不實施手術可能之後果及其他可替代之治療方式。預期手術後，可能出現之暫時或永久症狀。如另有手術相關說明資料，我並已交付病人。2.我已經給予病人充足時間，詢問下列有關本次手術的問題，並給予答覆。」總而言之，與醫療法第 63 條條文相比較，告知內容則多增加了手術步驟與範圍、輸血可能性及選擇機會（不手術或替代方式的選擇），至於程序方面則強調給予考慮時間及提問機會。

至於司法實務裁判，則以最高法院 94 年台上字第 2676 號刑事判決，可算是我國在醫療告知義務的代表性判決⁴³，亦如同 *Salgo* 判決之於「informed consent」，該判決對醫學或法學界皆引發許多討論⁴⁴。該判決亦提出告知說

院衛生署公報，第 34 卷第 5 號，頁 54-56，2004 年 10 月。

42 醫療機構施行手術及麻醉告知暨取得病人同意指導原則，行政院衛生署，(93)衛署醫字第 09300218149 號，行政院衛生署公報，第 34 卷第 5 號，頁 52-54，2004 年 10 月。

43 該判決的案例事實，係為某患者於某醫院接受心導管檢查，並於術後以四公斤沙袋壓迫大腿上的導管入口，然於同日下午發現右下肢有血管栓塞形成，經血管外科醫師於當晚緊急施行血管手術後病情尚稱穩定，然三天之後卻發現患者心肌梗塞發作，中午轉入加護病房後隨即死亡。雖醫療鑑定報告認為並無醫療疏失可言，然該判決則指出，若未經告知施行心導管檢查的危險性即實施，致使患者因併發症而死亡，是否仍無疏失尚有加以更行審酌的餘地。

44 廖建瑜，「論醫師說明義務之建構與發展——兼評最高法院 94 年台上字第 2676 號判決」，成大法學，第 10 期，頁 231-293（2005）；楊秀儀，「告知後同意法則之司法實務發展——最高法院九四年台上字第 2676 號判決評釋」，台灣本土法學雜誌，第 73 期，頁 212-214（2005）；王皇玉，「醫師未盡說明義務之法律效果——簡評九四年台上字第 2676 號判決」，台灣本土法學雜誌，第 75 期，頁 224-226（2005）；王皇玉，前揭註 5，頁 265-280。

明義務的準則，指出了醫療上告知說明義務的依據係爲了保障病人身體自主權⁴⁵，也強調「實質」的告知義務⁴⁶，而不能僅由護理人員單純交由病患簽署。更重要的是，該判決對於「告知」義務的內容和範圍，嘗試提出一個明確而有系統的判斷依據，該判決另以：「上開醫師應盡之說明義務，除過於專業或細部療法外，至少應包含：(一)診斷之病名、病況、預後及不接受治療之後果。(二)建議治療方案及其他可能之替代治療方案暨其利弊。(三)治療風險、常發生之併發症及副作用，暨雖不常發生，但可能發生嚴重後果之風險。(四)治療之成功率（死亡率）。(五)醫院之設備及醫師之專業能力等事項；亦即在一般情形下，如曾說明，病人即有拒絕醫療之可能時，即有說明之義務；於此，醫師若未盡上開說明之義務，除有正當理由外，難謂已盡注意之義務」。

綜上，告知內容的標準，無論英美案例法或是我國成文法所揭示之標準並不完全相同，然而，主要皆與手術本身（即手術方式）或是病患本身（死亡／成功率、併發症）等客體資訊有關，對於醫師本身的主體資訊卻甚少論及。仔細比對，最高法院於該判決理由中所例示的第五項：「醫院之設備及醫師之專業能力」，卻是我國醫療法律或法規函釋中所從未出現過的；若此，則對醫師個人的專業能力，是否必須主動揭露其年資、職級、開刀次數及經驗，甚至發生醫糾次數及前科紀錄？而醫療團隊是否有義務主動告知住院醫師在此次手術中所實際扮演的角色？由於該 94 年台上字第 2676 號判決僅爲個案判決而非判例，且該判決主文係發回更審而非判決確定，故與「醫院／醫師」能力有關主體資訊是否屬於告知義務的內容，實尙有爭議。

45 「故醫師為醫療行為時，應詳細對病人本人或其親屬盡相當之說明義務，經病人或其家屬同意後為之，以保障病人身體自主權。」參見最高法院 94 年台上字第 2676 號刑事判決。

46 此可再分實質的「說明」義務及實質的「知情」同意，參見蘇嘉瑞，「醫療糾紛刑事訴訟之實證與趨勢」，法官協會雜誌，第 9 卷第 1 期，頁 59-65（2007）。

3.2 幽靈手術之實務判決

英美案例法自 80 年代始，對於實際主刀醫師的能力或人格同一性（幽靈手術），即有相關的司法判決產生，且進一步對於告知義務內容與違反效果提出詮釋，頗值得我國法學界參考，茲舉出代表性之兩個案例，並將針對此二判決的結果不同，加以分析如下。

3.2.1 *Perna v. Pirozzi*⁴⁷

以 1983 年紐澤西州最高法院之 *Perna v. Pirozzi* 判決為例，原告 Perna（病患）經過被告 Pirozzi 醫師的診察後，Perna 決定接受手術並指定 Pirozzi 為他的手術醫師，也簽定同意書並同意 Pirozzi 為他動手術⁴⁸，但真正手術開刀醫師卻是另外兩位醫師 Del Gaizo 跟 Ciccone，後來原告因術後併發症而再度入院，才得知手術時 Pirozzi 根本並不在場，因此對三位醫師都提出控訴，最後原告 Perna 取得勝訴判決。

紐澤西州最高法院在判決中指出，當醫療程序是由一個「替代」的醫生完成，不論是否出於意圖為何，都構成法律上的「傷害」行為。只要該「替代」未經患者同意，即便手術順利完成且沒有任何生理傷害，病患仍可請求精神上的賠償⁴⁹。當原告 Perna 指定被告 Pirozzi 為他的手術醫師，但其實卻由未經同意的其他醫師手術，就已經侵害病患身體自主權（right to control his own body）。

法院並指出若病患未被告知該手術醫師的身分，則已構成「幽靈手術」的要件。而醫師同意幫病人手術但後來並未履行，亦是違反醫療常規的行

⁴⁷ *Perna v. Pirozzi*, 457 A.2d 431 (N.J. 1983).

⁴⁸ *Id.* at 434. “I, Thomas Perna, authorize Dr. Pirozzi and his assistants to treat the condition or conditions which are indicated by the examinations and studies already performed.”

⁴⁹ *Monturi v. Englewood Hospital*, 588 A.2d 408, 410 (N.J.Super.A.D. 1991). “In *Perna v. Pirozzi*, 92 N.J. 446, 457 A.2d 431 (1983), the Supreme Court held that such a battery results when a medical procedure is performed by a ‘substitute’ doctor regardless of good intentions.”

為，且並未盡到病患照顧的義務。法院並舉出美國醫師協會司法委員會（the Judicial Council of the American Medical Association）之醫療準則，指出在沒有病人的知情同意下由另一個醫師替病人手術是一種欺騙。病人有權選擇自己的醫生，並有權拒絕接受替代；而醫師基於醫療契約所生之手術執行義務，不能委託他人而必須親自執行⁵⁰。

最高法院最後結論：雖然病人沒有受到實際的生理傷害，但由於該「替代」醫生的手術並未經病患同意，陪審團仍可以判被告須支付原告精神上的損害賠償⁵¹。

3.2.2 *Monturi v. Englewood Hospital*⁵²

原告病患 Annette Monturi 指稱在接受輸卵管結紮手術時，助理醫師開始劃刀及施行部分手術，而原告認為係已構成幽靈手術，術後並產生併發症，故對醫院、主治醫師及其助理醫師提起醫療業務過失之訴訟（medical malpractice action），並要求懲罰性賠償（punitive damages）。不過法院最後判決原告敗訴。

法院首先指出，當手術由未經病人同意的醫師所進行，就算手術結果成功，還是侵犯病人選擇醫師的權利，而當指定的主治醫師只協助或監督助理醫師進行手術，該助理醫師就成為主刀醫師，若病人對實際主刀醫師的身分並不知情，即可構成幽靈手術。不過本案事實非屬幽靈手術之原因有三：首先，係因原告曾簽署兩份手術同意書，同意由醫師／或其助手實行手術；其次，該助理醫師並非代理醫師，因手術之主要部分還是由主治醫師完成；

⁵⁰ *Perna*, 457 A.2d at 440. “To have another physician operate on one’s patient without the patient’s knowledge and consent is a deceit. The patient is entitled to choose his own physician and he should be permitted to acquiesce in or refuse to accept the substitution He cannot properly delegate to another the duties which he is required to perform personally.”

⁵¹ *Id.* at 438. “Even there, however, a jury could award damages for mental anguish resulting from the belated knowledge that the operation was performed by a doctor to whom the patient had not given consent.”

⁵² *Monturi*, 588 A.2d at 408.

最後，則因原告尚無法證明助理醫師因首先劃刀而成爲未經許可的主刀醫師⁵³，因此法院認爲兩位醫師皆未違背義務而無須賠償。*Monturi* 案例則說明在手術團隊醫療分工的態樣下，何人施行手術之主要部分將會影響判決結果，然何謂手術的「主要部分」，恐將又有所爭議。

以上舉出兩個與幽靈手術相關之代表性案例，因案情爭點不同而有不同判決結果，而其他與「替代醫師」有關的判決，則有 *Buie v. Reynold*⁵⁴、*Henry v. Bronx Lebanon Med. Ctr.*⁵⁵，或 *Pugsley v. Privette*⁵⁶亦可作爲學者後續研究的參考。

3.3 提出假設與設定變數

綜上，本文乃依據上述醫學準則、法理基礎及比較法上案例分析，對於手術醫師的主體資格與告知內容的法律評價，依據相關爭點而提出告知、身分、監督及結果等四大變數的假設，並嘗試對國內醫界現況，加以分析及實證研究：

1.告知變數 (informed consent)：事前告知 (prior informed) 對病患「手術意願」的影響，與事後知悉時 (disclosure after operation) 病患之反應。

2.身分變數 (professional identity)：指手術醫師主體身分，而身分變數又可再分爲指定之主治醫師 (attending surgeon authorized)、其他未經指定之主治醫師 (another surgeon of the team)、指定主治醫師及住院醫師一起手

⁵³ 至於該兩份手術同意書之原文摘要如下：(1) “I authorize Dr. ... Glick and whomever he/she may designate as assistant or associate to perform the following procedure(s): Obstetrical Management (Labor & Delivery), Episiotomy and repair, Fetal monitoring, Caesarean Section if necessary.”

(2) “I authorize Dr. ... Glick ... and whomever he/she may designate as assistant or associate to perform the following procedure(s): Post Partum Bilateral Tubal Ligation.”

⁵⁴ *Buie v. Reynolds*, 571 P.2d 1230 (Okla.App. 1977).

⁵⁵ *Henry v. Bronx Lebanon Medical Center*, 385 N.Y.S.2d 772 (N.Y.A.D. 1976).

⁵⁶ *Pugsley v. Privette*, 263 S.E.2d 69 (Va. 1980).

術 (resident and surgeon combination)、住院醫師單獨手術 (resident)，及器械人員 (technician)。

3. 監督變數 (supervision)：指手術團隊中醫師間的相對關係，是否為監督下手術 (with attending supervised)，及監督的合適方式。

4. 手術變數 (operation result)：指手術相關之難易或結果成敗，是否會對前述告知義務造成不同影響。

4. 法學實證研究

4.1 研究方法

4.1.1 研究目的

為了探求臨床醫療與法律實務的互動中，對於手術與告知義務的認知，故除經前述之法理基礎、專業規範及比較法等法學研究方法外，擬佐以法學實證方式 (empirical legal study)，來分析及驗證前述四大變數的假設 (即告知變數、身分變數、監督變數及手術變數)；此外，將更進一步的嘗試將實證對象加以分組，對三種立場迥異及不同專業背景的參與者 (即法律專業人士、執行手術之醫師及接受手術之患者) 交互檢視，以瞭解三種族群的不同看法並加以比較⁵⁷。

4.1.2 研究方法

社會科學的實證研究中，資料蒐集方法主要可分為觀察研究法、調查研究法、次級資料分析法及質性研究法，各有其獨特優點及先天限制⁵⁸。由於本研究目的係為調查此三種族群對於告知後同意內容的看法，故以調查

⁵⁷ 劉尚志、林三元、宋皇志，「走出繼受邁向立論：法學實證研究之發展」，科技法學評論，第3卷第2期，頁1 (2006)。

⁵⁸ Chava Frankfort-Nachmias 和 David Nachmias 原著，潘明宏、陳志瑋譯，最新社會科學研究方法，頁250 (2003)。

研究法中的「問卷方式」來評估受試者之主觀認知⁵⁹；由於對全臺灣的病患母體抽樣有實際上的困難，故本研究改採非機率樣本設計中的「立意樣本法」⁶⁰，該小規模之立意抽樣雖無法代表臺灣全體專業法律人、醫師們或病患們之意見，然當目前尚無任何國內外之法學研究，係以變數（variables）分析及實證統計的方式，對三個不同族群以統計方式研究「告知後同意」與「替代醫師」的議題時，本研究或可定位為先期試驗，並可作為後續學術研究的參考。且為追求本研究在統計方法的嚴謹性，本研究之設計、取樣與問卷內容，已先經由 20 份期前試驗問卷調查後，再經生物統計學者將其問卷內容修正後始定稿⁶¹。

4.1.3 研究期間及問卷發放

自 2008 年 4 月 20 日起三十天內進行問卷調查，每組各發送 100 份（共 300 份），由於問卷調查法之最常見的缺點為回收率不高，進而造成統計上困難，故本次研究問卷不採郵寄送達，而請專人於工作場所發放及回收問卷

⁵⁹ 可參考彭文正、蕭憲文，「犯罪新聞報導對於司法官『認知』、『訴追』及『判決』的影響」，臺大法學論叢，第 35 卷第 3 期，頁 107-193（2006）。See also Joseph Tung-Chieh Chang et al., *Internal Consistency of the Traditional Chinese Character Version of the Functional Assessment of Cancer Therapy—Head and Neck (FACT-H&N)*, 31(4) CHANG GUNG MEDICAL JOURNAL 384, 384-94 (2008), available at <http://memo.cgu.edu.tw/cgmj/3104/310408.pdf> (last visited Oct. 30, 2012).

⁶⁰ 立意樣本法（purposive sample）係由研究者主觀的選擇抽樣單位，以獲得一個母體的代表性樣本，至於是否有代表性則須視研究者對於該族群特性之瞭解。參見 Chava Frankfort-Nachmias 和 David Nachmias 原著，潘明宏、陳志瑋譯，前揭註 58，頁 224。

⁶¹ 本研究統計部分係由國立臺北大學統計學系助理教授林建甫博士／醫師之協助，本研究問卷內容修改之處，例如原始問卷之第 1 題：是否手術都是由患者指定之主治醫師親自主刀？因該問法可有誘導之嫌，故最後依建議刪除該問題，而改以開放式問法。而原始問卷第 7 題對於不同因素之重要性評量，亦依建議由常用的分數量尺改成依重要性排序，以上皆為從事實證研究時易有偏差之處，故建議問卷可先請統計專業人員修正問卷內容及研究設計。

(如法院、法律事務所或醫院候診處)⁶²，以提高立意樣本法之有效樣本數。

4.2 研究問卷內容與統計結果

以下先對本次問卷內容加以說明(實際問卷可參見附件)，統計方法係以 Fisher's exact test for chi-square test 來比較變數間的統計學差異，連續變數則以 ANOVA 來分析，並以 0.05 之 two-sided test 作為統計學上的顯著差異閾值。至於法律分析與詳細比較將另於下一章中加以討論。

4.2.1 基本資料

每組各發出 100 份問卷(共 300 份)，回收之有效樣本數共 204 份：其中醫師組有 42 份，回收率 42%；法律組 89 份，回收率 89%。病患組 73 份，回收率 73%。醫師族群對問卷調查常不願或無暇答覆，故其回收率通常較低，也與多數醫學實證研究相符⁶³。

列表如下：

	全體樣本	醫師組	法律組	病患組
份數(回收/發出)	204/300	42/100	89/100	73/100
平均年齡(歲)	37.456	39.761	35.823	38.073
性別(M/F)		86/14	45/54	34/66
執業經驗(年)		12.95	6.63	
醫糾經驗		50.00%	50.57%	8.45%

基本資料分析係比較受試者之背景是否相當；以平均年齡而言，三組年齡差異不大，以 35-40 歲居多；然在性別方面，醫師組之男性比率甚高，有

⁶² 本研究之立意樣本皆係取樣自臺灣北部，法律組含臺北地院之法官及板檢之檢察官，建業法律事務所及寰瀛法律事務所律師，至於醫師組及病患組則皆取樣自敏盛醫療體系及分院之主治醫師及該醫院求診之外科患者(含門診及住院病患)。

⁶³ 樣本資料由統計學系林建甫教授以 PC SAS (SAS Institute, Cary, N.C.) 作分析，並利用 Fisher's exact test for chi-square test 來比較變數間的統計學差異，此外，連續變數則以 ANOVA 來分析，並以 0.05 之 two-sided test 作為統計學上的顯著差異閾值。

統計學上差異 ($p < 0.001$)，此與我國醫師男多女少的現況相符。此外，法律組與醫師組有半數曾接觸過醫療糾紛，至於一般患者則少有經驗，也有統計學上差異存在 ($p < 0.001$)。

4.2.2 親自手術之認知

Q1. 在您的個人感覺裡，由患者的主治醫師親自主刀的比率約有多少？
_____ %

統計結果列表如下：

	全體樣本 %	醫師組 %	法律組 %	病患組 %
是	57.52	64.63	46.19	65.00

討論：

本題係觀察三組受試者對主治醫師親自主刀比率的主觀認知，由於本題係開放性問題，實際有 168 人回答 (168/204)，醫師組認為有 64.63%，病患組也認為有 65.00%，至於法律組則為 46.19%，整體受試者主觀認為醫師親自主刀的平均 (Mean) 比率為 57.52%。

4.2.3 告知與手術意願

Q2. 如果您的主治醫師有事前告知說明，您的手術不是由您所指定的床位主治醫師主刀，會不會影響您想要接受開刀的決定？

會，原因為：(可複選)

- 若不是我的主治醫師親自手術，我就不開刀了
- 看看開刀的人是誰 (專業資格或經驗) 再說
- 看看他不能親自手術的理由
- 看看手術難度而定
- 其他_____

不會，原因：(可複選)

- 信任我的主治醫師會安排一個合適的主刀人員
- 雖然不高興，但不好意思拒絕

爲了年輕外科醫師的教育訓練需要

其他_____

統計結果列表如下：

	全體樣本%	醫師組%	法律組%	病患組%	Chi-Square test
會影響	85.93	92.86	89.53	77.46	p=0.0334

統計學上 Chi-Square test: $p=0.0334$ ($p<0.05$)，有統計學上差異。

討論：

若事前告知：該手術將會由其他醫師執行時，則全體有高達 85.93% 的受試者（188 人），認爲將會影響其開刀的決定；尤其是醫師組，絕大多數的醫師（92.86%）認爲將影響病患想要接受開刀的決定，雖然患者組最低，但也有超過四分之三的患者將會產生猶豫。若再細究會影響的原因，則以「看看開刀的人是誰（專業資格或經驗）再說」最多（131/171，76.61%），可見替代醫師是否能達一定專業技術或資格是影響手術決定的重要因素。

至於極少數勾選「不會影響」的受試者（僅 28 人），則多以「信任我的主治醫師會安排一個合適的主刀人員」爲理由（96.43%），其實也是認爲須有合適之專業及經驗。

4.2.4 醫師專業資格

Q3.同上，如果有事前先告知說明，您的手術不是由您所指定的主治醫師主刀，而由下列人員主刀，您是否可以接受手術？（可複選）

a.將由其他主治醫師主刀 可以 不可以

統計結果列表如下：

	全體樣本%	醫師組%	法律組%	病患組%	Chi-Square test
可以	86.43	92.86	84.88	84.51	p=0.3909

統計學上 Chi-Square test: $p=0.3909$ ($p>0.05$)，並無統計學上差異。

b.將由受訓中的住院醫師主刀 可以 不可以

統計結果列表如下：

	全體樣本%	醫師組%	法律組%	病患組%	Chi-Square test
可以	16.58	30.95	11.63	14.08	p=0.0173

統計學上 Chi-Square test: $p=0.0173$ ($p<0.05$)，有統計學上差異。

c. 將由提供醫療器械的人員主刀（可能會對器械較熟悉） 可以 不可以

統計結果列表如下：

	全體樣本%	醫師組%	法律組%	病患組%	Chi-Square test
可以	6.53	2.38	5.81	9.86	p=0.2801

統計學上 Chi-Square test: $p=0.2801$ ($p>0.05$)，沒有統計學上差異。

討論：

本題再接續上題，進一步對替代者的身分資格加以探究；若由其他人執行手術，整體而言，「主治醫師」的接受度（86.43%）遠超過「住院醫師」（15.68%）或「器械人員」（6.53%）。然若進一步觀察各組對「住院醫師主刀」的看法，三組間則產生統計上差異，醫師組對住院醫師主刀的接受度，較非醫師組（即法律組與病患組）為高，且有統計學上差異（ $p<0.05$ ）。

4.2.5 手術結果成功與後續影響

Q4.如果，您事後才知道該手術不是由您所指定的醫師主刀，實際上由其他人員主刀，若手術結果「順利成功」，您會：（可複選）

列表如下：

仍會感謝他

	全體樣本%	醫師組%	法律組%	病患組%	Chi-Square test
是	54.27	38.10	43.02	77.46	p<0.0001

統計學上 Chi-Square test: $p<0.0001$ ($p<0.05$)，有統計學上差異。

看他不能主刀的理由而定

	全體樣本%	醫師組%	法律組%	病患組%	Chi-Square test
是	36.18	35.71	40.70	30.99	p=0.4508

統計學上 Chi-Square test: $p=0.4508$ ($p>0.05$)，無統計學上差異。

會提出抱怨或表示不滿

	全體樣本%	醫師組%	法律組%	病患組%	Chi-Square test
是	36.18	69.05	43.02	8.45	p<0.0001

統計學上 Chi-Square test: $p<0.0001$ ($p<0.05$)，有統計學上差異。

提出法律告訴

	全體樣本%	醫師組%	法律組%	病患組%	Chi-Square test
是	3.52	4.76	3.49	2.82	p=0.8631

統計學上 Chi-Square test: $p=0.8631$ ($p>0.05$)，無統計學上差異。

其他_____

討論：

本題係觀察手術結果對告知說明的影響，當手術結果「順利成功」，即便事後知道該手術並非由其指定醫師主刀，此時有 77.46% 的患者仍感謝醫師，只有 8.45% 的病患將會表示不滿；但會表示感謝的法律組就只剩 43.02%，且有 4 成法律人將表示不滿。而醫師組則有些心虛，不但認為會表示感謝的比率最低（38.1%），且認為將心生不滿的比率也最高（69.05%）。不過認為會因此提告的比率，三組都在 5% 以下。

4.2.6 手術結果失敗與後續影響

Q5.如果您事後才知道該手術不是由您所指定的主治醫師主刀，實際上由其他人員主刀，若手術結果「失敗」，您會：（可複選）

仍會感謝他

	全體樣本%	醫師組%	法律組%	病患組%	Chi-Square test
是	5.03	0	1.16	12.68	p<0.0001

統計學上 Chi-Square test: $p<0.0001$ ($p<0.05$)，有統計學上差異。

看他不能主刀的理由而定

	全體樣本%	醫師組%	法律組%	病患組%	Chi-Square test
是	29.15	19.05	20.93	45.07	p=0.0011

統計學上 Chi-Square test: p=0.0011 ($p < 0.05$)，有統計學上差異。

會提出抱怨或表示不滿

	全體樣本%	醫師組%	法律組%	病患組%	Chi-Square test
是	45.73	57.14	39.53	46.48	p=0.1695

統計學上 Chi-Square test: p=0.1695 ($p > 0.05$)，並無統計學上差異。

提出法律告訴

	全體樣本%	醫師組%	法律組%	病患組%	Chi-Square test
是	69.35	80.95	82.56	46.48	p<0.0001

統計學上 Chi-Square test: p<0.0001 ($p < 0.05$)，有統計學上差異。

其他_____

討論：

然若是手術結果「失敗」，且發現該手術並非由所指定醫師主刀時，統計結果則截然不同，然可發現病患組的寬容度稍高。例如在「提出法律告訴方面」，有高達 80% 左右的醫師組或法律組都認為會提出法律告訴，然而，病患組卻僅有 46.48%，與其他兩組有統計上差異；病患組也較會考量醫師替代的理由，而極少數病患仍表感謝（12.68%）。

4.2.7 手術結果失敗與團體責任分配

Q6.同上，如果您事後才知道該手術不是由您所指定的主治醫師主刀，實際上由其他人員主刀，若手術結果失敗而有疏失，除了實際操刀之人員需負法律責任外，

a：而您的主治醫師手術當時並未在場（如在另一間手術房或在院外），您覺得您的主治醫師是不是也要負責？

統計結果列表如下：

	全體樣本%	醫師組%	法律組%	病患組%	Chi-Square test
是	90.86	88.10	93.02	89.86	p=0.9554

統計學上 Chi-Square test: $p=0.9554$ ($p>0.05$)，無統計學上差異。

b：若您的主治醫師手術當時全程在場，但是並未實際主刀，您覺得您的主治醫師是不是也要負責？

如須依據主治醫師之實際參與而定，您覺得參與手術比例：1.須超過____%以上才可；或 2.是否實際參與手術之主要部分。

統計結果列表如下：

	全體樣本%	醫師組%	法律組%	病患組%	Chi-Square test
是	95.94	97.62	96.51	94.20	p=0.9105

統計學上 Chi-Square test: $p=0.9105$ ($p>0.05$)，無統計學上差異。

討論：

本題再接續前一題，嘗試探究受試者「可接受的監督方式」，a 小題係當主治醫師若未在场手術（如在另一間手術房或在院外），則無論醫師、法律或病患三組，皆認為該主治醫師須對此一結果負責（全體樣本平均 90.86%，且無統計學上差異），此亦與前述之 *Buie v. Reynold*⁶⁴之案例見解相同。

而 b 小題係指主治醫師僅在场監督而未實際主刀，則所有三組還是認為該醫師需要負責；不過，當問卷繼續問到參與手術之「比例多寡」或手術「主要部分」時，或許因開放式問題造成實際填答人數太少，尚無統計上價值。

4.2.8 綜合判斷影響因子

Q7. 綜上，您覺得沒有主刀之主治醫師需不需負責，與下列何種因素有關？

煩請您依據個別因素之重要性依序給分：（1-6 分）

⁶⁴ Buie v. Reynolds, 571 P.2d 1230 (Okla.App. 1977).

- A 主治醫師有無事前告知
 B 主治醫師有無在場監督
 C 主治醫師參與手術比例
 D 實際主刀人員之專業資格
 E 手術結果是否成功而定
 F 患者之疾病嚴重度（或手術難度）

	全體樣本%	醫師組%	法律組%	病患組%	Chi-Square test
無事前告知	67.86	53.66	65.88	78.57	P=0.3575
無在場監督	68.88	63.41	68.24	72.86	P=0.5563
參與手術比例	44.39	21.95	42.35	60.00	P=0.0115
人員專業資格	61.73	46.34	57.65	75.71	P=0.0121
手術是否成功	53.06	43.90	42.35	71.43	P=0.0040
疾病嚴重度 (或手術難度)	50.51	36.59	36.47	75.71	P<0.0001

討論：

最後則對影響因子加以綜合評斷，首先比較六個影響因子間的重要程度（是否事前告知、有無在場監督、參與比例、替代者之專業資格、手術結果及手術難度），則其相對重要性依序為：主治醫師有無在場監督>主治醫師有無事前告知>實際主刀人員之專業資格>手術結果是否成功而定>疾病嚴重度（或手術難度）>主治醫師參與手術比例；然上述六個影響因子間，並無統計上差異。

若細究三個分組間的差異，則可發現有趣現象：「醫師有無事前告知」與「有無在場監督」在三分組間的重要性皆很高，也並無統計學上差異。法律組認為「事前告知」與「監督方式」的重要性最高；而病患組則對於「手術結果是否成功」及「疾病嚴重度或手術難度」此兩項因子，其重要性顯著大於其他兩組（皆 $p<0.001$ ）。至於醫師組則認為「參與手術比例」重要性最低，且與其他兩組顯著不同（ $p=0.0115$ ），似乎醫師組認為只要主治醫師

在場，並不見得皆須其親自手術。

5. 法律分析與討論

5.1 醫療法律的兩難情境

「告知後同意」的說明義務，對病患身體之自我決定權，重要性不言可喻；不過「告知內容」的範圍大小，卻難有一明確標準，學界對「手術及受術者」（所謂客體資訊）的目的、程序、風險等內容範圍已有諸多討論，然對「執行手術者」（所謂主體資訊）的人格、資格、經驗等內容，則甚少論及。指定之外科主治醫生當然負有親自執行手術的義務，至於住院醫師僅限於協助主治醫師的範圍內，方能合理的執行該手術之一部分。若原選任醫生並未親自執行，而只是單純協助住院醫師或其他主治醫師執行手術，若病人並未事前告知並取得同意，此種情況仍該當於「幽靈手術」。而所謂幽靈手術，係指在患者不知情或未經同意之下（常於麻醉之後），由替代醫師實際替該患者進行手術，其實隱含著一種法學與醫學間的兩難情境（dilemma）。在法律要件上，英美之案例法已指出會構成三種型態的法律責任：原選任醫師未親自手術，因違反醫療常規而將構成醫療業務過失（*Medical Malpractice*），而該替代醫師，因缺乏患者同意而可能成立傷害（*battery*），且該兩位醫師亦將視事況而可能構成詐欺（*fraud*）⁶⁵。其次，在醫學技術上，外科技術為一種臨床技藝，手術技巧常需要靠學習曲線（*training curve*）的經驗累積，除了依靠在試驗動物或大體上手術試驗，及科技輔助的虛擬手術外，醫學教育仍需依靠臨床訓練，方能將手術技巧傳承給下一代的年輕醫師，醫學方能持續進步並青出於藍；故對於醫療界而言，某些情況下由年輕醫師實際主刀，在醫學教育與醫學進步的公益觀點上，似

⁶⁵ Perna v. Pirozzi, 457 A.2d 431 (N.J. 1983). “Patient who consents to surgery by one surgeon but is actually operated on by another has action for medical malpractice against the former and for battery against the latter, even when two surgeons are engaged in group practice.”

乎也是一種不得不的選擇。然在病人權益上，年輕醫師的技術熟練度與處理經驗可能較生澀，即便手術結果終究成功，其手術時間或出血量，仍可能較經驗豐富的主治醫師來得多⁶⁶，這也是為何病患希望由教學醫院的教授名醫來手術的原因，然卻也是教學醫院不願告知該病患係由年輕醫師主刀的理由。故所謂「幽靈手術」存在的背後原因，或可定義為告知說明義務在「醫師主體資訊」的揭露上，因為「病患自主權」與「醫學教育訓練」之間隱形衝突的結果。

故須藉由審視醫師、病患及法界三方觀點，來調和因立場不同所生的歧異；以醫師觀點而言，或將認為該醫師即使未親自劃刀或縫合，然整個手術過程皆在其完全掌控與監督之下，手術成功率與安全性並無二致；其次，現今手術多由醫療團隊共同執行，且整體之手術步驟也難以界定個別程序何者重要，或是哪一部分須由何人執行；更何況對於教學醫院而言，訓練年輕外科醫師參與實際手術技巧，對將來病患的權益及醫學教育的公益上也是絕對必要。不過以幽靈手術的患者觀點而言，其為法律上所欲保護法益的受害者（身體自主權受侵害），其對於告知義務的瞭解與期待為何，而手術執行者的資格身分對其接受手術的意願影響又如何？此外，若手術結果仍順利成功，又是否真的感受到其權利受到侵害？最後再回歸法律觀點而言，法界人士對於告知義務的要求為何，除手術本身的利益及風險外，告知內容是否須含執行手術者主體資訊的告知？以上三種不同角度的思維，或許值得醫界、法界及社會攜手探討。尤其依據本研究可知，全體受試者的主觀認知由指定醫師親自主刀的比率僅約 60%，雖此單一研究尚無普遍的代表性，然也能拋磚引玉，提醒醫療法律界需對幽靈手術或替代醫師的現象加以重視。

⁶⁶ See J. Palan et al., *The Trainer, the Trainee and the Surgeons' Assistant: Clinical Outcomes Following Total Hip Replacement*, 91-B(7) THE JOURNAL OF BONE & JOINT SURGERY (BRITISH VOLUME) 928, 928-34 (2009); Raimondo Ascione et al., *Trainees Operating on High-Risk Patients Without Cardiopulmonary Bypass: A High-Risk Strategy?*, 78(1) THE ANNALS OF THORACIC SURGERY 26, 26-33 (2004).

5.2 影響變數之實證法律分析

因此，將以本文所提出的四大影響變數為理論基礎，再依據上述實證結果加以法律分析如下：

5.2.1 告知變數 (Informed Consent)

告知變數係再以 1.「事前告知」對患者手術意願的影響，與 2.「事後知悉」時患者的反應，來評估此一告知變數。

5.2.1.1 事前告知對病患手術意願的影響

首先，在「實證結果」上，若事前告知該手術將由其他醫師執行時，高達 85.93% 的全體受試者認為會影響其是否開刀的決定；當比較分組差異時，醫師組的比率最高，有高達 92.86% 的醫師認為將影響病患接受開刀的決定；有趣的是，接受手術的病患組反而最少 (77.46%)，且三組間有統計學上差異 ($p < 0.05$)。此結果亦可說明手術執行者的資訊，對於是否手術的決定影響甚大，而醫療人員尤其認為手術執行者主體資訊的揭露，對手術意願有很大影響，故是否在醫師的潛意識中，因教學目的而將由年輕醫師主刀時，存有某些不願告知的心理障礙。

其次，在「法律分析」上，醫療上的說明義務，德國學說同樣也可區分為契約上說明義務 (vertragliche Aufklärungspflicht) 與病人自主決定權說明義務 (selbstbestimmungsaufklärungspflicht)⁶⁷，而 1894 年德國帝國法院於一件骨癌截肢的判決中指出，即使該醫療行為在醫學上係正確成功的處置與治癒，若未得病人或法定代理人的同意，該侵襲之行為該當於傷害罪⁶⁸，而該判決係以「醫療行為傷害說」為其法理基礎，而推導出須有「被害人同意」

⁶⁷ 侯英冷，「醫療行為的民事上賠償責任——從德國醫師責任法 (Arzthaftungsrecht) 切入探討 (上)」，月旦法學雜誌，第 72 期，頁 120 (2001)；侯英冷，「從德國法論醫師之契約上說明義務」，月旦法學雜誌，第 112 期，頁 9-19 (2004)。

⁶⁸ See RGST 25, 375 (380) (Ger.). See also Dennis J. Mazur, *Medical Ethics and Informed Consent in Invasive Medical Procedure*, 83(4) AMERICAN JOURNAL OF CARDIOLOGY (SUPPLEMENT 1) 38, 38-39 (1999).

來阻卻違法，對此判決亦有學者提出討論⁶⁹；在英美法上，1957年美國加州上訴法院於 *Salgo v. Leland Stanford Jr. University Board of Trustees* 案例中⁷⁰，提出的「告知後同意法則」（legal doctrine of informed consent），係指於病人同意前，醫師負有對病人以容易理解言語說明的義務，而該同意方為有效的同意⁷¹，而近年來我國學界亦對推動「告知後同意法則」與「病人自主權」的觀念頗有貢獻⁷²。

以我國醫療法律的實務而言，醫師告知說明義務亦可區分為行政管理責任及民刑法律責任；在行政管理責任上，醫療法第 63 條、第 64 條、第 65 條、第 79 條、第 81 條，醫師法第 12 條之 1，優生保健法第 11 條及安寧緩和醫療條例第 8 條等規定，可作為告知義務之行政法源依據；至於在行政規則或函釋，則有衛生署版之手術麻醉同意書與「醫療機構施行手術及麻醉告知暨取得病人同意指導原則」，可作為對於告知義務內容及程序上的補充，已如前述。而司法實務則以契約責任（依醫療準委任契約關係下附隨義務的債務不履行責任）與侵權行為責任（依民法第 184 條第二項之違反保護他人法律），兩者競合而為告知義務的民事請求權基礎；最後在刑事責任上，最高法院 94 年台上字第 2676 號刑事判決，已將醫療告知義務的內容、範圍與實質性，有系統的於判決理由中揭示後，可謂樹立了一個醫療糾紛刑事判決的里程碑。

至於「幽靈手術」所涉及之法律關係，英美法系係依據病人自主權

⁶⁹ 王皇玉，「德國醫療刑法論述概說」，月旦法學雜誌，第 170 期，頁 122-144（2009）；王皇玉，「論醫療行為與業務上之正當行為」，臺大法學論叢，第 36 卷第 2 期，頁 41-92（2007）。

⁷⁰ *Salgo v. Leland Stanford Jr. University Board of Trustees*, 317 P.2d 170 (Cal.App. 1957).

⁷¹ Charles W. Lidz et al., *Two Models of Implementing Informed Consent*, 148(6) ARCHIVES OF INTERNAL MEDICINE 1385, 1385-89 (1988).

⁷² 楊秀儀，「誰來同意？誰作同意？從『告知後同意法則』談病人自主權的理論與實踐：美國經驗之考察」，台灣法學會學報，第 20 期，頁 367-406（1999）；楊秀儀，前揭註 5，頁 229-268。

(Individual autonomy)⁷³、醫病關係的忠誠義務 (Fiduciary doctor-patient relationship)⁷⁴，及告知後同意法則來主張，亦即患者為維持其身體完整性，有權利去獲得合理及足夠的資訊來參與決策過程或選擇拒絕手術；而實際手術人員的身分，也應該是患者決定是否接受該醫療處置的重要資訊與依據。故將「幽靈手術」以我國最高法院 94 年台上字第 2676 號刑事判決所提出的要件檢視之，無論是判決理由所例示之第五項「醫師之專業能力」，或是理由後段之概括要件「在一般情形下，如曾說明，病人即有拒絕醫療之可能」，則對於實際手術人員之「資格身分」為何，因涉及醫學技術與專業能力，自應屬於「告知說明」的內容；上開法理基礎與闡釋，亦可對照本實證研究之第三項「告知與手術意願」，受試者認為「會影響」其開刀決定的因素，係以「看看開刀的人是誰（專業資格或經驗）再說」占最多（131/171，76.61%），亦可加以佐證。

此外，更因接受手術的決定，常植基於醫病間主觀的信賴關係，即使替代醫師的客觀技術水準相同或更佳，若未經事前同意，當然不能任意取代；至於對整體醫療團隊為同意對象的概括同意，若病患並未同意主刀醫師可任意配置調換，亦難成為脫免責任之理由。綜上，故在法律觀點而言，「幽靈手術」確屬「告知說明」義務違反的一種類型，且無論從法釋義學、比較法學、判決評釋及實證研究等法學研究方法，皆可發現其一致性的立論基礎。

5.2.1.2 事後知悉時患者之反應

至於事後知悉時的反應，本研究則再分別依手術結果「成功」或「失敗」兩種情況下討論。亦即當手術成功而無實際生理損害時，幽靈手術是否仍會因法律上單純違反「告知義務」及侵害「自主決定權」，並如同 *Perna v. Pirozzi* 判決理由所示，而受到三組受試者的非難訴追或請求呢？並嘗試單純化「告知義務」對於「幽靈手術」的影響。

首先，在「實證結果」上，倒是有些令人意外，若手術成功，即便事後

⁷³ *Schloendorff v. Society of N. Y. Hosp.*, 211 N.Y. 125 (N.Y. 1914).

⁷⁴ *Canterbury v. Spence*, 464 F.2d 772 (C.A.D.C. 1972).

知道該手術並非由原醫師主刀，然有半數之受試者仍會感謝該醫師，僅有三分之一回答「可能會提出抱怨」或「依其不能手術的理由」而定，而僅有 3.52% 的受試者在手術成功的情形下，會因未踐行「事前告知」而欲提出法律行動。若更進一步分析三組間的差異，則可發現「病患組」有較高的寬容度，且與「醫師組」有統計上的顯著差異，有高達 77.46% 的患者仍表示感謝，似乎病患在意的是實質結果而非程序正義；然亦可能係一般民眾並不瞭解即便沒有產生實際損傷，在法律上亦能主張「告知義務」的違反與「人格自主權」的侵害。而法律組當手術成功時想要提出訴訟的也僅有 3.49%，此與手術失敗時法律組會有 82.56% 提出訴訟，形成強烈對比。

其次，在「法律分析」上，以英美案例法而言，*Monturi v. Englewood Hospital* 案例中指出，不論其意圖為何，若是醫療程序是由一個「替代」的醫生完成，都構成幽靈手術⁷⁵。而 *Perna v. Pirozzi* 的案例裡，紐澤西州最高法院亦認為，只要手術是由病患未同意的醫師動刀，即便手術並也順利完成且對病患有利而無任何不良傷害，仍構成傷害 (battery)，並可以請求精神上懲罰性的賠償金 (metal anguish and punitive damage)⁷⁶。至於我國民法對於損害賠償係採「完全賠償主義」，亦即有損害才有賠償，至於精神上的損害賠償則以有特別規定者為限⁷⁷。而精神慰撫金之一般規定，則有民法第 18 條：「人格權受侵害時，得請求法院除去其侵害；有受侵害之虞時，得請求防止之。前項情形，以法律有特別規定者為限，得請求損害賠償或慰撫金。」及第 195 條：「不法侵害他人之身體、健康、名譽、自由、信用、隱私、貞操，或不法侵害其他人格法益而情節重大者，被害人雖非財產上之損

⁷⁵ *Monturi v. Englewood Hospital*, 588 A.2d 408 (N.J.Super.A.D. 1991). "No malice or intent to injure is required to establish battery in general or specifically 'ghost surgery,' which results when medical procedure is performed by 'substitute' doctor regardless of good intentions."

⁷⁶ *Perna v. Pirozzi*, 457 A.2d 431 (N.J. 1983). "Surgeon who operates without patient's consent engages in unauthorized touching of another, and thus, commits battery; nonconsensual operation remains battery even if performed skillfully and to benefit of patient."

⁷⁷ 王澤鑑，*侵權行為法第一冊，基本理論一般侵權行為*，頁 115-136 (2000)。

害，亦得請求賠償相當之金額。其名譽被侵害者，並得請求回復名譽之適當處分。」之規定；故以 *Perna v. Pirozzi* 案例而言，當手術順利成功而無實際傷害時，是否可依未告知手術醫師身分係侵害其人格法益中的「意思決定自由」或「身體決定權」，而依前述民法規定取得精神慰撫金，本文認為應該具備法理基礎，然還需觀察實務見解的演變。

綜上，在第一點的告知變數上，手術者之身分資訊（如醫院之設備及醫師之專業能力），對手術決定將有重大影響，如曾說明，病人亦有拒絕醫療之可能，故應有說明的義務；而單純違反告知義務而無實際生理損害，亦有請求精神慰撫金的可能。

5.2.2 身分變數 (Professional Identity)

接續第一部分告知變數的「告知內容」，可知其法理基礎上似應包含「醫師之專業能力」，故繼續往下探討實際手術者的「身分變數」。本研究稱的身分變數，係指實際手術者的身分資格，本文再細分為原主治醫師 (attending surgeon authorized)、其他未經指定之主治醫師 (another surgeon of the team)、指定主治醫師及住院醫師一起手術 (resident and surgeon combination)、住院醫師單獨手術 (resident) 及器械人員 (technicians)。

由本實證研究可知，若非由原主治醫師實行手術，則以「其他主治醫師」替代主刀的接受度 (86.43%) 較高，且遠遠超過「住院醫師」(16.58%) 或「器械人員」(6.53%) 的比例。然而，若再細究三組受試者間的差異，僅有「住院醫師主刀」此一項目，在三組間才有統計學上的差異，亦即醫師組對於由受訓中的住院醫師的主刀接受度，較泛非醫師組（即法律組與病患組）之接受度明顯高出許多 ($p < 0.05$)。

且從外科醫學教育的角度而言，幽靈手術確是一個兩難的困境⁷⁸；如 Connell 醫師在專文訪談中即指出，「住院醫師」訓練的目的係在於能使這些未來的主治醫師能獲得高水準技藝與實際經驗，將來才能給予患者最好的醫

⁷⁸ JAMES W. JONES, LAURENCE B. MCCULLOUGH & BRUCE W. RICHMAN, THE ETHICS OF SURGICAL PRACTICE: CASE, DILEMMAS, AND RESOLUTIONS 737-39 (2008).

療，且即使離開教學醫院而分散各地醫院，也能提供與教學醫院一樣高水準的醫療服務；同時，更因有住院醫師制度，目前所謂一天二十四小時全年無休的醫療制度方能實際運作；故年輕醫師的訓練機制，其實是在幫助「未來」的病患，對社會公益亦有其必要⁷⁹。

不過，非醫療組（即病患組或法律組）對「住院醫師」手術存有疑慮，亦是無可厚非，如年輕醫師手術可能會延長手術時間或增加出血量，甚至可能提高併發症的機率⁸⁰，已如前述。因此，如何在醫學訓練與病人權益間取得平衡，亦即在「未來病患的社會公益」與「目前病患的自主權益」，能否取得平衡，而不應偏廢一方；本文認為「有效而安全的監督方式」，似乎就是我們所亟需關注的議題了，故似乎可再往下一個變數，即「監督變數」來進行討論。

5.2.3 監督變數 (Supervision)

承上，監督變數係指施行手術時，醫療團隊人員間之相對關係；亦即原始主治醫師須以何種方式參與或監督手術進行，方始合法或適當。

首先，說明醫療法律上的監督關係，嚴格而言，依據我國醫療相關法規之規定，只要擁有合格之醫師執照，無論其職稱為主治醫師或住院醫師，在法律上皆可獨立而合法執行醫療業務，而所謂的「醫療業務」，當然包含手術，此可參照衛署醫字第 85008542 號函⁸¹；即便是實習醫師，也可依據醫師法第 28 條第一款之規定⁸²，在合格醫師的指導之下執行醫療業務；亦即依據

⁷⁹ Connell Jr., *supra* note 13, at 24-27.

⁸⁰ James D. Capozzi & Rosamond Rhodes, *Ethics in Practice: Residency Training*, 82(9) THE JOURNAL OF BONE & JOINT SURGERY 1356, 1356-57 (2000).

⁸¹ 按醫師法第 28 條所稱「醫療業務」之行為，係指凡以治療、矯正或預防人體疾病、傷害、殘缺為目的，所為的診察、診斷及治療；或基於診察、診斷結果，以治療為目的，所為的處分、用藥、施術或處置等行為的全部或一部的總稱。請參見行政院衛生署，(83)衛署醫字第 83068006 號函，轉引自「大律法律叢書系列」——醫療衛生法規，頁 704-705 (2003)。

⁸² 醫師法第 28 條：「未取得合法醫師資格，擅自執行醫療業務者，處六個月以上五年

我國現行醫療法規，所謂的「幽靈手術」，無論由其主治醫師或是住院醫師單獨執行，其專業資格尚無違反醫療法規的問題。不過，因「身分變數」在醫療組與非醫療組間存有極大的統計學上差異，故在本實證研究中仍嘗試加以探究。

在「可接受的監督方式」上，本研究係嘗試以「是否到場」與「實際參與比例」加以評估研究；以「是否到場」而言，若手術時該醫師並未到場（如在另一間手術房或在院外），而由另一醫師執行手術，則無論醫師、法律或病患三組，皆認為須對此一失敗的結果負責（全體樣本平均達 90.86%，且無統計學上差異），此亦與前述之 *Buie v. Reynold* 案例見解相同⁸³。當然若該醫師手術當時全程到場，無論有無實際主刀，所有三組還是認為必須負責，此實證結果與主治醫師須對其病患負全部醫療責任的概念相同。不過，由於現代手術之典型方式為團隊合作（team work）式的組織醫療，一個手術的完成皆須整個手術團隊的分工與協力，如何定義「親自主刀」確屬不易，尤其手術是一個連續性的過程，由剛開始的下刀、切除、接合、植入、止血或是到最後的縫合傷口，並不可能要求主治醫師一人獨力完成，故何謂「親自主刀」之界定確有其困難之處，本問卷原設計對於「主治醫師實際參與」部分再嘗試深化，而以「參與比例」作為量化指標或是「主要部分」為質化指標，並希望受試者能提供部分資訊，然因該部分之問答屬開放式，而實際填答人數太少⁸⁴，此部分之資料尚無統計上之價值，將留待後續研究再予探討。

以下有期徒刑，得併科新臺幣三十萬元以上一百五十萬元以下罰金，其所使用之藥械沒收之。但合於下列情形之一者，不罰：一、在中央主管機關認可之醫療機構，於醫師指導下實習之醫學院、校學生或畢業生。二、在醫療機構於醫師指示下之護理人員、助產人員或其他醫事人員。三、合於第十一條第一項但書規定。四、臨時施行急救。」

⁸³ See *Buie v. Reynolds*, 571 P.2d 1230 (Okla.App. 1977).

⁸⁴ 一般受試者對問卷回應以直接勾選的回應率較高，若以開放性空格而請其填答則回應率常較低。

5.2.4 手術變數 (Operation Result)

所謂「手術變數」係指與手術相關之難易或結果不同時，對於本研究之影響：如手術成功與失敗時，各對於事前告知及後續法律行動的關連性。

在本次實證研究的最後一部分，曾嘗試對於幽靈手術的主要「影響因子」加以綜合討論，若依全體樣本所勾選重要性排序，依序為：主治醫師有無在場監督>主治醫師有無事前告知>實際主刀人員之專業資格>手術結果是否成功而定>患者之疾病嚴重度（或手術難度）>主治醫師參與手術比例，不過，上述六個因子間並未發現統計學上差異；亦可能因本題之間卷設計，係希望能對多因子做出綜合性的評估，雖問卷統計方法對因子間的相對重要性，已採用排序法以取代分數量尺法，然係受試者對六個因子的主觀評估，故因子間的鑑別敏銳度仍有先天性的限制。

然若再針對三組之間的相互比較，則可發現三組間基於不同立場而生的歧異：在「手術結果是否成功」與「患者之疾病嚴重度（或手術難度）」的重要性上，病患組顯著大於醫師組及法律組。相反的，法律組則認為「患者之疾病嚴重度（或手術難度）」重要性最低；而醫師組則認為「參與手術比例」重要性最低。

亦即在「手術結果是否成功」與「患者之疾病嚴重度（或手術難度）」兩項，病患組與非病患組間有統計學上差異（皆 $p < 0.001$ ），而非病患組間（即醫師組及法律組）則並無顯著差異。因對於手術行為之接受者（即病患），術後之身體健康能否回復，為其最主要的考量與期待；相較而言，法理上的「事前告知」、「監督義務」等權利，似乎不如手術結果能順利完成來的重要；而當疾病的嚴重性愈高，病患越會尋求所謂的「名醫」，對該醫師的技術經驗及信任度越高，自然也越不願接受替代醫師。若再對照第一部分「告知變數」的結果，在「手術結果」成功時，即便事後才知道該手術係由替代的醫師主刀，然而，病患組的寬容度也較醫師組有顯著的差異，似乎病患真正在意的還是手術成功，治療順利。甚至有七成的患者仍感謝醫師，即使專業法律人也有近半數願意表示感謝。而當手術結果失敗時，仍可發現

病患組的寬容度較其他兩組為大，有 12.68% 的患者能感謝醫師（相較於其他兩組皆幾乎為零：醫師組 0% 與法律組 1.16%），且病患組會提出法律告訴的亦最少。

此外，醫師組則認為「參與手術比例」重要性最低，僅有 21.95% 的醫師給予 6 分，也與其他兩組有統計學上的明顯差異（ $p < 0.0115$ ），似乎醫師站在醫學教育的立場上，認為年輕醫師的實際參與手術確實無可避免，且自認在完善的監督與控管下，雖非親自手術仍能維持良好醫療品質⁸⁵，不過在本實證研究中，卻發現與民眾對主刀醫師的期待有些落差。

5.2.5 幽靈手術的可能原因及改進方向

經由上述討論，可發現此四大變數間亦是環環相扣，關於幽靈手術的現象，本文也希望進一步探究其原因，既然法律界如此強調告知後同意的法理，而病患也在意這個手術到底是誰開的，醫師也知道應該要告知，那麼我們該問的是：醫師為什麼不告知？或是醫師到底在怕甚麼？更重要的是，若這個恐懼其實並無必要，能否說服醫界，使幽靈手術的現象加以扭轉或撥亂反正，則能達到學術研究能對社會現況產生影響，或實際解決社會問題的研究目的。

醫師們其實都同意，在經過患者簽署手術同意書後，醫師才有權力執行手術，即便確實可提出一些正當化理由，如住院醫師教學訓練的必要性⁸⁶或是主治醫師確信能夠監督掌控，然而，如未告知患者實情或蓄意隱瞞，不僅會有醫學倫理上的爭議，也會導致實際的法律訟爭。那為何無論在美國或是

⁸⁵ J. Brian Gill & Robert C. Schutt Jr., *Practice Management Education in Orthopaedic Surgical Residencies*, 89(1) THE JOURNAL OF BONE & JOINT SURGERY 216, 216-19 (2007); Timothy Bhattacharyya, Howard Yeon & Mitchel B. Harris, *The Medical-Legal Aspects of Informed Consent in Orthopaedic Surgery*, 87(11) THE JOURNAL OF BONE & JOINT SURGERY 2395, 2395-400 (2005).

⁸⁶ Winston Chiong, *Justifying Patient Risks Associated with Medical Education*, 298(9) THE JOURNAL OF THE AMERICAN MEDICAL ASSOCIATION 1046, 1046-48 (2007).

臺灣，醫師似乎很不願意踐行「事前告知」的程序呢⁸⁷？

若依據本文之實證結果，首先在「事前告知」上，絕大多數的醫師（92.86%）根深蒂固的認為該告知實情將影響患者想要接受開刀的決定。不過，有四分之一的患者卻表示「誠實告知」其實並不會影響其手術意願，甚至有相當比率之患者會信任其主治醫師會安排一個合適的主刀人員。若是「事後知悉」該手術係由其他醫師所主刀時，當手術成功，有一半以上的受試者，還願意感謝該醫師，約有三分之一將會抱怨或依其理由而定，僅有不到 5% 的受試者會因該醫師未踐行「事前告知同意」而提出法律告訴。然而，高達 69% 的醫師自認為會遭致病患的抱怨或不滿，然而，實際上卻只由 8.45% 的病患認為如此，在臺灣，病患組對醫師的寬容度顯然較醫師組的主觀想像為高，很實際的只希望醫師能把病治好。若是手術結果失敗，病患組的寬容度還是顯著較高，在可能的法律告訴上，有高達 80% 的醫師主觀認為病患將會提出法律行動，然而，卻只有不到一半的病患認為其將提出法律告訴，兩者間亦有顯著的統計學差異（ $p < 0.0001$ ），醫師的主觀上恐懼再次得到驗證。整體而言，由本實證統計可以看出醫師組對於事前向病患誠實告知的莫名恐懼，或許也是幽靈手術在外科教學訓練中，仍難以避免的原因。

6. 結論與建議

由本研究觀之，幽靈手術並非手術室裡的秘密，有三分之二的受試者認為外科手術可能由其他醫師所主刀，而在分析相關變數後，在「告知變數」上，絕大多數受試者認為如果知道將由其他醫師主刀會影響其決定；而「身分變數」上，專業資格是重要因素，而由住院醫師執刀的三組間認知差異最大；再以「監督變數」來探究可接受的監督方式，則發現是否到場監督或參與重要部分尚非所問，重點是手術結果是否順利。最後在「手術變數」上，

⁸⁷ Alan Meisel & Mark Kuczewski, *Legal and Ethical Myths About Informed Consent*, 156(22) ARCHIVES OF INTERNAL MEDICINE 2521, 2521-26 (1996).

則可發現三組因不同背景而產生歧異的有趣現象，亦即病患著重於手術結果，法律人則謹守構成要件，而醫師卻存有告知恐懼。至於學理上因單純違反告知同意所可能引發的法律訴訟，實際發生機會應該不大，至於幽靈手術存在的原因可能為醫師的主觀恐懼。

本文雖已結合比較法學、實務判決、醫療專業準則的跨領域分析，並佐以變數統計分析的法學實證方法來驗證，嘗試對幽靈手術此一新型態之「告知後同意」類型加以精緻化，並作為一前驅型的研究。然本文仍有一些方法論上的先天限制，如立意樣本法在通則化上的限制，及問卷上某些問題內容仍需調整，以期開放式問答之填答率能再提高，此將有待後續研究的延伸探討。

綜上，依據上開法律論證與實證結果，「誠實的事前告知」並不如醫師主觀想像中的艱難。尤其在醫學中心，年輕醫師的跟診學習，應該是病患於教學醫院求診時所能預期的，只要主治醫師於事前對病患告知時，能誠懇說明由其他醫師主刀的合理原因，並確實監督手術執行，以確保病患事實上所最在意的手術結果，不但能兼顧法律上告知同意與病患自主權的保障，亦能將醫學技術良好傳承而造福未來的病患，對於現在病人的私益與未來大眾公益皆能有所保護。故醫師們何妨嘗試除卻恐懼，事前向患者明確告知，並踐行必要的醫療法律與醫學倫理的正當程序，而消弭法學界與醫界的認知差異，並增進公益與私益的融合。

附件：問卷設計

親愛的受訪者您好：編號：_____

這是一份關於「醫療專業分工下團體責任」一系列研究之問卷，本問卷所提出之問題，主要探討在臺灣「外科手術」團隊分工與告知後同意的現況與看法，以供學術研究統計分析之用，請您就自己之觀察、經驗或意見填答，並無標準答案。本問卷絕不會揭露個別問卷的填答情形，請您放心填答。**非常謝謝您對於醫學與法學的貢獻。**

壹、問卷內容：（依據您一般性的想法回答即可，無須考慮個別案例事實）

1. 在您的個人感覺裡，由患者的主治醫師親自主刀的比率約有多少？ _____%
事前告知 PR：
 2. 如果您的主治醫師有事先告知說明，您的手術將由其他人員主刀，而不是由您的主治醫師主刀，會不會改變或影響您想要接受開刀的決定？
 - 會，原因：（可複選）
 - 若不是我的主治醫師親自手術，我就不開刀了
 - 看看開刀的人是誰（專業資格或經驗）再說
 - 看看他不能親自手術的理由
 - 看看手術難度而定
 - 其他_____
 - 不會，原因：（可複選）
 - 信任我的主治醫師會安排一個合適的主刀人員
 - 雖然不高興，但不好意思拒絕
 - 爲了年輕外科醫師的教育訓練需要
 - 其他_____
3. 同上，如果有事先告知說明，您的手術不是由您所指定的主治醫師主刀，而由下列人員主刀，您是否可以接受手術？敬請各別回答
 - a. 由其他主治醫師主刀 可以 不可以

- b. 由受訓中的住院醫師主刀 可以 不可以
c. 由提供醫療器械的人員主刀 可以 不可以

事後方知 PO：

4. 如果，您事後才知道該手術不是由您所指定的醫師主刀，實際上由其他人員主刀，若手術結果順利成功，您會：（可複選）
仍會感謝他
看他不能主刀的理由而定
會提出抱怨或表示不滿
提出法律告訴
其他_____
5. 如果您事後才知道該手術不是由您所指定的主治醫師主刀，實際上由其他人員主刀，若手術結果失敗，您會：（可複選）
無論如何仍感謝他
看他不能主刀的理由而定
會提出抱怨或表示不滿
提出法律告訴
其他_____
6. 同上，如果您事後才知道該手術不是由您的主治醫師親自主刀，實際上由其他人員主刀，若手術結果失敗而有疏失，除了實際操刀之人員需負法律責任外，
a. 若您的主治醫師手術當時並未在場，如在另一間手術房或在院外，您覺得您的主治醫師是不是也要負責？
不要
要負責；所應負責任（可複選）：刑事（判刑） 民事（賠錢）
- b. 若您的主治醫師手術當時全程在場，但是並未實際主刀，僅監督或指導手術，您覺得您的主治醫師是不是也要負責？
不要負責
要負責；則所應負責任（可複選）：刑事（判刑） 民事（賠錢）
則所依據主治醫師之實際參與而定：（可複選）

依據手術實際參與比例：須超過_____ %以上才可

是否實際參與手術之主要部分

7. 綜上，您覺得沒有實際主刀之主治醫師需不需負責，與下列何種因素有關？
煩請您依個別因素重要性依次排名：（**最重要 1**，其次 2、3、4、5、**6 最不重要**）

___ A 主治醫師有無事前告知

___ B 主治醫師有無在場監督

___ C 主治醫師參與手術比例

___ D 實際主刀人員之專業資格

___ E 手術結果是否成功而定

___ F 患者之疾病嚴重度（或手術難度）

參考文獻

中文書籍

Chava Frankfort-Nachmias 和 David Nachmias 原著，潘明宏、陳志瑋譯，《最新社會科學研究方法》，韋伯文化國際，臺北（2003）。（Chava Frankfort-Nachmias & David Nachmias [auth.], Pan, Ming-Hon & Chi-Wei Chen [trans.], *Research Methods in the Social Sciences*, Weber Publication International Ltd., Taipei (2003).）

王澤鑑，《侵權行為法第一冊，基本理論一般侵權行為》，三民書局經銷，臺北（2000）。（Wang, Tez-Chien, *Tort Law (Vol. 1): The Basic Rule*, San Min Book, Taipei (2000).）

中文期刊

王皇玉，〈醫師未盡說明義務之法律效果——簡評九十四年台上字第二六七六號判決〉，《台灣本土法學雜誌》，第 75 期，頁 224-226，2005 年 10 月。（Wang, Huang-Yu, *Legal Effect on Insufficient Informed Consent—A Brief Commentary on the Supreme Court's Criminal Case Decision, 94-Taishan-Tzi-No.2676*, *Taiwan Law Journal*, no. 75, at 224-226, Oct. 2005.）

王皇玉，〈論醫師的說明義務與親自診察義務——評九十四年台上字第二六七六號判決〉，《月旦法學雜誌》，第 137 期，頁 265-280，2006 年 10 月。（Wang, Huang-Yu, *The Physicians' Duty on Informed Consent and in Person Treatment—A Commentary on the Supreme Court's Criminal Case Decision, 94-Taishan-Tzi-No.2676*, *The Taiwan Law Review*, no. 137, at 265-280, Oct. 2006.）

王皇玉，〈論醫療行為與業務上之正當行為〉，《臺大法學論叢》，第 36 卷第 2 期，頁 41-92，2007 年 7 月。（Wang, Huang-Yu, *On Medical Treatment and Proper Behavior of Occupation*, *National Taiwan University Law Journal*, vol. 36, no. 2, at 41-92, July 2007.）

王皇玉，〈德國醫療刑法論述概說〉，《月旦法學雜誌》，第 170 期，頁 122-144，2009 年 7 月。（Wang, Huang-Yu, *The Summary of Medical Criminal Law in German*, *The Taiwan Law Review*, no. 170, at 122-144, July 2009.）

- 侯英泠，〈醫療行為的民事上賠償責任——從德國醫師責任法（*Arzthaftungsrecht*）切入探討（上）〉，《月旦法學雜誌》，第 72 期，頁 116-132，2001 年 5 月。（Ho, Ying-Ling, *The Civil Liability in Medical Malpractice from Arzthaftungsrecht (Part I)*, *The Taiwan Law Review*, no. 72, at 116-132, May 2001.）
- 侯英泠，〈從德國法論醫師之契約上說明義務〉，《月旦法學雜誌》，第 112 期，頁 9-23，2004 年 9 月。（Ho, Ying-Ling, *A Doctor's Obligation of Information in the Inspiration of Germany Law*, *The Taiwan Law Review*, no. 112, at 9-23, Sept. 2004.）
- 陳子平，〈醫療上「充分說明與同意（*Informed Consent*）」之法理〉，《東吳法律學報》，第 12 卷第 1 期，頁 47-84，2000 年 2 月。（Chen, Tz-Ping, *The Legal Doctrine in Fully Explanation and Informed Consent in Medical Practice*, *Soochow Law Review*, vol. 12, no. 1, at 47-84, Feb. 2000.）
- 陳忠五，〈醫療事故與消費者保護法服務責任之適用問題（上）——最高法院九〇年度臺上字第七〇九號（馬偕紀念醫院肩難產案）判決評釋〉，《台灣本土法學雜誌》，第 36 期，頁 47-74，2002 年 7 月。（Chen, Chung-Wu, *The Application of Medical Malpractice and the Liability of Consumer Protection Law (Part I)—A Commentary on the Supreme Court's Civil Case Decision, 90-Taishan-Tzi-No.709 (Shoulder Dystocia Case of Mackay Memorial Hospital)*, *Taiwan Law Journal*, no. 36, at 47-74, July 2002.）
- 陳忠五，〈醫療事故與消費者保護法服務責任之適用問題（下）——最高法院九〇年度臺上字第七〇九號（馬偕紀念醫院肩難產案）判決評釋〉，《台灣本土法學雜誌》，第 37 期，頁 31-62，2002 年 8 月。（Chen, Chung-Wu, *The Application of Medical Malpractice and the Liability of Consumer Protection Law (Part II)—A Commentary on the Supreme Court's Civil Case Decision, 90-Taishan-Tzi-No.709 (Shoulder Dystocia Case of Mackay Memorial Hospital)*, *Taiwan Law Journal*, no. 37, at 31-62, Aug. 2002.）
- 彭文正、蕭憲文，〈犯罪新聞報導對於司法官「認知」、「訴追」及「判決」的影響〉，《臺大法學論叢》，第 35 卷第 3 期，頁 107-193，2006 年 5 月。（Peng, Weng-Jeng & Hsien-Wen Hsiao, *The Impact of the Criminal News on Judicial Conception, Prosecution and Decision*, *National Taiwan University Law Journal*, vol. 35, no. 3, at 107-193, May 2006.）

- 黃立，〈消費者保護法對醫療行為的適用〉，《律師雜誌》，第 217 期，頁 70-84，1997 年 10 月。（Huang, Li, Application of Consumer Protection Law on Medical Practice, Taipei Bar Journal, no. 217, at 70-84, Oct. 1997.）
- 楊秀儀，〈「誰來同意？誰作同意？從「告知後同意法則」談病人自主權的理論與實踐：美國經驗之考察」〉，《台灣法學會學報》，第 20 期，頁 367-410，1999 年 11 月。（Yang, Hsiu-I, Who Can Consent? Who Did Consent? The Theory and Practice of Patient's Autonomy from the "Informed Consent Doctrine," The American Experiences, The Journal of Taiwan Law Society, no. 20, at 367-410, Nov. 1999.）
- 楊秀儀，〈醫療糾紛與醫療無過失制度——美國經驗四十年來之探討〉，《政大法學評論》，第 68 期，頁 1-42，2001 年 12 月。（Yang, Hsiu-I, Medical Malpractice and No-fault Liability from the Forty Years Experiences in the United States, Chengchi Law Review, no. 68, at 1-42, Dec. 2001.）
- 楊秀儀，〈告知後同意法則之司法實務發展——最高法院九四年台上字第 2676 號判決評釋〉，《台灣本土法學雜誌》，第 73 期，頁 212-214，2005 年 8 月。（Yang, Hsiu-I, The Judicial Development on the Informed Consent Doctrine—A Commentary on the Supreme Court's Criminal Case Decision, 94-Taishan-Tzi-No.2676, Taiwan Law Journal, no. 73, at 212-214, Aug. 2005.）
- 楊秀儀，〈論病人自主權——我國法上「告知後同意」之請求權基礎探討〉，《臺大法學論叢》，第 36 卷第 2 期，頁 229-268，2007 年 6 月。（Yang, Hsiu-I, Patient Autonomy—Cause of Action of Informed Consent in Taiwan's Tort Law, National Taiwan University Law Journal, vol. 36, no. 2, at 229-268, June 2007.）
- 廖建瑜，〈論醫師說明義務之建構與發展——兼評最高法院 94 年台上字第 2676 號判決〉，《成大法學》，第 10 期，頁 231-293，2005 年 12 月。（Liao, Jian-Yu, The Construction and Development of Doctor's Obligation to Inform Patients—Comments on the Supreme Court's Criminal Case Decision, 94-Taishan-Tzi-No.2676, Cheng Kung Law Review, no. 10, at 231-293, Dec. 2005.）
- 劉尚志、林三元、宋皇志，〈走出繼受邁向立論：法學實證研究之發展〉，《科技法學評論》，第 3 卷第 2 期，頁 1-48，2006 年 10 月。（Liu, Shang-Jyh, San-Yuan Lin & Huang-Chih Sung, A Review on the Development of Empirical Legal Study Research, Technology Law Review, vol. 3, no. 2, at 1-48, Oct. 2006.）

蘇嘉瑞，〈醫療糾紛刑事訴訟之實證與趨勢〉，《法官協會雜誌》，第9卷第1期，頁54-70，2007年6月。（Su, Chia-Jui, The Empirical Study and Future Trend in Criminal Litigation of Medical Disputes in Taiwan, Journal of Judges Association, vol. 9, no. 1, at 54-70, June 2007.）

中 文 學 位 論 文

孫美華，〈「告知後同意」之實證研究——以台灣某醫學中心之心臟外科臨床實務作法探討之〉，長庚大學醫務管理學研究所碩士論文，2004年6月。（Sun, Mei-Hua, An Empirical Study of Informed Consent in Taiwan—Clinical Practice of Cardiac Surgery, master's thesis, Chang Gung University, June 2004.）

其 他 中 文 參 考 文 獻

中華民國醫師公會全聯會之醫師倫理規範，中華民國醫師公會全國聯合會網站：
<http://www.tma.tw/ethical/doc/醫師倫理規範.pdf>（最後點閱時間：2011年12月1日）
（Code of Medical Ethics from Taiwan Medical Association, Taiwan Medical Association Website, <http://www.tma.tw/ethical/doc/醫師倫理規範.pdf> (last visited Dec. 1, 2011).）
行政院衛生署公報，第34卷第5號，2004年10月。（Gazette of Department of Health, vol. 34, no. 5, Oct. 2004.）

英 文 書 籍

BERG, JESSICA W., PAUL S. APPELBAUM, CHARLES W. LIDZ & LISA S. PARKER, INFORMED CONSENT: LEGAL THEORY AND CLINICAL PRACTICE (2d ed. 2001).

JONES, JAMES W., LAURENCE B. MCCULLOUGH & BRUCE W. RICHMAN, THE ETHICS OF SURGICAL PRACTICE: CASE, DILEMMAS, AND RESOLUTIONS (2008).

MACDONALD, MICHAEL G., KATHRYN C. MEYER & BETH ESSIG, HEALTH CARE LAW: A PRACTICAL GUIDE (1993).

英 文 期 刊

Ascione, Raimondo et al., *Trainees Operating on High-Risk Patients Without Cardiopulmonary Bypass: A High-Risk Strategy?*, 78(1) THE ANNALS OF THORACIC SURGERY 26 (2004).

- Bhattacharyya, Timothy, Howard Yeon & Mitchel B. Harris, *The Medical-Legal Aspects of Informed Consent in Orthopaedic Surgery*, 87(11) THE JOURNAL OF BONE & JOINT SURGERY 2395 (2005).
- Capozzi, James D. & Rosamond Rhodes, *Ethics in Practice: Residency Training*, 82(9) THE JOURNAL OF BONE & JOINT SURGERY 1356 (2000).
- Chang, Joseph Tung-Chieh et al., *Internal Consistency of the Traditional Chinese Character Version of the Functional Assessment of Cancer Therapy—Head and Neck (FACT-H&N)*, 31(4) CHANG GUNG MEDICAL JOURNAL 384 (2008), available at <http://memo.cgu.edu.tw/cgmj/3104/310408.pdf> (last visited Oct. 30, 2012).
- Chiong, Winston, *Justification Patient Risks Associated with Medical Education*, 298(9) THE JOURNAL OF THE AMERICAN MEDICAL ASSOCIATION 1046 (2007).
- Connell, James F. Jr., *Ghost Surgery, Interview by Jim Hoffman*, 10(7) FAMILY HEALTH 24 (1978).
- Foster, James H., *Who Does an Operation?*, 116 ARCH. SURG. 743 (1981).
- Gill, J. Brian & Robert C. Schutt Jr., *Practice Management Education in Orthopaedic Surgical Residencies*, 89(1) THE JOURNAL OF BONE & JOINT SURGERY 216 (2007).
- HaaviMorreim, E., *Medical Research Litigation and Malpractice Tort Doctrines: Courts on a Learning Curve*, 4 HOUS. J. HEALTH L. & POL'Y 1 (2003).
- Holmes, Margaret Keller, *Ghost Surgery*, 56 BULL. N. Y. ACAD. MED. 412 (1980).
- Jones, James W., L.B. McCullough & B.W. Richman, *Whodunit? Ghost Surgery and Ethical Billing*, 42 J. VASCULAR SURGERY 1239 (2005).
- King, Joseph H., *The Standard of Care for Residents and Other Medical School Graduates in Training*, 55 AM. U. L. REV. 683 (2006).
- Kocher, Mininders S., *Ghost Surgery: The Ethical and Legal Implications of Who Does the Operation*, 84-A(1) THE JOURNAL OF BONE & JOINT SURGERY 148 (2002).
- Lidz, Charles W. et al., *Two Models of Implementing Informed Consent*, 148(6) ARCHIVES OF INTERNAL MEDICINE 1385 (1988).
- Lundmark, Thomas, *Surgery by an Unauthorized Surgeon as a Battery*, 10 J.L. & HEALTH 287 (1996).
- Mazur, Dennis J., *Medial Ethics and Informed Consent in Invasive Medical Procedure*, 83(4) AMERICAN JOURNAL OF CARDIOLOGY (SUPPLEMENT 1) 38 (1999).

Meisel, Alan & Mark Kuczewski, *Legal and Ethical Myths About Informed Consent*, 156(22) ARCHIVES OF INTERNAL MEDICINE 2521 (1996).

Operation Room Ghost Stories Are Amazing True, Ghost Surgical Salesmen Admit Assisting in Over 900 Operation, N.Y. TIMES, Oct. 2, 1979, at B1, B10-11.

Palan, J. et al., *The Trainer, the Trainee and the Surgeons' Assistant: Clinical Outcomes Following Total Hip Replacement*, 91-B(7) THE JOURNAL OF BONE & JOINT SURGERY (BRITISH VOLUME) 928 (2009).

其他英文參考文獻

AMWA Ethics FAQs, AMERICAN MEDICAL WRITERS ASSOCIATION, <http://www.amwa.org/default.asp?Mode=DirectoryDisplay&DirectoryUseAbsoluteOnSearch=True&id=466> (last visited Dec. 1, 2011).

History of AMA, AMERICAN MEDICAL ASSOCIATION, <http://www.ama-assn.org/ama/pub/about-ama/our-history.shtml> (last visited Dec. 1, 2011).

NUREMBERG CODE, OFFICE OF HISTORY, NATIONAL INSTITUTES OF HEALTH, <http://history.nih.gov/research/downloads/nuremberg.pdf> (last visited Oct. 19, 2012).

Opinion 8.16-Substitution of Surgeon Without Patient's Knowledge or Consent, AMERICAN MEDICAL ASSOCIATION, <http://www.ama-assn.org/ama/pub/physician-resources/medical-ethics/code-medical-ethics/opinion816.shtml> (last visited Dec. 1, 2011).

《科技法學評論》徵稿簡則

1. 本刊為定期刊物，由國立交通大學科技法律研究所與社團法人台灣科技法學會共同發行，一年兩期，每年 6 月及 12 月出刊。
2. 本刊〈科法新論〉專欄歡迎與科技法有關之中英文論著、譯稿、書評與案例評析來稿，〈法學新聲〉專欄歡迎博士研究生來稿。來稿請一律附中英文之標題、作者名、摘要、關鍵詞、及參考文獻，並註明所屬類別，並請依學術慣例於適當之處引註，另於文末列具參考文獻。來稿如係譯著，請附寄原文及原作者同意書。
3. 中英文摘要請分別以 500 與 400 字為度，並請附上 5 至 8 個中英文關鍵詞。來稿文長以 2 萬字為度。
4. 來稿如無註解，或其主要部分已在其他刊物或將在其他刊物發表者，恕不予刊登。
5. 本刊採雙向匿名審查制度，來稿均須經初審及複審程序，審查結果將適時通知作者。如有文章字數過多或稿件數量超過該期篇幅之情形，總編輯得依投稿領域之分布及文章之時效性，對字數、版面及刊登順序等為適度之調整。
6. 來稿通過審查而獲刊登者，依以下原則贈送每位作者當期評論及抽印本：
 - (1) 單一作者或雙作者：每位贈送當期評論兩本及抽印本 20 份。
 - (2) 三人以上共同著作：每位作者贈送當期評論一本及抽印本 10 份。
7. 稿件一經刊登，作者文責自負。
8. 來稿請用 doc.或 rtf.格式，email 至 techlrev@gmail.com，或郵寄至：「新竹市大學路 1001 號交通大學科技法律研究所轉交台灣科技法學會」。
9. 有關本刊註解格式之詳細說明、投稿者基本資料表、著作權聲明與授權同意書，以及參考範本，請參閱本刊網站：http://www.itl.nctu.edu.tw/tlr_n/index.html。

Call for Papers

1. Technology Law Review (TLR) is a peer-review law journal published twice a year in June and December respectively.
2. We welcome technology-law related articles, translated works, book reviews, and case reviews. Please note the category of your submission.
3. Submissions are subject to peer-review; authors will be notified of the results in due course.
4. Works already published, in whole or in part, in another publication, will not be accepted.
5. Please email your submission in .doc or .rtf format to <techlrev@gmail.com>.
6. We welcome works in English or Chinese. Please give the title, author's name, abstract, keywords, and bibliography in both English and Chinese. Do not hesitate to contact us if you need assistance in translating the above items into Chinese.
7. Please limit your English and Chinese abstracts in 400 to 500 words respectively. Please keep the number of keywords in 5 to 8 terms.
8. Please format your citations properly according to the Bluebook, and provide bibliography at the end of your work.
9. The author bears all the responsibility arisen from the submission.
10. Authors whose works are published will receive copies of TLR, and article reprints:
 - (1) Single-or-two-author articles: 2 copies of TLR and 20 article reprints for each author;
 - (2) Three-or-more-author articles: 1 copies of TLR and 10 article reprints for each author.
11. For further information, including forms and templates, please visit our website at <http://www.itl.nctu.edu.tw/tlr_n/index.html>.



Institute of Technology Law, National Chiao Tung University
Taiwan Technology Law Institute

Technology Law Review

科技法學評論

Vol. 9 No. 2

December 15, 2012

Trade Mark Use in Keyword Advertisements in the United States and European Union
Kuo-Lien Hsieh

Broadening the Horizon of Environmental Trust: Legal Instruments of Private Approaches to Land Conservation
Chung-Lin Chen

The EU Climate Change Policy: Law, Strategy and Practice
Der-Chin Horng

A Possible Way to Join International Climate Change Legal Regime for Taiwan: Analyzing and Comparing with Cases Using the Concept of "Fishing Entities"
Tsung-Sheng Liao

"Who Did the Operation?" — Empirical Legal Study and Refinement on "Informed Consent"
Chia-Jui Su



56HTWAE0902



ISSN 1811-3095

00280

9 771811 309002