

<<律师实务研究（第3卷）>>

图书基本信息

书名：<<律师实务研究（第3卷）>>

13位ISBN编号：9787308065214

10位ISBN编号：7308065219

出版时间：2009-1

出版时间：浙江大学出版社

作者：唐国华 主编

页数：379

版权说明：本站所提供下载的PDF图书仅提供预览和简介，请支持正版图书。

更多资源请访问：<http://www.tushu007.com>

<<律师实务研究 (第3卷)>>

内容概要

中国社会正在进入一个追求变革、竞争与向往财富的法治时代。

随着人们的民主观念和法律意识的日益增强，一般的法律基础知识越来越普及，因此社会对法律服务的需求也日益提高，律师业务已由过去“欠钱还钱”式简单的法律服务扩展到金融、房地产、证券、知识产权、项目投融资等市场经济的诉讼和非诉讼领域，社会需求使律师的专业要求越来越高，专业细分越来越明显。

可以说，律师专业业务的细分必将是今后一段时期律师业的发展趋势。

这就要求律师不断地学习，汲取新知识，在工作中不断总结经验，努力提高律师的专业水平，以便为社会大众提供更好的法律服务，为创建和谐社会而尽一份力量。

为此，浙江省省直律师协会召开了2008年度的律师实务理论研讨会，各省直律师积极投稿，经本书编委会集体评议，选了其中部分优秀论文出版，论文归类为民事专业、刑事专业、建筑与房地产专业、公司与证券专业、知识产权、劳动和社会保障专业、律师行业管理专业七个律师实务专业和综合方面的文章。

文章具有很好的质量，充分反映出广大律师的实务和理论成果。

书籍目录

民事篇 “拒签”事件与医疗侵权责任的现实碰撞——论手术同意书的法律内涵 对赠与合同任意撤销权的立法探讨 论我国婚姻法精神损害赔偿制度的完善 配偶忠实义务与隐私权保护的冲突与协调 论我国人身损害赔偿标准的完善 论学校与未成年学生之间的法律关系 执行申请人能否对保全财产优先受偿 刍议物权法中的更正登记制度

刑事篇 新《律师法》视野下侦查阶段律师会见若干问题与对策 刑事追赃制度法律探讨——从附带民事诉讼看追赃问题 论刑事附带民事诉讼之精神损害赔偿 招标人员泄密的刑事责任及行为防范 论违法性认识 建筑工程实际施工人犯罪问题研究

建筑与房地产篇 窗前绿地是谁的 城市房屋拆迁中被拆迁人的利益保护 试论BT项目的物权归属及其移交模式的选择 浅析EPC总承包模式下的业主权利 建设工程项目经理的权限何时了 《房屋登记办法》第七十八条争鸣——论我国异议登记法律效力制度之取向

公司与证券篇 试论股东派生诉讼制度及其完善 股东查阅权问题研究 特许经营信息披露问题初探 试论有限责任公司股东资格的认定标准 论章程修改时对资本多数决原则的限制 外商投资企业境外借款法律指引 企业境外投资及国际工程承包业务操作须知 股权分置改革后的上市公司收购

知识产权篇 不当网络链接法律责任分析 BT之劫：P2P技术侵权问题研究 知识产权许可合同备案问题研究 论商标转让核准对商标转让合同的影响 论网络虚拟财产的法律属性及其保护

劳动与社会保障篇 《劳动合同法》施行后，律师开展劳动法律服务的思路 对劳务派遣的初步探讨 中小企业雇员权利保护问题研究——基于企业社会责任角度 集体协商机制中工会法律地位的再思考 劳动合同法热点问题分析及防范 论非标准劳动关系下的工伤事故责任主体 论劳动争议案件的证明责任

律师行业管理篇 “创新创业”战略与律师法律服务 “促进律师行业中人才培养和人才队伍建设”专题调研报告后记

章节摘录

民事篇“拒签”事件与医疗侵权责任的现实碰撞——论手术同意书的法律内涵【摘要】在肖志军事件中，医院为了避免可能的民事责任，在“守法”与“救死扶伤”的两难选择之间轻易放弃了病人生命，由此引发了社会大讨论。

但是相当多的法律界人士并不了解手术同意书的法律内涵，对我国相关的法律规定也没有全面把握，导致大众认为我国关于患者知情同意的法律规定存在严重问题。

本文试对我国有关手术同意的相关法律作相对全面的初步的分析。

【关键词】手术同意书 知情同意权 侵权责任 引言2007年11月21日，由于肖志军拒绝签署手术同意书，北京一区医院为避免法律风险而一直不愿主动进行急诊手术，最后导致孕妇李丽云不幸死亡。

时隔仅一周，在浙江金华的孕妇吴女士又发生了类似事件。

事件发生后，好多人站在敬畏生命的道德高度同声谴责医院、现行关于手术知情同意的医疗制度和法律。

但是，在之前的一些案例中，医生在未取得患者及家属同意的情况下，超越手术同意书中的手术范围，出于善意为病人切除病变组织，却无一例外地被法院认定为侵权，承担了侵权责任。

现在，医生与医疗机构都很迷茫，做善事却被认为侵权，连道义上都没人支持；依法办事却被认为不作为，要承担巨大的道德压力，还要面临诉讼的风险。

笔者认为出现这种情况的最主要根源是医院和社会对相关法律把握的不全面。

一、知情同意权的来历现代意义的知情同意是鉴于第二次世界大战后对纳粹暴行的审判而出现的。

在审判期间，发现纳粹医生残忍地强迫受试者接受野蛮的不人道的人体试验，如用俘虏做活体高空试验、冷冻试验和克隆人试验等。

1964年第18届世界医学大会公布的《赫尔辛基宣言》规定了知情同意权，但这里的知情同意权仅是针对医学实验和科学研究。

在传统的医患关系中，医务人员始终处于这一关系的中心，形成了所谓的“家长主义”。

现代医疗活动具有很高的专业性，患者很难作为平等主体进入医患关系中，以平等的地位接受治疗，医疗信息不对称将导致对民法平等精神的背离。

随着医学的发展和人权观念的深入人心，知情同意权利内容扩张，由人体实验扩大到治疗，并包括在病人的权利之中。

同时为了矫正信息不对称所导致的对民法平等精神的背离，在民事法律中对处于强势的一方加以特殊的告知义务，已成为各国立法通例。

1973年美国医院联合会通过的《病人权利法案》和1974年美国卫生、教育、福利部以法律形式颁布的《病人权利》中，都明确规定了病人的知情同意权利。

在我国，目前对患方知情同意权有以下相关法律规定：1.《中华人民共和国执业医师法》第二十六条：医师应当如实向患者或者其家属介绍病情，但应注意避免对患者产生不利后果。

医师进行实验性临床医疗，应当经医院批准并征得患者本人或其家属同意。

2.《医疗机构管理条例》第三十三条：医疗机构实施手术、特殊检查或者特殊治疗时，必须征得患者同意，并应当取得其家属或者关系人同意并签字；无法取得患者意见时，应当取得家属或者关系人同意并签字；无法取得患者意见又无家属或关系人在场，或者遇到其他特殊情况时，主治医师应当提出医疗处理方案，在取得医疗机构负责人或者被授权负责人员的批准后实施。

3.《医疗机构管理条例实施细则》第六十二条：医疗机构应当尊重患者对自己的病情、诊断、治疗的知情权利。

在实施手术、特殊检查、特殊治疗时，应当向患者作必要的解释。

因实施保护性医疗措施不宜向患者说明情况的，应当将有关情况通知患者家属。

4.《医疗事故处理条例》第十一条规定：在医疗活动中，医疗机构及其医务人员应当将患者的病情、医疗措施、医疗风险等如实告知患者，及时解答其咨询。

但是，应当避免对患者产生不利后果。

5.《病历书写基本规范（试行）》第十条：对按照有关规定需取得患者书面同意方可进行的医疗活动

<<律师实务研究(第3卷)>>

(如特殊检查、特殊治疗、手术、实验性临床医疗等),应当由患者本人签署同意书。患者不具备完全民事行为能力时,应当由其法定代理人签字;患者因病无法签字时,应当由其近亲属签字,没有近亲属的,由其关系人签字;为抢救患者,在法定代理人或近亲属、关系人无法及时签字的情况下,可由医疗机构负责人或者被授权的负责人签字。因实施保护性医疗措施不宜向患者说明情况的,应当将有关情况通知患者近亲属,由患者近亲属签署同意书,并及时记录。患者无近亲属的或者患者近亲属无法签署同意书的,由患者的法定代理人或者关系人签署同意书。上述法律法规虽未明确使用“知情同意”这一名词,但其实质是确立了患方的这一权利。司法实践中,法院也是依据这一法理原则进行判案,知情同意权这一患者权利正在被我国法律界认可。

二、手术同意书的初步含义手术作为一种医疗行为,是利用物理或化学的方法对人体产生一定危害的侵袭性行为,其特殊性在于它以损害患者现实的健康权来实现治病救人的目的。

而自然人的健康权是受法律严格保护的人格利益。

就民法理论而言,损害他人人身健康的行为是违法侵权行为,但目前世界各国对手术行为普通许可,是源于它行为的正当性。

治疗由形式的不合法转化为实质上的合法要同时具备三个要件:国家法律的许可和保障、具有治疗目的、患方的承诺。

三个要件必须同时具备,缺一不可。

患者的承诺体现在手术同意书上,所以手术同意书作为一种医疗文书,是医院履行风险告知义务并得到患方承诺的法定形式;也是患者支配健康权、行使知情选择权的一种外部表现形式。

它包含两层意思:医师的告知和患者的承诺。

医师在向患方告知时,应告知:病人目前的诊断;该疾病目前的治疗方法;医师拟施方法的评价;若进行手术时手术名称、目的、效果、危险及并发症,同时医师应当告知患方本院对术中危险的把握及预处理方案,经过上述说明取得患方书面同意。

告知对象为患者本人、家属或者关系人,他人无权予以承诺。

在医师已尽充分告知义务的前提下,患方的承诺产生以下法律效力:使医疗侵袭行为合法和医师在一定程度上免责。

掌握专业知识的医师的医疗行为要取得没有专业知识的患方的同意,因为知情同意权才是保证生命权第一的关键,医生如果享有过大的强制医疗权会导致滥用,生命健康权就没有办法保障,病人的自主权必须得到尊重。

按照我国相关法规,在通常情况下,没有病人或家属签字,医生无权进行手术,而一旦强行进行手术,将会给医院带来巨大的风险。

三、医患双方对手术同意书效力认识的偏差1.医生通常认为签了手术同意书等于尽了告知义务。

医院履行告知义务,应该是全面的。

包括:患者目前的诊断,这是保证其知情权的前提;可以选择的治疗方案;不动手术的后果及会导致的后遗症:手术过程中的风险;动完手术之后可能出现的并发症。

但现在的手术同意书更像危险告知书,危险性的告知占了很大的部分,将手术过程中及手术后所有可能导致的不良结果悉数列出,无限扩大患者的风险和责任,甚至要求患者苟同知情同意书内所列的风险和不利后果,并要求其承担医疗的一切风险和责任。

对患者所患疾病的性质、该疾病对健康的影响,只是以诊断的形式一笔带过,对患者可以权衡的治疗方案通常只字不提。

这种手术同意书是不符合法律规定的,无法给患者一个明确的判断提示,像一些无限扩大风险的告知反而会干扰患者的正确判断。

2.有患者认为手术同意书等于“生死状”。

患者通常认为,医生已经告诉病人如此多的危险,手术中或者手术后出现的不利后果都将由病人承担。

特别是一些医院的手术同意书中写上“如出现以上问题,医院概不负责”或“医院不承担任何责任”

等免责条款。

实际上,手术同意书不具有免责效力,它主要是医院完成告知义务的一个医疗文书。

按我国《合同法》第五十三条规定,合同中有关造成对方人身伤害的免责条款无效。

因此,上述手术同意书中“医院概不负责”或“医院不承担任何责任”部分因违反了法律禁止性规定而归于无效。

如果医务人员在为患者手术过程中存在医疗过错并造成了患者人身损害的后果,那么医疗机构仍应承担相应的民事责任。

手术同意书不具有免除因医务人员医疗过错而给患者造成损害后果应承担的民事责任的法律效力。

3.在手术同意书未写明某种并发症,如果术后出现了并发症就要承担责任。

这或许是现在的手术同意书更像危险告知书的原因,医生将手术过程中及手术后所有可能导致的不良结果悉数列出,甚至做一个简单的无菌手术,也要写上伤口感染、发生败血症、死亡。

笔者代理医疗纠纷也多次发现在出现罕见并发症后,医生在手术同意书中添加该并发症,由此还引起不必要的纠纷。

医生将手术的风险,包括各种并发症告知患者,是让患者权衡手术的利弊,依法赋予患者选择权。

某种并发症是否必须告知患者,其判断依据为该并发症是否会影响患者对手术的选择,最主要的依据应当是该并发症的发生率和严重后果。

一般来说,经常发生的并发症和一些致命的、致残的或者会带来严重痛苦的并发症应当告知患者。

如果患者已经愿意承受发生高概率发生的致命并发症或重度致残并发症,那么一般就推定对低概率的轻度致残并发症或极低概率的严重并发症他也愿意承受,因为这些并发症不会影响他是否选择手术的判断,所以是否告知患者这些并发症不应当成为医生完成告知义务的判断标准。

所以,笔者认为医院实在没有必要把手术同意书写成血淋淋的,让患者及其家属心惊肉跳。

这样不仅达不到告知的目的和沟通的效果,反而使患者认为医生在利用专业知识优势恐吓他,迫使其丧失判断力,还认为医生已经预谋不负责任地推卸责任。

这常常让患方的“知情同意权”失去意义。

四、谁应该在手术同意书上签字,患者还是家属?

《医疗机构管理条例》第三十三条规定:“必须征得患者同意,并应当取得其家属或者关系人同意并签字”,由于该法律没有规定患者本人必须签字,由此医生和医院认为患者本人的签名是无足轻重的,取得家属的签字就合法了,甚至还包含征得了患者同意,所以现实中在手术同意书中签名的几乎都是患者家属。

<<律师实务研究(第3卷)>>

编辑推荐

《律师实务研究(第3卷)》由浙江大学出版社出版。

版权说明

本站所提供下载的PDF图书仅提供预览和简介，请支持正版图书。

更多资源请访问:<http://www.tushu007.com>