

论医患纠纷中的法律与信任

伍德志

摘要 法律在对医患纠纷的处理上有着难以克服的功能局限性。由于医患之间在信息与知识上的高度不对称,以及医疗事故中的风险与损失难以被外在化,法律不仅难以有效地预防医患纠纷,也难以有效地解决医患纠纷。医疗过错责任在实际的操作中还具有严格化的趋向,而这会导致过度威慑。法律对医患纠纷的处理基本可被归结为控制模式。信任模式则基于较低的信息成本以及特殊的道德情感特质,能够更有效地预防医患纠纷。沟通是建立医患信任的最重要方式,但其传达的主要是道德情感信息,不是医学专业信息。由于信任推断的潜在性与监管成本的高昂,法律既无法强迫医患之间相互信任,也难以强制形成充满人性关怀的沟通。加强有效沟通以实现医患信任的方法,只能是非价格竞争。为了实现医疗机构之间的这种有效竞争,应建立政府支持与限制下的市场模拟体制。

关键词 医患纠纷 控制模式 信任模式 沟通 非价格竞争

作者伍德志,法学博士,安徽大学法学院讲师。

近年来,“医闹”事件在中国各地层出不穷,围堵医院与诊室,暴打、砍伤医务人员,诸如此类的群体性事件或暴力事件时常见诸报端,而在医院违规停尸、私设灵堂、摆放花圈等荒唐举动也屡见不鲜。医患纠纷已经成为中国社会一个不容忽视的不稳定因素,但由于医患关系有着特殊的复杂性,法律在处理医患关系上遭遇到了其本身难以克服的固有局限性。法律既难以事先有效地预防医疗纠纷,也难以事后有效地解决医患纠纷。

鉴于医患纠纷的特殊性质,医患纠纷更适合于事先预防,而不是事后解决。而信任作为一种能够有效降低信息成本与医疗风险的手段,是预防医患纠纷的有效方式。信任是根据有限的低成本信息潜在地推断未来的可靠性,有利于克服医患之间的信息与知识不对称,增加患者及其家属对医疗风险的内在承受力。这不仅可以减少不必要的医疗纠纷,而且也可以让医生更加独立自主地实施专业化的医疗服务。

* 本文的研究受安徽大学博士科研启动经费项目的资助。在此也非常感谢匿名评审专家提出的宝贵意见。

一、医患纠纷的特殊性与法律的功能局限性

国内法学界对医患纠纷的研究，多局限于法条主义与法律万能的思维。这种思维想当然地认为，只要是纠纷，法律就一定能够加以解决。^①而通过本文的分析，将会发现，法律在处理医患纠纷上其实有着难以克服的功能局限性。法律有两大基本功能——保障预期与解决纠纷，但法律在医患关系的处理上难以有效地发挥这两大功能。而且，法律中的医疗过错责任制度还具有明显的严格化趋向，这导致了对医疗机构和医务人员的过度威慑。

（一）医患之间存在着难以克服的信息与知识不对称

这一点导致法律对医患关系无法有效地发挥预期功能，法律规范难以成为医患之间有效的沟通媒介。医疗是一个高度专业化的行业，对于医疗决策与医疗行为是否符合规范、医疗过程是否存在过失、医生是否最大程度地考虑到了病人的福利之类的问题，患者在大多情况下并不能做出准确的判断。一旦发生永久性的致伤致残或者失去亲人，即使医疗行为在专业上并无不当之处或医疗机构已经做出了合理的解释，也难以获得当事人的理解与认同。因此，患者对医疗过程中的法律过错很容易发生误判，这会使得法律应有的预期功能大打折扣。

由于信息与知识不对称，患者只能根据信息成本较低的一些不相关因素，例如道德直觉、医疗结果的好坏，来判断不可观察的医疗过程中的过错情况。这就可能导致不必要的医患纠纷。虽然我国有着大量的规范医疗机构与医务人员行为的细密规范，例如《执业医师法》、《医疗技术临床应用管理办法》、《中医坐堂医诊所管理办法》、《医疗机构消毒技术规范》、《肿瘤消融治疗技术管理规范（试行）》、《心室辅助装置应用技术管理规范（试行）》等等，但这些措施更多地是方便卫生行政部门的监控，而不是方便了患者的知情与判断。虽然这些管制措施对于提高医疗服务质量是必要的，但患者或其家属由于无法准确理解这些规范，并不能有效地依据这些规范来监督或期待医疗机构与医务人员的行为。而且，卫生行政部门即使与医疗机构之间不存在知识不对称，也会存在信息不对称。卫生行政部门的监管是一对多的监管，在缺乏众多患者正确举报的情况下，这种监管也必然是低效的。所有这些都导致当事人无法对医疗行为形成稳定、安全、透明的期待。

鉴于这些原因，即便医患之间对簿公堂，但由于患者及其家属在信息与知识上的不对称，加上他们又很容易对医疗机构与医务人员的法律过错情况发生误判，便使得诉讼往往变成了一种社会资源与司法资源的浪费。有美国学者指出，由于病人多数情况下并不能准确观察、理解医疗过程，所以病人往往只能根据结果的好坏决定是否控告医生，这就可能出现以下两类不同的情况：医生虽然存在医疗过错，但由于结果不太严重，患者放弃追责；或者医生虽然不存在医疗过错，但由于结果

^① 国内的学者基本上都是在传统的法律理论框架下探讨医患纠纷的，大多没有认识到医患纠纷中所存在的信息与知识不对称、风险与损失难以外在化、过错责任的严格化等问题。这样的作品不胜枚举，例如杨立新：《医疗侵权法律与适用》，法律出版社2008年版；余明永：《医疗损害赔偿纠纷》，法律出版社2010年版；林文学：《医疗纠纷解决机制研究》，法律出版社2010年版，等等。

比较严重，患者提起控告。^② 日本学者的研究也指出了类似的大量误判现象：在日本，在 1976 至 1987 年的医疗诉讼中，只有 37.3% 的判决支持原告患者，而在所有的民事诉讼当中，有 86.5% 的判决支持原告；死亡在所有医疗诉讼是最常见的诉因，高达 47%，其次是无法治愈或者永久性伤残，占 28%，再其次是可治愈和暂时性的诉因，占 19.7%。^③ 由此可见，患者对医疗过程中的过错很容易发生误判，患者往往只能根据信息成本较低的医疗结果来判断医疗过错情况。

（二）医疗行为中的风险与损失难以外化

这一点使得法律很难有效地补偿当事人的损失并解决纠纷。外化是一个经济学术语，就医疗行为而言，指的是医疗行为之前的风险与之后的损失无法全部转嫁给相关责任者与社会保险。这意味着医疗事故中的风险与损失，例如曾经经历过的病痛、永久性的致伤致残、至亲至爱的永远丧失等，无法进行货币补偿或得到其他形式的补偿。这不同于大多数只有物质利益冲突并可以通过货币补偿将风险与损失外化的民事纠纷。

法律除了按照既定的规范与程序来硬性处理医患纠纷外，并不能完全弥补当事人的身心创伤。当患者变成永久性的伤残或者患者家属遭受丧亲之痛时，很多人为了讨一个“说法”，往往将官司一路打到底，似乎只有如此他们才能平息心中的郁闷，或者才能告慰在天之灵。我国台湾地区有学者通过对患者的访谈指出，患者或其家属控告医疗失当，主要是出于一些无法弥补的情感伤痛，例如就曾经遭受的诊疗痛苦报复医生，对死去亲人的内疚感，或为失去的亲人求一个“交代”以实现作为孝子的心理解脱。^④ 台湾地区由患者或其家属发起的诉讼胜诉率极低这一事实，也说明他们在难以排解的心理压力下往往不问事实与过错，只求讨一个终局性的说法。^⑤

这些控诉，从人情伦理的角度来看说是可以理解的，但也确实给医患纠纷的解决增加了难度。驱使当事人进行这些控告的动机往往是非金钱目标，而非金钱目标比金钱目标更难权衡。在当事人缺乏医学知识与医疗过程信息的情况下，确切的平衡点极难把握。而且这也是一个“双边垄断”（dialectic monopoly）问题，^⑥ 从而导致医患之间协商的成本极为高昂，使得协商变得困难。对于整个社会来说，高成本的协商是一种资源浪费，因为这只使社会财富发生了转移，而没有增值。

（三）医疗过错责任的严格化

在实际操作中，医疗过错责任有严格化的趋向。这不仅会导致过度威慑，也会带来医疗成本的上升。

^② See Donald J. Wright, “Medical Malpractice and Physician Liability under A Negligence Rule”, *International Review of Law and Economics*, Vol. 31, No. 3 (2011), p. 210.

^③ See Akihito Hagihara, Minako Nishi, and Koichi Nobutomo, “Standard of Care and Liability in Medical Malpractice Litigation in Japan”, *Health Policy*, Vol. 65, No. 2 (2003), pp. 119 - 127.

^④ See Yu-Chan Chiu, “What Drives Patients to Sue Doctors? The Role of Cultural Factors in the Pursuit of Malpractice Claims in Taiwan”, *Social Science & Medicine*, Vol. 71, No. 4 (2010), pp. 702 - 707.

^⑤ See Wu, C.-Y., H.-J., and Chen, R.-C., “Status of Medical Problems in Taiwan”, *Formosan Journal of Medicine*, Vol. 13, No. 1 (2009), pp. 121 - 131.

^⑥ 所谓“双边垄断”，就本文而言，意味着特定的医疗机构只能与特定的患者进行协商，而特定的患者也只能与特定的医疗机构进行协商，由于协商的幅度大、平衡点难以确定，从而导致交易成本高昂。参见 [美] 理查德·波斯纳：《法律的经济分析》，蒋兆康译，法律出版社 2012 年版，第 86 页。

根据我国相关法律规定与司法解释,医疗纠纷实行过错责任制与举证责任倒置规则。在理论上,过错责任制可以有效地激励医生以合理的成本减少过错所产生的损害,而举证责任倒置则是一种收益最大化的责任分配方式,因为医疗机构能够以更低的成本防止损害和提供证据。不过只有在能够获得充分信息的情况下,医疗纠纷的归责原则和举证规则才能实现其理想效果,因为法院虽然可以借助充分信息准确判断医疗机构和医生的过错,但在现实当中,由于很多医疗过程难以观察与取证、法院本身也是医学外行等原因,过错责任容易演变为事实上的严格责任。实际上,法学理论基于理性人的预设,严格区分过错责任与严格责任,但大多数过错责任都有严格责任的因素,因为过错具有随机性或盖然性成分。^⑦对于医疗行业来说更是如此。即便医疗机构和医生已经尽到了最大的注意,但由于医疗行业特有的风险性,偶然的闪失仍然大量发生,或者法院由于知识匮乏而可能错误地归责于医生,这就使得医疗纠纷中的过错原则也含有严格责任成分。在英美法系,法院往往还依赖陪审团做出事实性判断,陪审团在法律与医学方面的外行背景,使得医疗判决更容易发生错误、更加不可预测。^⑧医疗纠纷除了在施加经济成本外,还有无法计算的非经济成本,例如为应诉所花的时间与精力,应诉过程中的不愉快,以及为期漫长的医疗诉讼过程,而且这些成本还无法通过商业保险来弥补。^⑨所有这些都实际上增加了医疗过错责任的威慑力。特别对于中国来说,患者及其家属的过度纠缠,不论有理无理,都给医疗机构与医生的正常执业施加了巨大的物质成本和心理成本。这常常迫使医院即使无过错,也不得不对患者或其家属进行赔偿。

形式上的过错责任演变为实质上的严格责任,导致了两种可能的后果:其一,医疗机构与医务人员为避免过高风险进行过度投入,实施一些不必要的医疗诊断措施;其二,医疗机构与医务人员为了避免过高风险,拒绝实施也许可以给病人带来生机的医疗行为,导致延误最佳医疗时机。关于前一种可能,比较典型的表现就是西方国家在卫生财政的投入上过于巨大,很多医疗资源在实际的严格责任下被不合理地浪费。过重的法律责任会导致所谓的“防御性医疗”(defensive medicine),即由于害怕承担过重的法律责任,医生往往为了避免极小的风险而实施不必要的医疗服务。^⑩凯斯勒(Daniel P. Kessler)和麦克莱伦(Mark B. McClellan)通过对美国医生保险协会和社会经济监控系统等专业机构的信息与调查数据的分析,认为更大的医疗不当责任压力会导致医疗成本的高度增长,但却没有产生明显的良性医疗成果,美国降低医生法律责任的改革,仅仅是降低了诉讼率和赔偿额,但并没有降低医疗效果,而且,医疗不当责任压力的增长,对诊断性费用(diagnostic expenditure)而不是治疗性费用(therapeutic expenditure)的增长具有更大的影响力,在某些疾病治疗中,治疗性费用反而因更大的医疗不当责任而降低。^⑪这一研究结果表明,医疗过错责任制度具有很大的严格责任因素,这导致了过度威慑,能够证明这一点的,就是

^⑦ 参见注⑥,第258页。关于过错规则对实现最佳医疗效果的不完善性,还可参见注②,第205-211页。

^⑧ See J. M. Battaglia, "Medical Malpractice Claims in the US Legal System", *International Journal of Obstetric Anesthesia*, Vol. 5, No. 4 (1996), pp. 254-257.

^⑨ See Daniel P. Kessler & Mark B. McClellan, "How Liability Law Affects Medical Productivity", *Journal of Health Economics*, Vol. 21, No. 6 (2002), pp. 933-936.

^⑩ *Ibid.*, p. 932.

^⑪ 凯斯勒与麦克莱伦根据美国某些州医疗法律改革之后的诉讼率、赔偿额、纠纷解决时间,来测度医生所遭受的医疗不当压力,根据一年内的医疗费用、死亡率、复诊率,来测度医疗成本与医疗效果。参见注⑨,第940-952页。

即使在降低医生法律责任后,也并没有导致医疗效果的降低。通过诊断性费用与治疗性费用的区分也表明,过度威慑会导致旨在降低误诊风险的诊断性费用的明显增长,而治疗性费用在某些疾病治疗中的降低也恰恰证明,为了避免承担医疗责任,医生会减少治疗性措施,因为治疗措施越多,风险也越大。关于后一种可能,比较典型的的就是我国医疗机构的拒诊行为:很多医院为了避免未来可能的无理纠缠,对于那些急诊病人或重症病人,往往以本院设施匮乏为由拒绝给予治疗。这也是过度威慑的结果。

二、医患关系模式的转换:从法律控制到信任预防

(一) 作为二元对立现象的控制与信任

法律对医患纠纷的处理,基本可以被归结为控制模式:在掌握充分信息的基础上,通过权利与责任机制,将人们纳入特定的行动模式当中。控制这个词在本文中的含义,是借自管理学与组织社会学,而不同于法学领域中庞德(Roscoe Pound)所说的那种宏观意义上的社会控制。^⑫控制是一种有意识地消除风险的行动模式,其目的在于通过详细的规范标准、充分的信息调查以及严明的赏罚机制,来达到预期目的。社会学家格罗斯(Edward Gross)与埃齐奥尼(Amitai Etzioni)认为,任何一个组织都没有能力使得其成员将义务与责任完全内化,并做到自愿遵守组织的制度与规范,因此各种组织都需要赏罚分明的控制机制,由此才能激励那些遵守规范的人和惩罚那些不遵守规范的人。^⑬控制是一个规制过程,在追求某些可欲的目标过程中,通过设置标准,使得行为变得可以预期。^⑭控制通过为行动设置严格标准进而消除自由裁量权的方式,来消除风险。我们也可以将控制扩展到整体性社会秩序形态上,如极权主义社会是一种全盘控制的社会,而民主社会则是一种低度控制的社会。^⑮

哈耶克(Friedrich August Hayek)关于理性有限的著名学说就认为,国家计划控制作为一种社会秩序模式,其有效性是建立在充分信息的基础上,但问题是大多数情况下我们并不能掌握充分的信息。这一点同样适用于医疗行业,由于信息与知识不对称,不论是患者,还是卫生行政部门与法院,实际上并不能通过准确适用过错责任制度对专业性的医疗过程进行精确的规范,以及对医疗中的风险进行有意识的评估与预防。这意味着医疗机构与医务人员实际上享有很大的自由裁量权,由此就会产生不可控制的风险。但在医疗行业,自由裁量权对于医生实施专业化的医疗决策是必不可少的,而风险作为一种医疗成本是产生救死扶伤收益的必要代价,通过法律控制过度遏制风险,也同样会遏制救死扶伤的机会。

^⑫ 庞德所称的“社会控制”,是一个包括任何能够实现社会秩序的制度与机制的概念,甚至本文的“信任”也是这样一种机制,参见[美]罗斯科·庞德:《通过法律的社会控制》,沈宗灵译,商务印书馆1984年版,第9页。但本文区分控制与信任。

^⑬ See Edward Gross and Amitai Etzioni, *Organizations in Society*, Englewood Cliffs, New Jersey: Prentice-Hall, Inc., 1985, p. 109.

^⑭ See T. K. Das & Bing-Sheng Teng, “Between Trust and Control: Developing Confidence in Partner Cooperation in Alliances”, *The Academy of Management Review*, Vol. 23, No. 3 (1998), pp. 491-512; Andrej Rus & Hajdeja Iglie, “Trust, Governance and Performance: Role of International and Interpersonal Trust in SME Development”, *International Sociology*, Vol. 20, No. 3 (2005), pp. 371-391.

^⑮ 参见[波兰]彼得·什托姆普卡:《信任:一种社会学理论》,程胜利译,中华书局2005年版,第197-198页。

但同时也应该看到, 风险同时所具有的介于现实性与非现实性、事实与规范、主观与客观之间的双重性特征, 意味着控制并不是降低风险的唯一方式。^⑩ 控制作为一种行动模式, 其意义主要在于降低客观风险, 但是对于无法完全消除客观风险的医疗行业, 就只能降低主观风险。风险除了源自客观危险外, 也来自知识与规范, 因此也可以在知识与规范中被放大与缩小。^⑪ 对于医疗行业中能够带来巨大社会收益的风险, 如何在人们的主观认知中去缩小它, 就具有重要的现实意义。现在的问题不是如何完全消除医疗风险, 而是让人们增加对医疗风险的心理承受力。这就是信任的功能。

信任与控制之间存在着一种有趣的辩证关系。莫勒林 (Guido Mollering) 认为, 信任与控制是一种不可分的二元现象 (duality), 两者既假设对方的存在, 也指涉与造就了对方, 但是两者不可彼此化约。^⑫ 控制可以说是不信任的制度化, 通过设定不信任向信任转化的界限, 建立起信任的安全, 只要不越过界限, 就可以假定是可信的。控制与信任都可以成为降低医疗风险的复杂性简化方式, 两者之间还存在一定的功能替代关系。当由于信息匮乏而无法进行控制时, 信任就是一种降低风险的替代方式, 反之也能成立。信任是根据有限的低成本信息对未来的可靠性进行的潜在性推断, 是对不确定未来的泛化的正面期待。与控制不同, 信任是一种潜意识地降低风险的行动模式。控制通过掌握充分信息来精确安排行动以消除不确定性, 侧重于降低客观风险; 而信任则通过有限信息进行潜在的推断, 侧重于降低主观风险。

信任作为一种特殊的社会现实与社会建构, 是认知与情感的复合体。^⑬ 卢曼 (Niklas Luhmann) 认为, 在信任关系中, “复杂性不仅被外在结构与过程简化, 也被内在结构过程简化”, “系统用内在的确定代替外在的确定性, 因而提升他对外部关系中不确定性的耐受性。”^⑭ 对于生活中风险的无处不在与难以避免, 信任 “并不在于安全的增加及不安全相应的减少; 相反, 它在于以安全为代价的可承受的不安全的增加。”^⑮ 既然无法通过控制方式减少外在的风险, 就只能增加对外在风险的内在承受力, 而信任的功能就保证了这一点。一方面, 信任要求适当降低外在的客观风险; 另一方面, 信任加强了对于客观风险的内在心理承受力。在人际交往当中, 我们信任的是家人、朋友、同学或者其他带有特定特征或符号的个体, 而不是任何人, 因此信任带有认知成分, 是有选择性的。同时, 信任也超越了有限的认知, 将交往扩展到不熟悉的领域, 在陌生的环境条件下, 仍然更相信那些未必就一定适合新领域的个体。例如, 在家族企业内部, 家族成员更易得到信任, 即便其并不具备必要的经营能力。^⑯ 在这一例子中, 血缘构成了信任推断的基础, 即便其未必可靠。又如, 欧洲历史上一个少数教派瓦勒教派所建立的信任网络, 即便在基督教会残酷打压下, 也能够将重大而长期的集体性事业置于其他成员的失信、失误或失败的风险之中。^⑰ 教派也是一种可信性符号,

^⑩ 参见 [德] 乌尔里希·贝克:《风险社会》, 何博闻译, 译林出版社 2003 年版, 第 26-35 页。

^⑪ 参见注⑩, 第 90 页。

^⑫ See Guido Mollering, “The Trust/Control Duality”, *International Sociology*, Vol. 20, No. 3 (2005), pp. 283-305.

^⑬ See J. David Lewis & Andrew Weigert, “Trust as a Social Reality”, *Social Forces*, Vol. 63, No. 4 (1985), pp. 967-985; Iran Frowe, “Professional Trust”, *British Journal of Educational Studies*, Vol. 53, No. 1 (2005), pp. 34-53.

^⑭ [德] 尼克拉斯·卢曼:《信任》, 翟铁鹏、李强译, 上海人民出版社 2005 年版, 第 35、103 页。

^⑮ 同注⑭, 第 104 页。

^⑯ 参见 [美] 弗兰西斯·福山:《信任: 社会美德与创造经济繁荣》, 彭志华译, 海南出版社 2001 年版, 第 61-148 页。

^⑰ 参见 [美] 查尔斯·蒂利:《信任与统治》, 胡位钧译, 上海人民出版社 2010 年版, 第 5 页。

即便其潜含有巨大风险。

统一、有效的法律控制，也可以构成信任的重要信息基础，人们可以超越这个信息基础，将合作关系扩展到法律实际保护范围之外。信任可以源于法律控制，但同时又超越法律控制，两者并不能等同。信任始终潜藏风险。法律是一套不以具体情境为转移的普遍化标志，其之所以必要，恰恰是因为人们看不到标志背后的未来。^⑳ 标志只是代表未来，但不等同于未来。因此，法律作为不可知未来的标志，就一定会潜藏风险。

在这些信任关系中，可以看到，信任虽然具有一定的认知基础，但其对信息的要求明显比较低，从而降低了行为人的信息负担，避免了对复杂风险的具体计算。信任既具有认知与理性的成分，也具有盲目与情感的因素，但信任既不能化约为纯粹的理性计算，也不能化约为盲目性的情感，信任是知与无知、理性与非理性有条件的内在结合。如果妻子信任丈夫，那不是因为能够掌握丈夫的一切行踪，而是相知相爱基础上的泛化期待。这种信任虽然含有经验考虑，但这种经验考虑是潜在的，因为当妻子要求丈夫报告行踪、解释晚归的时候，大多数情况下就已成为不信任的标志了。信任是一种“谨慎的不介意”，^㉑ 能够超越有限的信息认知，使人们对外在的风险保持“必要的沉默”，^㉒ 而不会陷入对他人的过分忧虑当中，影响与他人的有益合作。

由于医患之间所存在的难以避免的信息与知识不对称，以及难以外在化的风险，在很多情况下，控制的成本是高昂的，而信任能够以较低的信息成本以及特殊的道德情感特质，更好地降低患者的心理负担与风险意识，建立对医疗行为的正面期待，从而有效预防医疗纠纷。

（二）信任的特征及其对医患合作的必要性

信任是预防医患纠纷的有效方式，能够让人们对不可避免的医疗风险持默认态度。这不仅能够减少不必要的医患纠纷，也能赋予医疗机构与医务人员以的更大自由裁量权，从而更加自主、专业地实施医疗行为。信任更大的意义不在于消除风险，而是在风险未必实际降低的情况下增加人们对风险的心理承受力。这恰恰是既存在巨大风险又能产生巨大社会效益的医疗行业所需要的。信任对于医患关系的意义，源于其本身的独特运作特征。

首先，信任介于知与无知之间。西美尔（Georg Simmel）认为，信任是关于他人未来行为的假设，介于知与无知之间。^㉓ 如果对他人完全知根知底，那么就可以掌握他人未来的一切，这时信任冒险就是不必要的；同样，如果对他人是完全的无知，那么就无所谓信任还是不信任。信任作为一种行动类型，就介于这种完全的知与无知之间，并根据知来推断无知。就医患关系来说，患者对于医疗行为的认知水平，正是处于可观察的外在服务态度与不可观察的内在专业合理性之间。因此，医务人员的服务态度如何，就在相当大程度上决定了患者对医疗决策合理性的判断，而患者对医疗决策也只能是有风险的信任或者不信任，而不是全面而又详细的控制。如果医疗机构服务态度冷

^⑳ 参见〔德〕卢曼：《社会的法律》，郑伊倩译，人民出版社2009年版，第65-66页。

^㉑ 同注^⑳，第29页。

^㉒ 〔英〕安东尼·吉登斯：《超越左与右：激进政治的未来》，李惠斌、杨雪冬译，社会科学文献出版社2000年版，第120页。

^㉓ 参见〔德〕盖奥尔格·西美尔：《社会学：关于社会化形式的研究》，林荣远译，华夏出版社2002年版，第251页。

漠、恶劣，从而导致不信任，即便医疗决策本身在专业上并无不当之处，也难以获得患者的理解与认同。医患之间的自愿合作关系，只能依靠信任来维持。

其次，信任是一种冒险。“信任决不只是来自过去的推断，它超越它所收到的信息，冒险地去界定未来。”^⑳ 信任是一种信息透支，尽管信任并非完全没有信息基础，但却超越有限的信息基础去冒险地推断未来。卢曼认为，“信任建立在幻觉之上”，因为“可利用的信息少于保证成功的信息”。^㉑ 由于认知的限度，付出信任的人会赋予他人以必要的自由裁量权，从而也不得不将自己的脆弱之处暴露给他人。^㉒ 而且其中的风险是不可化约的。患者如果信任医疗机构与医务人员，则更是如此。由于缺乏医疗专业知识，患者实际上将自己托付给他们并不能完全理解的医疗决策，在这当中就不可避免地引入了风险。^㉓ 而且，相比于其他人际交往关系，患者对于医生来说更加脆弱：不懂得医疗知识，身体受创，以及医疗过程所可能产生的痛苦、永久性残疾，甚至死亡。而且，医疗风险是大多数人都难以拒绝的，谁都不能保证自己不生病，生病之后就要就医，就医就会发生信任与不信任问题，风险问题就随之而来。

再次，信任中的风险计算是潜在的，其表现为无须理性计算的盲目性与泛化的情感性。信任无法被故意选择或被强求，^㉔ “信任是命令不来的，它源自我们内心深处。”^㉕ 在信任关系中，任何对于是否要信任还是不信任的公开考虑，都会破坏信任，^㉖ 因为任何对于风险收益的公开考虑都会破坏信任计算的潜在性。当信任的相关事务被议题化时，就已经说明信任不存在了。^㉗ 因此，患者对医疗行为合理性提出的任何异议，本身都已经表明信任不复存在。带有某种程度盲目性与情感性的信任，能够让患者对不可观察的医疗过程与不可理解的医疗决策保持“必要的沉默”，不会陷入对医疗决策可靠性的过分忧虑当中，从而拒绝某些虽然有风险但也同样可能救死扶伤的医疗行为。信任是一种默契，能够让患者尊重自己未必完全理解的医疗决策，减少患者的心理负担。

信任的这些特征非常契合于医患关系的风险性。信任“暂时中止了对于不可化约的社会脆弱性与不确定的考虑，似乎它们已经得到积极的解决，因此对于或多或少的特殊他人的行为与动机维持一种积极的态度。”^㉘ 在既无法完全消除客观风险又有必要进行合作的医患关系中，只有信任才能有效维持医患之间相互尊重的和谐关系。信任的好处在于：一方面，信任计算的谨慎性，可以避免行动的毫无根据进而引起社会化与正当化的压力。对于医患关系来说，信任可以通过也许不相关的外在信息，如耐心、尊重、理解、关心的人性化服务态度，使专业性的医疗决策获得正当化。另一方面，信任推断的潜在性，可以避免有意识计算的费神与费力。信任是一种对待经验的泛化态度，信任将期待从原有的经验延伸到未来的其他“类似”经验上，放弃了对未来行动信息的仔细考察与对

⑳ 同注①，第26页。

㉑ 同注①，第41页。

⑳ See Guido Mollering, *Trust: Reason, Routine, Reflexivity*, Amsterdam: Elsevier, 2006, p. 8; Russell Hardin, *Trust and Trustworthiness*, New York: Russell Sage Foundation, 2002, pp. 11-12.

㉑ See Elizabeth J. Pask, "Trust: An Essential Component of Nursing Practice-implications for Nurse Education", *Nurse Education Today*, Vol. 15, No. 3 (1995), p. 190.

㉒ See Doran Smolkin, "Puzzles about Trust", *The Southern Journal of Philosophy*, Vol. 46, No. 3 (2008), pp. 431-449.

㉓ [法] 阿兰·佩雷菲特:《信任社会——论发展之缘起》，邱海婴译，商务印书馆2005年版，第551页。

㉔ 参见注①，第47页。

㉕ See Olli Lagerspetz, *Trust: The Tacit Demand*, Netherlands: Kluwer Academic Publishers, 1998, pp. 22-23.

㉖ Guido Mollering, *Trust: Reason, Routine, Reflexivity*, Amsterdam: Elsevier, 2006, p. 111.

未来不确定性的深层次考虑。^{②⑦}

信任可以将患者对医生充满人性关怀的服务态度的认可，延伸至不可观察的医疗过程与他们难以理解的医疗决策上，从而减少他们的心理焦虑与认知负担，使医患之间敞开心胸，坦诚交流信息，建立安全感，实现相互理解与合作。^{②⑧} 无论是从社会层面还是心理层面上，信任都方便了人们的选择。通过信任，人们能够期待医疗机构即便拥有不可控制的自由裁量权也能够尽职尽责，即使发生医疗事故，也会被理解为意外，而不是过失。这种有条件的包容态度，不仅能够使医患之间保持善意的相互理解与合作，减少不必要的医患纠纷，还可以降低医疗机构和医务人员的心理压力，更加自主地实施合理的诊疗，节约医疗成本，实施医疗创新。

三、医患之间的沟通与信任建构

医疗系统是一个匿名化的抽象系统，虽然大多数人对其复杂的运作存在高度的无知，但任何人都会有生老病死，而不得不与医疗系统打交道。如果客观上的医疗风险无法通过理性控制的方式被降低，那么我们就只能依赖于信任去降低主观上的医疗风险。无论医疗是卖方市场还是买方市场，患者与医疗机构都会对信任产生需求。

（一）患者对信任的谋求：送红包

中国医疗行业长期以来存在的一个普遍现象是送红包。^{②⑨} 送红包在中国有其特殊的社会背景：医院大多为公立，医生的收入不以患者对其服务的购买数量与满意度为准，这是一种医疗卖方市场。因此，医生是不必谋求患者信任的。但对于医疗这种难以控制而又高风险的行业，患者则对信任有着迫切的需求，特别是在像手术这种高风险的医疗行为当中，送红包就是患者谋取信任的一种手段。

送红包反映了难以被患者或其家属所有效控制的医疗风险。患者无法保证医生在对其进行手术的过程中能够尽到最大谨慎程度，也无法控制手术失败后所产生的致伤致残风险。不论是事前的医疗协议，还是事后的法律赔偿，对此都无能为力。因此，患者或其家属就只能通过信任来实现自己的安全期待，而送红包就是这样一种方式。如果医生收了红包，患者就会对医生形成信心，因为收红包是一个信息成本较低的重要外在符号，患者及其家属能够通过这个低成本的信息符号，来潜在地假定在不可控制的医疗过程中医生能够尽职尽责，从而获得内在安全感。而对于医生来说，收了红包之后，也会产生做好手术的某种程度的压力，以及没有做好手术后当事人可能闹事的期待。这在某种程度上也实际降低了医疗风险。送红包现象特别见之于重大手术前。手

^{②⑦} 参见注②①，第34页。

^{②⑧} Supra note ②①, pp. 190-192.

^{②⑨} 学者大多从医疗行业本身问题的角度来批判此类现象，将其归之于垄断、监管不严、医务人员素质低下、收入低等原因。参见汤薇：《医疗红包现象的综合治理》，《现代医院》2009年第4期，第116页；王居华、蒯世安：《对医疗红包的思考》，《卫生经济研究》2008年第9期，第12-13页。

术越重大, 风险越高, 由此造成的损害也越难以弥补。而信任在此时也越发重要。送红包并被医生接受, 就成为医疗风险降低的重要标志, 尽管这在更多情况下是降低了主观风险, 而不是客观风险。

送红包当然是一种非法的贿赂行为, 但在一个医疗卖方市场, 医患之间可以说是各取所需, 即医生通过收红包来提高收入, 而患者通过送红包来谋取信任。在其他行业, 就很难发现这种现象。例如, 请人搬家时就无须送红包, 因为搬家过程中的财产损害可以为我们所观察、理解, 并得以控制。购买一台电视机, 也无须送红包, 因为电视机无法播放的风险, 可以通过退货或维修的方式予以消除。

但是, 送红包作为信任建立的方式, 存在诸多问题。首先, 送红包只能建立个别化的特殊信任, 而不是制度性的普遍信任。这种信任只能存在于送红包的医患之间。送红包还可能造成对医疗行业的整体性不信任, 使治疗失败的患者有理由怀疑未送红包是导致医生未能尽职尽责的重要原因。其次, 红包对于医疗行业来说是一种垄断利润, 让患者承担了额外的负担。这不仅对于送红包的患者来说是不公平的, 而且对于那些没送红包的患者来说也不公平。相比于前者, 后者也承担了更高的医疗风险; 对于后者来说, 医生做好手术的激励也更小。再次, 患者通过送红包的方式来降低医疗风险, 是低效率的做法, 医疗行业相比于患者能够以更低的成本降低医疗风险。医疗机构与医务人员对医疗风险更加了解, 对医疗过程也有着更专业的掌控, 由医疗机构与医务人员来谋取信任会是一种效率更高的做法。

(二) 医患信任的建构与医患沟通的道德情感品质

在一个医疗买方市场, 医疗机构与医务人员会积极谋求患者的信任。面对医患之间在信息与知识上的不对称, 必须将低成本的信息符号注入医患之间的认知鸿沟。这就涉及到信任建构的策略。为了让作为外行的病人能够与专业性的医疗系统进行合作, 并能够在发生纠纷后冷静处理, 医疗系统就必须在其“入口处”展示大量的低成本信息符号。这些外在的低成本信息符号, 构成了人们判断医疗行为内在合理性的重要判准。在吉登斯 (Anthony Giddens) 看来, 在作为“脱域化”机制的抽象系统入口处, 是当面承诺与非当面承诺的交汇处, 人们通过当面的可信态度, 如“法官庄重的审慎”、“医生严肃的职业道德”或“空中小姐固有的笑容”, 来推断非当面的系统可靠性。^④ 由于人们对医疗行业这种高度复杂的专业系统的无知, 信息成本更低的当面承诺甚至更重要。借用戈夫曼 (Erving Goffman) 的术语来说, 医疗工作必须严格区分前台与后台, 并装扮前台, 同时将后台隐蔽起来, 前台提供当面的保证, 通过当面的保证来推断后台不当面的保证, 如果人们对后台的医疗风险都知根知底的话, 那么人们不会对医疗工作深信不疑了。^⑤ 沟通就是当面承诺与装扮前台的最重要策略。不论是在一般性人际关系中, 还是在医患关系中, 沟通都是重要的建构信任的策略, 当人们面对无知时, 沟通能够提供最基本的判断信息。^⑥ 沟通能够通过加强相互信任, 来影响对他

^④ 参见 [英] 安东尼·吉登斯:《现代性后果》, 田禾译, 译林出版社 2000 年版, 第 74-75 页。

^⑤ 参见 [美] 欧文·戈夫曼:《日常生活中的自我呈现》, 冯钢译, 北京大学出版社 2008 年版, 第 19-25 页; 注^④, 第 75 页。

^⑥ See Teck-Hua Ho, “Trust Building Among Strangers”, *Management Science*, Vol. 51, No. 4 (2005), pp. 519-530.

人行为的解释。^{④③} 沟通可以通过对信息有选择的展示与保留，让患者建立对医疗机构与医务人员的良好形象，从而将正面的期待与判断延伸至深层次的医疗行为合理性上。

这里的沟通，并不仅仅限于专业医学方面，而是全面性的，包括生理、心理、社会与精神各个方面。^{④④} 非专业性的道德情感沟通，对于医患信任的建构可能更重要，因为患者更容易通过信息成本较低的非专业信息来推断专业医疗行为的可靠性。一般说来，医患之间的沟通包括以下内容：第一，工具性行为，如提供医疗方面的专业信息咨询、风险告知等；第二，社会情感性行为，如表示同情、关注、称赞，认真倾听，发表个人评论，自我介绍，积极鼓励，热心帮助，等等；第三，咨询的情感品质，如说话口气是否友好、亲切、耐心、诚实，是否微笑服务，是否表现出兴趣。^{④⑤} 特别是后两项沟通内容，虽然表面上看起来与医疗行为无关，但对于信息与知识匮乏的患者及其家属来说也极为重要。在信任逻辑支配下，这些沟通行为所传达的认真、负责、关心、同情、亲和等情感道德信息，成为患者及其家属判断医疗行为合理性的重要标准。即便对于第一项专业性的沟通行为，其道德情感意义也可能大于其认知意义。^{④⑥} 患者大多缺乏医疗专业知识，医生认真而又详细的专业询问与风险告知，会被病人当成一种负责任的职业道德态度，而不是更深层次的专业合理性。因为相比于内在的专业合理性，人们更容易判断外在的职业道德态度。这种职业道德态度，能够使医疗风险以一种易于接受的方式被患者所认可。

但沟通并不意味着一定要达成共识。^{④⑦} 通过沟通，很多时候发现的恰恰不是共识，而是差异。在沟通过程中，虽然向他人泄露了负面信息或者不同意见，但是负面信息或者不同点的展示，恰恰也同时向他人展示了自己的坦诚。这是一个重要的信任符号。这也就是吉登斯所谓的“积极信任”：“敢于用差异来作为发展积极情感沟通的手段”。^{④⑧} 医生在谋求信任的过程中，并不一定意味着仅是投患者所好，而否认风险。医生在展示医疗风险的同时，也能够展示自己的坦诚，而这恰恰能够使医疗风险客观化与正当化，能够在未来的医疗纠纷中使医生免受患者指责。

即便一个医生医疗技术过硬，如果对病人缺乏良好的沟通，并展示人性关怀的道德情感品质与负责任的职业道德态度，一旦发生负面的医疗效果，也有可能引起当事人的不信任与误解。本辛（J. M. Bensing）通过实证研究指出，医生的情感性行为，如眼神交流、表示关心等是决定患者满意度的最重要因素。^{④⑨} 昂格（L. M. L. Ong）等学者对癌症病人的多年经验研究也确实表明，医生如果没有良好的沟通，就可能导致病人的不确定感、焦虑、压抑、不服从，影响疾病问题的心理调整，

^{④③} See Elinor Ostrom, "Toward a Behavioral Theory, Linking Trust, Reciprocity and Reputation", in Elinor Ostrom & James Walker, eds., *Trust and Reciprocity: Interdisciplinary Lessons for Experimental Research*, New York: Russell Sage Foundation, 2002, pp. 33.

^{④④} Supra note ④③, p. 19.

^{④⑤} See L. M. L. Ong, J. C. J. M. De Haes, A. M. Hoos, and F. B. Lammes, "Doctor-Patient Communication: A Review of the Literature", *Social Science & Medicine*, Vol. 40, No. 7 (1995), pp. 903-918; L. M. L. Ong, M. R. M. Visser, F. B. Lammes, and J. C. J. M. De Haes, "Doctor-Patient Communication and Cancer Patients' Quality of Life and Satisfaction", *Patient Education and Counseling*, Vol. 41, No. 2 (2000), p. 147.

^{④⑥} See L. M. L. Ong, J. C. J. M. De Haes, A. M. Hoos, and F. B. Lammes, "Doctor-Patient Communication: A Review of the Literature", *Social Science & Medicine*, Vol. 40, No. 7 (1995), pp. 906-908.

^{④⑦} 例如哈贝马斯关于正确性、真实性、真诚性的沟通有效性要求，其目的仍然在于达成共识，参见[德]尤尔根·哈贝马斯：《交往行为理论》（第一卷），曹卫东译，上海人民出版社2004年版，第292-293页。

^{④⑧} 同注④⑦，第131页。

^{④⑨} See J. M. Bensing, "Doctor-patient Communication and the Quality of Care", *Social Science & Medicine*, Vol. 32, No. 11 (1991), p. 1301.

而如果医生在沟通过程中表现出同意、理解、同情、解释、谨慎、对认可的谋求，则会使病人感受到人性的关怀与尊重，他们对医疗工作也因此会更加满意与认同。⁵⁰ 医疗机构与医务人员在医疗工作中应有一种耐心的态度，要积极回应患者的疑问，要理解患者脆弱的情感，要表达出同情与真挚，而不是让他们感到医院对缺少关心或在回避他们。

总的说来，通过培养医生的人际沟通技巧，提升其人际沟通水平，医疗机构就能够在相当大程度上建立医患之间的信任，从而让病人乐观地接受自己的脆弱处境，并坚信医生会关心病人的福利。⁵¹ 沟通过程所释放出来的道德情感信息，能够让在医疗知识上一无所知的病人对医疗机构与医务人员做出正面性的潜在假设，在坚信他们更负责的同时，也认为自己得到了人格上的尊重。如此一来，不仅患者对医疗服务会有更高的满意度，更愿意积极配合医疗救治，而且也可以有效降低医患之间的紧张关系，让医生更加心无旁骛地进行医疗工作。

从另一个方面来看，医疗纠纷的发生，很多情况下都是缺乏良好沟通的结果。由于患者在医疗信息与知识上的欠缺，他们并不一定能准确认定是否存在医疗过错。但如果没有沟通所提供的信息，特别是道德情感信息，来填补医患之间的信息鸿沟，那么，当患者对医疗效果不满意或者发生某种意外病症时，就容易对医疗机构与医务人员产生误解。这时如果没有正面的可信符号来填充信息差异，那么微不足道且也许未必正确的信息，都能左右患者对医疗行为合理性的判断。很多医疗纠纷就是如此。麦尔（Hesham F. Marei）等学者的研究认为，很多医患纠纷案件，都是由于缺乏沟通所导致的误解，而不是由于医疗过错。⁵² 希克森（G. B. Hickson）等学者通过研究也指出，很多医生都是由于一些负面的沟通行为，例如缺乏同情心、忽视患者或者其家庭所关心之事，非常不足的信息传达，不愿意耐心倾听与开诚布公，而更有可能被患者或其家属起诉。⁵³ 我国台湾地区有学者通过对患者访谈的研究也指出，医院在发生医疗事故后的处理态度是一个重要的信号，它在相当大程度上决定了病人是否做出起诉的决定。很多患者之所以提起医疗诉讼，主要并不是为了金钱补偿，而是因为医生工作态度傲慢，没有表示出真挚，病人感受到了漠视与鄙视，或者医疗机构拒绝、拖延沟通从而让病人感到他们在故意隐藏不利信息，在推卸责任。⁵⁴ 如果病人及其家属在此过程中感受到了漠视与鄙视，那么一旦出现不利的医疗后果，即使医生已经尽到了最大努力，或者不利医疗后果是当前医疗技术水平所难以避免的，病人也可能爆发出激烈的愤怒，并归责于医疗机构与医务人员，进而引发不必要的诉讼。这里的诉讼成本就是一种不必要的司法资源浪费，因为医疗机构本可以通过改善服务态度这种成本更低的方法，去避免成本更昂贵的诉讼。

以上所述也可以表明，当信息与知识匮乏的病人面对复杂的医疗系统时，主要采取的是一种道

⁵⁰ See L. M. L. Ong, M. R. M. Visser, F. B. Lammes, and J. C. J. M. De Haes, "Doctor-Patient Communication and Cancer Patients' Quality of Life and Satisfaction", *Patient Education and Counseling*, Vol. 41, No. 2 (2000), p. 146.

⁵¹ See Suse Maria Bachinger, Annemarie M. Kolk, and Ellen M. A. Smets, "Patients' Trust in Their Physician-Psychometric Properties of the Dutch Version of the 'Wake Forest Physician Trust Scale'", *Patient Education and Counseling*, Vol. 76, No. 1 (2009), pp. 126 - 131.

⁵² See Hesham F. Marei, "Medical Litigation in Oral Surgery Practice: Lessons Learned from 20 Lawsuits", *Journal of Forensic and Legal Medicine*, Vol. 20, No. 4 (2013), pp. 223 - 225.

⁵³ See G. B. Hickson, E. W. Clayton, S. S. Entman, C. S. Miller, P. B. Githens, K. Whetten-Goldstein, et al., "Obstetricians Prior Malpractice Experience and Patients' Satisfaction", *Journal of the American Medical Association*, Vol. 272, No. 10 (1994), pp. 1853 - 1857.

⁵⁴ *Supra* note ④.

德的态度。道德在现代社会提供了这样一种可能：对无知进行沟通。^⑤ 道德能够成为无知的替代品，当人们缺乏充分信息与知识时，他们就会进行道德判断。^⑥ 当病人无法从专业性角度判断医疗行为时，就只能从负责、真挚、坦诚、同情、尊重等道德品质角度去判断医疗行为，而医疗机构也只能主要通过这些道德态度去赢得病人的信任。医患之间的相互信任与合作，主要就是通过道德连接起来的。因此，为了建构医患之间的信任，医疗机构除了提升自己的医疗技术外，也必须通过沟通展示自己可信的道德品质。

四、中国医患关系中的信任危机与政府支持下的非价格竞争

（一）中国医患关系中的信任危机与沟通问题

近年来中国发生过多起严重的“医闹”事件，这些事件不仅反映出我国法律在解决医疗纠纷方面的无能，而且很多纠纷还发展成暴力事件，如北京、哈尔滨、天津、合肥等地都曾发生过患者或其家属暴力砍伤医生的恶性事件。而据调查，在哈尔滨发生医生被患者砍伤事件之后，大多数网民居然对这次流血事件表示高兴。^⑦ 这样一种普遍性的态度，反映了人们对医疗机构与医务人员的极端不信任，这种不信任也是造成极端暴力事件的重要背景。其中的原因值得我们深思。本文就从信任的角度来阐明这一点。

根据前述信任理论，中国医患关系紧张的最根本原因，就在于缺乏有效沟通而导致的不信任。可以毫不夸张地说，这一点构成了中国绝大多数医患纠纷的根源。这也得到了众多医疗实务工作者研究的证实。^⑧ 几乎任何一个去过公立医院的人，都会对医务人员的冷漠、匆忙、缺乏耐心留有深刻印象，当我们谦卑地向他们征求医疗意见、询问如何填表格、问路或寻求其他帮助时，医生可能显得不耐烦，爱理不理；而当发生纠纷后，也缺乏及时性、人性化的协商机制，医生与患者发生争议后，往往不是以道歉为先并善意解释，而是据“理”力争，甚至冷漠以待，但由于医疗专业知识并不足以构成医患之间有效沟通的媒介，这必然难以获得患者及其家属的理解，并可能演变为激烈争吵，甚至暴力冲突。决定医患纠纷的主要不是医疗本身的技术问题，而是道德问题。医患沟通中的负面道德态度，就成为人们判断医疗行为专业合理性的重要标准。即便医生已经尽职尽责，但大

^⑤ 参见 [德] 尼克拉斯·鲁曼：《对现代的观察》，鲁贵显译，台湾远流文化事业有限公司 2005 年版，第 180 页。

^⑥ See David M. Messick & Kramer, "Trust as a Form of Shallow Morality", in Karen S. Cook, ed., *Trust in Society*, New York: Russell Sage Foundation, 2001, p. 103. 这种现象其实也存在于其他社会领域，例如在政治领域，政客性格的展示（如勇敢或怯懦、诚实或狡诈），比政策的优劣更重要，因为相比于根本性的政治问题，这些道德符号特征能够以人们更为感兴趣的方式被传达。参见 [英] 泽格蒙特·鲍曼：《自由》，杨光、蒋焕新译，吉林人民出版社 2005 年版，第 103-104 页。又如在法律领域，当法无明文规定或法律解释不确定的时候，法官也需要进行价值判断，例如根据自我假设的公共利益或者个人的价值取向进行断案。这一点对于法学界来说已经很熟悉了。

^⑦ 参见中央电视台：《哈尔滨医生被患者砍死，六成投票网民称“高兴”》，载腾讯网 <http://news.qq.com/a/20120326/001573.htm>，2012 年 12 月 3 日访问。

^⑧ 医务人员的相关实证研究，参见谢丽云：《医患纠纷形成的原因及其应对办法》，《中医药管理杂志》，2012 年第 2 期，第 175 页；周榕：《从案例看医患纠纷的成因及对策》，《中国医院》2011 年第 2 期，第 70 页；缪秀多：《医患纠纷的调查分析与对策》，《内蒙古大学学报》2012 年第 3 期，第 59 页。

多数患者由于在信息与知识上的匮乏而并不能获知这一点。而一旦出现难以令人满意的医疗后果,道德上的不满就会延伸至对医疗行为合理性的质疑,进而易演化为暴力冲突。医生的负面道德态度,不仅让我们感到他们缺乏责任感,而且也让我们感受到自己的人格未得到应有尊重。医生在不尊重患者人格的同时,也会激起患者对医生人格的不尊重。卢曼认为,道德沟通在谋求对人的尊重的同时,也会迫使人们藐视那些道德上不值得尊重的人,而且这种尊重与藐视关涉到个人的整体,这就往往容易激化矛盾。^⑤ 医患之间往往只能对道德元素进行有效沟通,如果医生在道德上不值得尊重,那么他的所有行为都会得不到尊重。医生服务态度恶劣会引发患者对医生人格的整体性藐视,进而将这种负面的道德判断延伸至医疗行为的专业不合理性上。道德沟通的整体指涉性,在此过程中放大了矛盾,激化了冲突。

面对日渐恶化的医患关系,卫生部、司法部曾发布通知,要求设立专业性的医疗纠纷调解委员会,加强以调解方式解决医患纠纷。^⑥ 很多省市开始强调人民调解委员会在解决医患纠纷中的作用。^⑦ 这种调解机制在正式化程度上和司法诉讼与仲裁相去甚远,但正由于此,调解人员能够不拘形式,以一种耐心平静的道德情感态度来处理专业化的医疗纠纷,很多情况下确实能够使当事人的愤怒情绪销于无形。这种由人民调解委员会主持的非正式调解,近年来已经颇具成效,^⑧ 其实质就是通过加强沟通来消除患者及其家属的怨气,使纠纷能够得到理性、和平的处理。

尽管如此,各省市的医患纠纷调解都是一种第三方调解,也即通过设立中立性的第三方,以类似于法院调解的结构运作模式,来处理已发的医患纠纷。这种第三方调解仍然偏重于对医患纠纷的事后解决,而不是事先预防。政府对人民调解的强调,可以说是法律系统对中国特殊的医患纠纷的生存性适应,但这种适应只能解决部分问题,而不能完全解决潜伏在医患关系中既有的各种不信任、不合作与抵触,调解机制不仅被动,而且费时、费力,^⑨ 往往是在患者对医疗服务的信心已丧失殆尽之后,才得以开始启动。另外,第三方调解者一般是医学或法律方面的专业人士,但缺乏社会心理方面的沟通技巧以及改善这种技巧的激励。^⑩ 因此,第三方调解更多情况下只是转移与缓和了问题,并没有从根本上解决问题,医患信任也没有因此得到根本性的改善。

除了非正式化的调解外,正式化的法律运作对于形塑医患信任也具有一定的意义。而当下中国的医患信任危机,也是普遍性社会信任危机的一部分,在一定程度上都渊源于法治的缺失。法律通过保障预期与制裁机制,从总体上限制了交往风险,^⑪ 从而使得各种形式的信任(也包括医患信

^⑤ 参见 Georg Kneer、Armin Nassehi:《卢曼社会系统理论导引》,鲁贵显译,台湾远流图书公司1998年版,第240-241页。

^⑥ 如司法部、卫生部、中国保险监督管理委员会在2010年联合发布的《关于加强医疗纠纷人民调解工作的意见》。

^⑦ 很多省市都出台了通过调解来解决医患纠纷的政令或规章,例如《天津市医疗纠纷处置办法》、《厦门市人民政府办公厅关于印发厦门市医疗纠纷处置暂行办法的通知》、《深圳市医疗纠纷处理暂行办法》、《亳州市人民政府办公室关于印发亳州市医患纠纷预防处置办法的通知》等等。

^⑧ 参见余嘉熙、肖树臣:《河南“第三方调解机制”治医患纠纷》,载《工人日报》,2010年8月6日,第4版;李燕:《第三方调解医患纠纷七成成功》,载《东方早报》,2012年10月28日,第4版;冯立中:《马鞍山:医患纠纷第三方调解机制见成效》,载《健康报》,2012年2月6日,第3版。

^⑨ 参见刘子焯:《化解医患纠纷应以预防为主》,载《联合时报》,2013年2月29日,第2版。

^⑩ 参见王劲松:《医疗纠纷鉴定复杂,第三方调解能否终结医患纠纷》,载云南网 http://society.yunnan.cn/html/2012-01/20/content_2010112_2.htm,2013年4月26日访问。

^⑪ 参见注⑩,第46页。

任)得以产生。在更广泛的社会层面上,很多学者的研究也确实表明,法治国家民众的普遍信任度要比非法治国家更高,⁶⁶法律的规范化运作作为一种正式的合作方式,能够为人们的进一步交往提供信心,从而带来非正式合作的繁荣。⁶⁷更高的普遍信任度与更广泛的非正式合作,也会扩展至医患关系当中。在医患关系中,对不当医疗行为的法律制裁,可以为人们提供一定的信心保证,而法律标准通过明确信任与不信任之间的界限,在某种程度上也使得信任更易于被辨识与建立。

但法律机制的局限性也显而易见。由于前述的各种功能局限性,法律并不能完全准确地界定过错与意外并得到人们的正确理解,从而也就不能完全准确地界定并让人们有效地接受什么时候应该信任或不信任。即便就事后解决而言,我国的法律机制也存在很多的问题。司法权威是一种无须追问的复杂性。⁶⁸如果司法权威真正有效的話,司法权威也可以吸收医患纠纷中的部分复杂性,但我国的司法显然还不具备这样的能力。医患纠纷在国外都有漫长的诉讼期限,如日本医疗诉讼的平均期限是3年,⁶⁹美国医疗诉讼的平均期限是3.5年。⁷⁰为什么这些国家没有发生过激的医患纠纷呢?原因很简单:法院的权威值得信赖,因此也值得等待。但即便司法值得信任,其仍然是解决医患纠纷的一种低效机制。

因此,缺乏有效沟通虽然是造成医患纠纷甚至暴力冲突的最直接原因,但这个问题却无法完全通过法律来解决。特别是对建构医患信任非常重要的道德情感沟通来说,不仅法律难以在医患纠纷发生之前对何为有效的沟通划定准确标准,并强制医务人员遵守,法院也同样难以在医患纠纷发生后确立有效的过错标准,作为正确医疗服务态度的未来准确参照。医疗纠纷在法律框架下很难进行事先预防,而事后解决也是低效的。由于信任计算的潜在性,一旦法律介入医患纠纷,就已经说明信任不复存在,医患纠纷的法律解决往往只能成为一种“沉淀成本”,而这种成本并不能完全通过预防未来可能出现纠纷的社会收益来进行弥补。当然,我国的医患纠纷容易过激,也可能和公民低下的抗风险能力有关,不健全的医疗保障体制使公民生不起病,因病致贫,一旦主要家庭成员因为可能的医疗过错而丧失劳动能力或者死亡,其他家庭成员就会抓住一切救命稻草,即便是无理纠缠,对于当事人来说也是值得的,而医疗机构就会首当其冲,成为最直接的被追索对象。

(二) 政府支持下的市场模拟与非价格竞争

由于信任推断的潜在性,法律无法强迫医患之间形成信任;由于监管成本的高昂,法律也很难强制达成充满人性关怀的医患沟通。正如无法通过法律来改变政府的官僚主义习性,而只能主要依赖于政治竞争,也正如无法通过法律来改善商场小姐的服务态度,而只能主要依赖于市场竞争,促使医疗结构与医务人员能够实施有效沟通、形成信任的只能是竞争。

⁶⁶ See Lanlan Wang & Peter Gordon, “Trust and Institutions: A Multilevel Analysis”, *The Journal of Socio-Economics*, Vol. 40, No. 5 (2011), pp. 583 – 593.

⁶⁷ See Jack Knight, “Social Norms and the Rule of Law: Fostering Trust in a Socially Diverse Society”, in Karen S. Cook, ed., *Trust in Society*, New York: Russell Sage Foundation, 2001, pp. 354 – 371; Karen S. Cook, Russell Hardin, and Margaret Levi, *Cooperation Without Trust?* New York: Russell Sage Foundation, 2005, p. 84.

⁶⁸ 参见 [德] 尼克拉斯·卢曼:《权力》, 瞿铁鹏译, 上海世纪出版集团 2005 年版, 第 82 页。

⁶⁹ See Shoichi Maeda, Noriko Sakamoto, and Koichi Nobutomo, “The Problems of Medical Malpractice Litigation in Japan: The Significant Factors Responsible for the Tendency of Patients to Avoid Litigation”, *Legal Medicine*, Vol. 3, No. 1 (2011), p. 58.

⁷⁰ *Supra* note ⑨, p. 937.

但这种竞争只能是非价格竞争。一方面, 医疗行业需要竞争, 竞争能够让医疗机构以病人的认知水平为导向进行自我监督, 这就避免了信息不对称难题与高昂的监管成本。只有竞争才能激励医疗行业加强沟通, 改善服务态度, 形成医患信任。另一方面, 这种竞争只能是着重于服务质量的非价格竞争。价格竞争会使医疗机构对高风险的医疗行为收取高额的医疗费, 这将使得很多低收入者生不起病或中等收入者因病致贫。医疗行业的非价格竞争, 既不能通过完全的市场化来实现, 也不能通过完全的政府主导得以实现。完全的市场化会抬升医疗服务价格而降低患者的购买能力, 完全的政府主导会弱化公众选择权进而导致行政垄断。借鉴弗里德曼 (Milton Friedman) 曾提倡的教育凭证制度,^① 可以在政府支持下建立一种市场模拟体制, 即通过财政资助强化的公众选择权来促进非价格竞争。

医疗行业很难通过市场化的方式来满足市场需求。如果仅仅依赖于市场, 那么医疗将会是一项高投资、高风险、高收费的行业。为了进入医疗行业, 学生要经过五年 (高于普通本科的四年学习期限) 的学习, 毕业之后还要通过严格的执业资格考试。而为了办一家医院, 还必须购买昂贵的设备。由于医疗行业的特殊性, 经常性的值班会给医疗行业施加额外的时间成本。医疗行业固有的风险, 会增加医患之间发生冲突的几率以及随之而来的纠纷解决成本。而且, 由于过错责任中的严格责任因素, 法律制度往往对医疗机构与医务人员施加了过度威慑, 这也给医疗行业增加了不合理的医疗成本。因此, 投资医疗行业的机会成本会大大高于其他行业。而只有高收费才能激发从业人员去从事高投资、高风险的医疗行业。如果对医疗行业市场化, 在即便存在价格竞争的情况下, 也会导致价格高昂的医疗服务。因此, 我国的私立医院收费, 就普遍比公立医院高很多。^② 虽然能够通过医疗竞争来提高医疗服务质量, 但价格的高涨将会使大多数人买不起医疗服务。而且患者很难拒绝这种高收费的服务。对于患者来说, 医疗服务是非他们所愿的硬需求。如果一个社会生存环境没有发生类似于瘟疫、核泄漏的环境剧变, 一般说来, 社会的总体患病率是稳定的。人们可以不住高档宾馆、不在高档饭店就餐, 但无法做到从不生病。

完全的市场化, 还有可能导致医疗服务质量下滑。市场化意味着医院可以以盈利为目标, 即便在西方国家, 私立医院以盈利为目的也会导致服务供给吝啬、缺少人性关怀等服务质量问题。^③ 虽然任何一种医疗体制都会允许盈利性私立医院的存在, 但西方国家的大部分医疗服务, 主要是由公立医院或接受政府或慈善组织等外在资助的私立医院供给的, 这些医院都不以盈利为经营目的。^④ 中国私立医院目前的困境, 也显示出由于缺乏政府支持, 市场竞争并不能刺激私立医院的投资与发展。^⑤

^① 参见 [美] 米尔顿·弗里德曼:《资本主义与自由》, 张瑞玉译, 商务印书馆 2004 年版, 第 97-100 页。

^② 参见胡雪良:《民营医院靠什么立足》, 载《市场报》, 2004 年 5 月 14 日, 第 13 版; 顾定海:《不要把民营医院弄成高价医院》, 载《联合时报》, 2010 年 9 月 21 日, 第 B01 版。

^③ 这可见之于对美国盈利性与非盈利性私立医院的比较, 参见张琳:《美国医疗系统的中流砥柱: 非营利性私立医院》, 《医学与哲学》2005 年第 2 期, 第 52-54 页。

^④ 可参见对欧美国家医疗机构所有制及盈利性情况的研究, 例如白重恩、汪德华、张琼:《发达市场经济国家医疗体制改革经验》, 吴敬琏主编:《比较》第 32 辑, 中信出版社 2007 年版, 第 133-146 页; 李妍嫣、袁祥飞:《主要发达国家医疗卫生体制模式比较及启示》, 《价格理论与实践》2009 年第 5 期, 第 44-45 页。即便是美国这样非常崇尚私有经济的国家, 同样会发现在其医疗体制当中, 非盈利性私立医院也占据主要地位, 参见注③, 第 52-54 页。

^⑤ 参见周春红、徐爱军、杨学伟、陆荣强、谢蓉蓉:《我国民营医院的发展现状与对策》, 《医学与社会》2010 年第 11 期, 第 62-64 页; 阮云洲、黄二丹、李卫平:《民营医院的市场发展空间分析》, 《中国医院》2009 年第 3 期, 第 39-41 页。

因此，政府需要投入巨额的财政资金，对医疗行业进行补贴。生病得不到救治，在一个以大家庭为基本生存单位的传统社会中不会成为社会问题。在传统社会，家庭承担着个人生老病死的一切职责，个人无法归责于国家。而随着现代社会人权意识的崛起，生老病死成了政府无法回避的政治问题。但政府补贴容易走向低效、浪费和“大锅饭”，导致医疗行业的收入不以患者对医疗服务的购买量与满意度为准，这又会导致不信任。财政补贴还会产生这样的伦理问题：救死扶伤是否应该有金钱限度？从道德理想主义的角度来说，人命关天，生命具有第一宝贵的价值。但不论对于国家还是对于公民个人来说，现实的资源都是有限的。因此，政府必须对生命进行估价，以确定合适的公共卫生投入与资源分配。这种现实主义的做法，在一个以道德话语为主流的公共舆论面前会面临巨大压力，必将导致政府一方面要投入巨额财政资金，但由于各种制度原因以及老龄化问题，巨额财政投入仍然难以弥补医疗行业的成本，另一方面又要维持医疗服务的零价格或者低价格，投入不足与价格管制并存必然会导致求大于供，结果就是患者之间的非价格竞争：排队和“走后门”。

为了改善医疗服务质量，同时为了控制医疗成本，西方国家大多建立了政府支持与限制下的市场模拟体制。这种体制的总体特征在于，通过财政资助强化的公众选择权，来模拟医疗市场竞争。政府会支付大部分医疗成本，例如政府补贴大部分医疗费用，或者政府全额资助医疗机构基础设备的建设，患者只需要缴纳少量的医疗费用或医疗保险。同时，公众对医疗服务的满意度，对政府财政投入的分配具有很大影响力，由此形成医疗机构相互争取患者的竞争。其竞争模式大致有两种：偏向管理者选择权的竞争模式与偏向患者选择权的竞争模式。前者强调政府通过参考民意与质量考核，在不同医疗机构中分配医疗资源或干预医疗资源分配，形成医疗机构竞相争取政府资金与契约的竞争格局，如英国、瑞士、芬兰、葡萄牙、西班牙等。^⑥后者让公民可以在名目繁多的医疗保险模式、医疗基金或医疗机构之间进行自主选择，这些不同的保险模式、医疗基金与医疗机构也形成了提高服务质量、相互争取患者的竞争格局，如美国、德国、荷兰等。^⑦

不论是哪一种竞争模式，为了控制高额的医疗成本，很多国家都实施管理型医疗，要求医疗机构与医务人员在医疗服务中节约医疗成本，而不是如传统做法那样由医生与患者自主选择医疗服务项目，而这导致了医患信任的下降。例如在美国，形成了以保险公司、医疗机构、患者相互协作、相互监督控制成本的管理型医疗模式为特征的健康维护组织（HMO），这些组织以医疗保险为杠杆，个人向保险公司投保并可以自由选择医院与医生，并按一定标准接受医疗服务，而保险公司向医院与医生支付薪资，监督医院与医生按一定标准提供医疗服务，并根据医生控制医疗费用的情况给予奖惩。这样就既能保证医疗机构与医务人员之间某种程度的竞争，又能够严格控制医疗成本的上升。这一制度在控制医疗成本方面基本上取得了成功。^⑧但是，这样一种医疗保险计划，由于将明确的成本计算纳入了医患关系，将医生的关注点从病人一定程度上转向了成本控制，因此破坏了

^⑥ 参见注④，白重恩、汪德华、张琼文，第133-146页；侯立平：《英国医疗保险体制改革》，《中国改革》2006年第8期，第64-65页。

^⑦ 参见注④，白重恩、汪德华、张琼文，第133-146页；谢亚红：《西方国家医疗卫生改革的五大趋势》，《学术论坛》2006年第5期，第109-112页。

^⑧ 参见徐为山、酒喜明：《美国健康维护组织及其借鉴》，《中国保险管理干部学院学报》2002年第3期，第51-53页。

信任计算的潜在性,降低了医患之间的信任。⁷⁹在德国,通过将按项目付费转向按标准付费的医疗成本控制改革,也产生了类似的结果。⁸⁰

以行政方式来控制医疗成本,都会产生信任退化的问题,并导致医患纠纷发生率上升。但这一问题似乎是无可避免的,因为医疗成本的无限制上升,对于任何一个国家都是不可承受的,需要做的只是如何在信任与成本控制之间形成一种效益最大化的平衡。总的说来,建立在财政资助强化的公众选择权之上的充分竞争,可以有效地促进医患信任的形成。西方国家公众对此未必会有深切感受,但可以从中国医务人员对国外竞争性比较强的各种医院的考察与观感得到印证。西方医院医患之间那种和谐的关系,是中国很多医院难以企及的。西方国家的医院,特别是那些发展比较好的私立医院,对于病人有着细致入微的人性情感关怀,非常重视病人的满意度,尊重病人隐私与人格,对待病人彬彬有礼,服务态度和蔼可亲,甚至在设施布置、墙面装修、病房结构等细节之处上,也着力体现人性化的理念。⁸¹有理由相信这很大程度上是竞争的结果。同时,这也需要强大的外部资金支持,只有足够的人力与物力才能保证实现人性化的服务,否则医疗服务仍然是稀缺品。

中国目前在城市推行的基本医疗保险制度与在农村推行的合作医疗制度,更偏向患者选择权的竞争模式。这两种制度在基本结构运作上是类似的,都以公民支付保险费、政府补贴、择院自由、医药费部分报销为特征,也形成了一种政府支持下的医院竞争。但其主要问题在于政府投入太少,而且偏向公立医院,不足以形成医疗机构之间有效的非价格竞争。中国近年来虽然加大了对公共卫生的财政投入,但不论是在投入绝对值还是投入比例上,都与西方发达国家相距甚远。⁸²

首先,由于财政投入较低,以及既有的行政管制特征,中国的医疗行业即使经过市场化改革,公立医院的地位仍然牢不可破。由于医疗服务需求是缺乏弹性的,医疗机构之间不仅缺乏价格竞争,而且非价格竞争也不充分。而中国的患者之间不仅存在排队竞争,而且在公共卫生财政投入严重不足的情况下,医疗腐败、变相收费、以药养医、收受回扣等现象也非常普遍,这些因素导致了我国长期以来为患者所诟病的“看病难、看病贵”难题。低劣的医疗服务与高昂的医疗收费之间的反差,使得任何医患纠纷都可能成为患者不信任情绪的爆发点。

其次,中国卫生财政投入在地区之间与公私医院之间不平衡。这一点加剧了公立医院特别是大城市公立医院的人才和设备集聚倾向,即使其服务态度恶劣,但在基础设施上仍然能够得到巨大的财政支持。而且在医疗行业资本比例中,固定资本远大于非固定资本,公立医院因此在医疗市场中还具有事实上的自然垄断。公立医院在人才和医疗基础设施上的优势,会使其不必通过谋求患者的信任来维持自身的生存。虽然民营医院有争取患者信任的倾向,但民营医院却缺乏争取信任的制度

⁷⁹ See Melissa M. Ahern & Michael S. Hendryx, "Social Capital and Trust in Providers", *Social Science & Medicine*, Vol. 57, No. 7 (2003), p. 1196.

⁸⁰ See Evelien Van der Schee, Berbard Braun, Michael Calnan, Melanie Schnee, and Peter P. Groenewegen, "Public Trust in Health Care: A Comparison of Germany, the Netherlands, and England and Wales", *Health Policy*, Vol. 81, No. 1 (2007), pp. 56-67.

⁸¹ 参见张福桃:《美国私立医院见闻》,《护理研究》2005年第3期,第278-279页;王丽:《英国医院病房设置及护理》,《护士进修杂志》2006年第12期,第1123-1124页;陈健:《美国私立医院考察见闻》,《中华护理杂志》2003年第1期,第70-72页;杨晓燕:《人性化服务值得学习》,《医学动物防治》2005年第3期,第220-223页。

⁸² 参见王钰童、王文波、于风华:《公共卫生的财政支持分析与对策》,《中国卫生医疗资源》2008年第4期,第171页;毛晖、姬艳飞:《中国公共卫生财政投入状况分析》,《山东经济》2008年第3期,第83-87页。

能力与财政能力。很多调查都表明，中国私立医院的服务态度与满意度，比公立医院要好。^③这无疑是竞争的结果，但民营医院在与公立医院缺乏价格与技术优势的竞争中，为了维护自己的生存，往往大做虚假广告，伪造专家资质，夸大病人病情，诱导病人做无谓的检查，骗取医疗费。^④由于起码的法律监管都不到位以及外界资金支持的缺乏，民营医院为谋取生存所精心打造的广告效应，与其实际的医疗收费与技术水平之间形成了反差。因此，中国的民营医院往往给人一种“只知道挣钱”的印象，甚至比公立医院更不值得信任。因此，中国的民营医院虽然存在竞争，但却是一种纯粹市场化的竞争，而并非着力于服务质量的非价格竞争。

中国医疗行业目前存在的问题是一个系统性问题，而频频发生的医患纠纷则是问题的一部分。一方面为了提高患者对医疗体系的满意度与信任水平，另一方面也为了更有效使用医疗资源、控制医疗成本，我们可以从以下几个方面试着解决问题：第一，加大财政投入，加强患者的选择权，形成有效的非价格竞争；第二，根据患者数量与服务质量，在不同地区医院、公立与私立医院公平分配各种资金投入，特别是基建资金投入，强化竞争激励；第三，完善社会保障体系，提升公民抗风险的能力；第四，实施管理型医疗，对医疗服务划定严格标准，控制医疗成本，并推行定点医疗制度，形成医患之间的长期关系，从而促进医患沟通。由于医疗体制和整个政治体制、社会资源分配与法治建设的关联性，这些措施也不可能解决中国的所有问题，但相信这至少会在相当程度上缓和问题。

【主要参考文献】

1. [英] 安东尼·吉登斯：《现代性后果》，田禾译，译林出版社2000年版。
2. [德] 尼克拉斯·卢曼：《信任》，瞿铁鹏、李强译，上海世纪出版集团2005年版。
3. 白重恩、汪德华、张琼：《发达市场经济国家医疗体制改革经验》，吴敬琏主编：《比较》第32辑，中信出版社2007年版。
4. [美] 理查德·波斯纳：《法律的经济分析》，蒋兆康译，法律出版社2012年版。
5. Daniel P. Kessler & Mark B. McClellan, "How Liability Law Affects Medical Productivity", *Journal of Health Economics*, Vol. 21, No. 6 (2002).
6. Akihito Hagihara, Minako Nishi, and Koichi NObutomo, "Standard of Care and Liability in Medical Malpractice Litigation in Japan", *Health Policy*, Vol. 65, No. 2 (2003).
7. Yu-Chan Chiu, "What Drives Patients to Sue Doctors? The Role of Cultural Factors in the Pursuit of Malpractice Claims in Taiwan", *Social Science & Medicine*, Vol. 71, No. 4 (2010).

(责任编辑：尤陈俊)

^③ 可参见相关调查与报道，例如贾莹：《效率比拼，国有医院处于下风》，载《兰州日报》，2005年10月12日，第A02版；余海蓉：《民营医院满意度略高于国有医院》，载《深圳特区报》，2006年3月23日，第B04版；张泽远、卫韦华：《甘肃省消协：医院服务态度私立比公立的好》，载新华网 http://news.xinhuanet.com/health/2007-03/13/content_5840961.htm，2013年4月28日访问。

^④ 参见白剑峰：《民营医院深陷“信任危机”》，载《人民日报》，2011年10月20日，第19版。