

医患关系契约性被强化的困境

——基于契约法语境下的探讨

曾日红

(南京医科大学医政学院,江苏 南京 210029)

摘要:基于社会分工而产生的医患关系,与所有的社会交换关系一样具有契约性。但以调整一般社会交换关系的法律尤其契约法,直接介入医患关系的调整,必将导致该关系的契约性被强化,并进而带来一系列困境:医患关系的非契约性被弱化、医疗商品化、违约救济虚置化以及关系对抗性被强化等。反思这些困境,以期探寻能平衡医患关系契约性和非契约性的医事法,将对医患关系的健康发展具有重要的现实意义。

关键词:医患关系;交换;契约性;医事法

中图分类号: D922.16

文献标识码: A

文章编号: 1671-0479(2014)06-448-005

doi: 10.7655/NYDXBSS20140606

无疑,市场经济的精髓就是契约自由。在此意义上可以说,中国医疗资源分配,在由计划经济向市场经济的社会大转型过程中,经历了从身份到契约的转变,即从等级身份到普遍权利的历程^[1]。而且,这种转变不仅是点面的转变,还是一场链条式的纵度变革。也就是说,契约^①影响的不仅是分配领域,还包括生产、流通、消费等领域。为此,不少学者主张将医患关系纳入契约法的调整范畴,试图以其平等之精髓来保障患者利益,甚至有不少学者鼓励以消费者权益保护法来调整医患关系,从而可以借用该法保护弱者之原则以及对医方具有惩罚性之措施来保护患者利益。诚然,从医患关系本质上是一种基于社会分工而产生的交换关系这一视角观察,以契约法来调整该关系似乎无可厚非;而且,基于医患双方掌握医疗专业技术知识之差异程度,以及医生在诊疗过程中的主导地位之平衡考量,以消费者权益保护法来调整医患关系也似合情合理。因为,消费者权益保护法本身是契约法发展到一定阶段的产

物,是为确保交易双方的实质平等而衍生出来的。但是,以交易理论为支配地位的契约法规范,其全部法理形式是外在的、忽视内心情感,并且以恶人(badman)理论为预设前提,其像契约一样追求确定、可预见。囿于这样的特质,其所能调整的对象主要是契约性交换^②,而对非契约性交换的调整则显得非常微弱^[2]。如果在医患关系的法律规制中,不注意该关系本身的特殊性,而适用普通民事规范包括契约规范来调整,必将使该关系陷入契约性被强化的困境。为此,不得不反思,对于非契约性占有重要地位的医患关系,在法律与契约相互支持下,会处于怎样一种境况,面临哪些困境。

一、非契约性被弱化

疾病具有社会根源,所以对患者救治的主体与方法应该是复合式的。正如凯博文所说,在导致压迫、无权、剥夺和绝望的关系模式中,最贫穷的人、被污名化的人、遭受系统性歧视的人,遭受人类不幸健

基金项目:江苏省社科基金项目“医院人文建设与公立医院改革发展研究(13GLB010)

收稿日期: 2014-11-17

作者简介: 曾日红(1979-),女,湖南桂阳人,讲师,研究方向为医事法学。

① 在中国大陆的法律规范体系中,“契约”一词已逐步被“合同”所替代。但是,考虑法律日常用语中及经典用语中仍存在契约及其遗迹,特别是考虑本文用语的统一性,作者在此仍使用“契约”这一“复古”式表述;这一表述也是直接援引学者韩世远在其著作《合同法总论》中的相关观点。

② 从法社会学层面分析,人的交往行为均可视为交换行为,或契约性交换或非契约性交换。

康后果的风险最大。而医学干预时常是将社会问题贴上医学或精神医学问题标签的后果,即将某些社会问题转化为健康问题^[3]。为此,我们需要在狭义范畴的医患关系之外,从生物—精神—社会的角度寻找问题解决的出路,即解决健康问题的同时,要解决相关的社会问题,应着力于环境、经济、政治、社会结构的改变——医疗只是其中的一环。而为何会考虑选用契约法来调整医患关系呢?其重要理由之一是,当纠纷发生时,裁判者需要从复杂的社会情境中,明确具体的责任主体、最为直接的归责依据、可控的责任范围等。换言之,司法裁判者的裁判不得不忽略疾病的社会根源,不得不满足于形式合理的裁判。而契约法正好能迎合这种需求,因为其将围绕交易的社会背景“关系”全部从法的世界中驱逐,实现了形式上的合理体系。不过,在契约法领域早已开始对此进行反思,认为这种形式上抽象的契约法体系正在丧失其作为解决现实纠纷基准的说服力,有必要将一度被摒弃的“关系”重新纳入契约法之中^[4]。这种反思对于医患关系而言,特别是在将医患关系纳入消费者权益保护法的调整范畴的呼声兴起时,更为必要与紧迫。

由于医学关乎人照顾人的事业,医患二者之间的交换标的是多元的,不仅包括医疗技术、服务、药品、信息、货币,还包括人与人之间的同情、尊敬、关怀、体谅、慰藉等等情感因素,后者有时是显性的,有时是隐性的,但时常会起重要、甚至是决定性的作用。因此,医患关系中的非契约性交换意义重大。在所有类型的社会中,习俗、信仰、身份、权威以及其他为人所能内化的东西,都可以用来规划医患之间有关未来的交换。诚如麦克尼尔理论所揭示的,现实中的交换不只是传统合同法上的个别交易,而是社会学意义上的,其背后隐藏着林林总总的社会关系;进入社会学意义上的交换之因素不仅仅是合意,还包括了命令、身份、社会功能、血缘关系、官僚体制、宗教习俗等多重因素^[5]。医患关系,可以说是麦克尼尔理论的典型展示。例如,人类早期的医患互动,限于医疗技术本身的缺乏,主要是人与人的友谊、信任与依赖;巫医模式下,人的信仰往往在与疾患对抗中发挥意想不到的作用;中世纪,宗教重新勾画了医生的责任,医生不仅是纯粹治疗,还要进一步给患者慰藉和安抚;无论疾病治愈是否有希望,医生都要善待包括濒于临终的患者等等。在这些被称之为医疗父权主义模式下的医患关系中,医生被塑造成患者守护神的角色,受到大众的敬仰与信赖,这种敬仰与信赖对疾病本身的治疗以及良好医患关系的维系发挥

着重要的作用。可见,从医学史的角度观察,医患之间的交换从来都不是纯粹的契约性关系,非契约性交换一直与契约性交换相伴相随。

但是,医患间的非契约性交换何以被慢慢淡出人们的视野呢?可能正如学者恩格尔所认为的,赋予“还原论”唯一地位的历史与文化根结在于当年西方基督教会与科学(含科学的医学研究流派)共同体之间的一个“君子协议”。近代医学初兴之时,基督教会准许解剖人体的前提是“不许对人的精神和行为进行科学化的研究”,因为其认为,人类爱、欲、情、志与生、死、苦、难牵系的情感、意志、幻觉、想像的命题应归于灵魂扣问的范畴,属于神学的领地^[6]215-216。这使得医学研究与救治客观上被着眼于躯体的层面。于是,生物医学训练,仅根据病理解释疾病的生物机制,专注于疾病实体,拘泥于疾病的自然过程,追求明确的、可测量的结果,而对疾痛的关注被退化萎缩,甚至是千方百计将医护人员的注意力从疾痛中驱赶出去。医生,只是躯体“在场”“处置”患者的疾病与创伤,仅以技术操作者的身份出租自己的技术与技能,刻意“去主观化、去情感化,追求客观化、符号化、数字化”,而让精神、灵魂则处于一种“离场”状态^[6]318。毫无疑问,医学超越科学性的人性特点使得它成为一门不适于还原的学科,而狭义的依赖医疗技术、忽视患者的疾痛、漠视治疗的人性化,正是现代医学的一大败笔^[7]8。虽然如此,但西方医学文化与西方法治文化霸权地位的确立,使得原本注重身心疗法的中国中医、印度医学等,在西化潮流的冲击下,变得边缘化。

而作为关注人外部行为调整、不能支配所有的德性行为的人定法(human law),则正好与上述的生物医学模式相契合,契约法更是如此。事实上,对医生而言,“给患者开处方不难,理解和谅解他们难”的现实,让其更愿意从技术上谈论疾病^[7]250。于是,医患间契约性与非契约性交换在法律规范领域展开的博弈,注定是以国家强制力为后盾、以诉讼方式维系责任的契约性交换胜出。当交换关系被纳入契约法律规范范畴后,人类许多美好的情感交换的支付获取,因为难以界定、量化、考评,无法获得法律的肯定或否定,或仅仅只是一种难以救济的权利宣言。如此一来,原本应充满信赖、友善与温情的医患关系变成了一场理性的算计,非契约性交换的生存空间受到严重的压缩。

二、医疗商品化

契约性交换本身,作为一种冻结了感情因素的、单纯给与取(gave and take)的关系,是一种功能性

和计算性的交换关系。这种理性的计算,使“供给和需求”成为“经济人类”的明智智慧。当作为理论上能够被量化、货币化及操作标准化的医疗技术在医患间的交换过程中所占分量日益增大时,理性经济人的思维方式在医疗行业中盛行也就成必然。

医疗技术是职业医生战胜家庭主妇、巫医、江湖游医的重要武器,也是其与患者交换的关键砝码。医疗科学在预防及治疗疾病的作用,可以说是20世纪的奇迹之一,它使人类获得健康的机会更多,也使人类对职业医生的依赖越来越强。但不能否认的是,医疗技术的发展,客观上受到经济力量的驱动,其某种程度上也是一场争夺地盘的运动,并使得掌握医疗技术的人员获得了医疗行业相当程度的垄断地位。一般而言,强势团体会玩弄权术、争夺交换的操纵权,医疗行业也概莫能外。拥有市场力量的医疗方不只是价格的接受者,还会调整收费标准或项目。虽然医疗被认为不应有利润的动机,但因为无法获得足够的物质支持,所以,即使超过85%的国家医院不是政府的就是非营利性的,利润动机并没有从医疗保健部门完全排除。大多数医生的工作难免会受到利润的驱动,就像药品公司、零售药店和治疗仪器制造商一样^{[8]186}。私人诊所、私立医院更是如此。此外,医疗机构的考核机制也往往存在经济激励。现代医院和医生主要是按项目付费,每增加一个诊次、检查、检验或手术都会增加医疗方的收入。所以,医疗方的行为就像有理性的经济人一样,也就不足为奇。不少国家,将医疗视为服务商品,并进而将医患关系的调整纳入合同法之中。比如,在英国Sidaway vs. Board of Governors of Bethlem Royal Hospital案中, Templeman勋爵称“医生与患者之间的关系从起始上是合同关系,医生提供服务,对价使患者所支付的费用。”新西兰等国家更是把患者视为消费者,颁布了健康服务消费者立法^[9]。

但是,当治疗本身被视为商品时,商品的价值体系,必然会主控现代医疗机构,主导医疗价值取向。医疗方将不得不计算其成本、收益,考虑如何赢取更多的利润,及如何避免亏损甚至破产。医疗方的每一笔付出,都希望得到相应的回报。对患者的精神护理越来越被认为应该纳入医疗费用的范畴,因为为妥善处理患者的精神烦恼,医生不得不花费大量的时间和精力^[10]。也就是说,医疗经费必须包括适当程度帮助患者处理疾痛经验的费用;对心理—社会性的医疗干预,给医方以适当的补偿,应得到制度支撑^{[7]308}。否则,医疗方可能会遵循“以最少的劳动,获取最大的经济利益”这一基本的经济原则,缩短问

诊或治疗时间,以便接待更多的患者(当然客观上也存在医生不得不治疗大量患者的情形)。

中国的医疗行业本身,在近现代出现了重大转型。晚清时期,西方医学开始在中国广泛传播,传统中医一统天下的格局被打破,逐渐转为以西医为主的局势。民众接受西医治疗时,也把西方的医术、医药和现代医院的管理方式、规章制度及医学教育等传入中国。但在西方,其医疗体系往往与其宗教传统有关,教会医院更以教义为其精神内核。而西医在中国的盛行,依靠的是其技术疗效,并不以宗教价值内核为精神支柱,也没有有效注入中国社会传统的医学精神^[11]。在此背景下,医疗行业的外在形式已从传统转向现代,并面临行业市场化、产业化大潮的冲击。如果以契约法调整医患关系,将会使得理性经济人的思维方式极易在医疗行业中蔚然成风,导致医疗商品化。

三、违约救济虚置化

从契约法的角度观察,违约即承诺未被兑现,所以违约责任的追究主要看承诺者承诺了什么。如果契约中的一方对未来事态的发展能够前瞻,则其往往不会作出将自己置于不利境地的承诺。既然如此,法律要通过经医疗方事先精密“盘算”过的程式以及带有格式合同性质的文书,追究医生的违约责任就绝非易事。尽管在法律理论上,有一系列的规定在修正这种困局,例如诚信原则、契约缔结前的信息告知义务,将虽未约定但具有合同自然属性的条款规定为合同内容等等。但是,所有这些举措能起的作用是有限的。因为除了医疗者,没有人能把握好医疗行为恰当的限度与轻重,包括法律专家——立法者与法官在内。

无疑,医学领域的问题有其自身的特性。首先,不仅仅是患者,整个社会都在不折不扣地依赖医疗方。医患关系是一个建立在专业高度分化中的供需关系,这意味着其实质上是一个不平等的关系。身体不适的患者对医生的依赖是常人难以想像的,仅仅依靠契约、法律中的形式平等来调整医患关系将难以奏效,甚至会适得其反。一方面,患方受到身体疼痛以及由此带来的精神恐慌,甚至经济压力带来的种种困扰,而医疗方具有绝对的专业资源优势;另一方面,患者的身体或精神无法估价,如果估价,显然远高于物品和技术的价值。于是,在上述情况下签定的契约,本身符合契约法中乘人之危的构成要件。但是,没有人会为此向法院申请撤销该类合同,因为这是医患契约的

天然属性。这一天然属性提醒人们不能用普通的契约法来规范医患关系,否则所谓的违约救济就会显得不合时宜。其次,长期形成的医疗父权主义在法律父权主义模式下,必定会转化为医疗方自我保护的有力盾牌,用以在契约中占据有利位置。如果完全根据古典契约法所设想的,一方责任的根据只能是其自身的约定,有约定就有责任,没有约定就没有责任。那么,医生的专业优势使得其在约定时,会让契约责任的入口变得非常狭小,致使违约责任的承担难以成为可能。在此意义上可以说,约定有时会演化为用来掩盖强者欺凌弱者的障眼法,弗雷德说对价学说不该存在^{[8]294}的判断是有其道理的。同时,医生的专业优势不仅体现在约定阶段,还体现在为医疗纠纷查找因果关系过程中。在复杂的医学专业中,医疗方并不难寻找到“合适”的理由;而且对这个理由是否成立具有重要意义,无论如何设计鉴定规则都难以摆脱来自“近亲”关系的干扰——因为专业的问题需要专业的主体来定夺,医学的问题也只有医学人士才有真正的发言权。再者,正如上文已经提及过的,人的身体是其环境的产物,个人、家庭、工作、社会对疾病的发作和加剧会产生循环影响,包括恶性循环。而现在似乎要把社会很多问题归入医学问题,试图在医学技术中寻求解决,即所谓的社会问题医学化。但医疗科技的发展还不足以能够把社会的因果关系抽象出来。因此,不确定的林林总总使因果关系法则变得模糊——这不是因为因果关系本身不确定,而是因为对每一因果关系内含的因素的认识问题,本质上是不确定的^{[7]205}。医疗技术并不能解决所有问题,不确定性是医生和患者共有的经验,医患双方都要学会处理并尊重这一事实。而且,医疗技术自身也是不确定的,据称常规西方医学的疗法有53%是未经证明的^[12]。因此,医疗问题很多时候无法演化为简单的公式和刻板的操作。个人与社会,都不要把医生的承诺看作是绝对的,许多违反承诺的事应得到适度容忍,或在预料之中。为此,法律也应该尊重这种不确定性,否则医生会事先对承诺进行技术化处理,让所谓的违约责任虚置化。

四、关系对抗性被强化

“法律”一词的真正意义被认为是“利益的对抗”。作为法律的适用者,法官最终只能选择一种利益而压抑另一种利益^[13]。现实生活中,医患间的承诺是不完整的,人们在更多时候应该容忍。但当医

患关系被纳入法律范畴后,这种容忍似乎变得不必要,因为人们会而且应该以法律规范为武器,与“恶人”作斗争^{[14]9}。为应对诉讼,医患双方都会尽力自我保全,预视对方为“恶人”来提防。其实客观上来讲,契约本身就是医患之间的一场博弈,而法律让双方都握有可能致对方痛苦与不快的有力武器。虽然,法律这一武器时常基于某种理由有意“偏护”患者,如赋予医生的告知义务及设置一定程度的举证倒置或过错推定,但患者仍难以在这场博弈中取胜。因为,医疗方有更有力的武器即专业优势,来应对这场博弈。面对医患契约中遭遇的不信任以及司法诉讼的可能,医治者的角色可能转变成纯粹的技术提供者,甚至患者的对手。

疾病关乎身体、自我与社会关系。疾痛是一种生活负担,威胁着人的自信心和控制感。没有任何东西像严重的疾痛那样,能使人专注于自身的感受。患者由于无助、焦躁、脆弱、敏感甚至愤怒,会要求很多。为此,有些患者被视为潘多拉的盒子。在此意义上可以说,医患关系有时是一个丰盛而辛辣的人性大杂烩。因此在治疗中,医生为人处世与患者个性一样关键。医疗诉讼让医生举步维艰,治疗事故、用药未完全征得同意,甚至医疗进展不佳,医生都可能面临诉讼。为此,有些医生可能会在治疗中做好防卫,注意同行的评价,提防患者的诉讼。这种谨慎还会使得医生按章行事,熟悉各类规范文件,甚至试图一眼就能辨认出“高风险”的患者及家属,然后把他们推荐给其他医生。医疗作为直接照顾人类的事业,应该人道,否则,将难以被信赖。但医生与其他人一样:当被生存状况逼迫时,会变得危险^{[7]258-259}。

为维持给予与还回互惠关系的顺畅,法律试图使医患双方在国家法律权威的监督下,实现“给予与回还”义务的履行。但通过法院判决所铸造的“给予与回还”关系,可能使本来应友善的关系演变为敌视的冤家关系。因为“经过详细交涉的契约对在交易的当事人间创造良好的交易关系是个障碍”,其“即使在交涉阶段能够达成合意,深谋远虑而创造出的决定,有时反而带有不理想的交易关系,……这种(详细的)条款的设定表现出双方缺乏信任,想要建立起友情关系的愿望不强烈,将理应相互协助的交易变成了敌对的(斤斤计较的交易)……”^{[14]44}因此,对于经过医疗方严防死守的医疗纠纷——这或许正是法律的初衷之一,患者在现实的诉讼中难以获得有利地位。而当出现纠纷而法律途径又难以获得满意救济时,患方往往在体制外寻求“救济”途径,中国出现的“医闹”、“伤

医”等事件,就是非常典型的例证。

五、启示

医学是人学,其性质必须遵循人的属性而定^{[6]270},既要治疗疾病本身,也要控制病痛疾苦,后者的重要性不容轻视,“一个医生对患者及其家属的道德作用大于他所做的其他任何事”^{[7]276}。医学社会学研究表明,医生与患者之间保持一种亲密的、长久的关系,对患者的健康非常重要,其具有“安慰剂效应”或者“霍桑效应”^[15]。

但是,法律尤其是契约法主要关注“行为标准是外部标准”,这样的特性只能迎合各式各样的契约性交换,包括当下碎片化医疗模式下的医患交换。而且借助国家强制力,其具有其他社会规范所难以达到的威慑效果,并使得其他社会规范适用空间被压缩。同时,法庭上展现的医患关系是一场零和博弈。为在这场可能的博弈中获胜,诉讼外的医患双方会彼此提防。这种提防并不利于患者的安全,也让医生为求得生存而筋疲力尽。此外,由于法律规范使得医患间的非契约性在制度上被弱化,而现实中部分患者却又希望能与医疗方建立某种非契约性的关系。如中国曾大量存在现仍有待消除的一个现象是患者就医找熟人,找有熟人的医院,没有熟人就送“红包”给医护人员。红包作为一种礼物经济,形式上是一种看得见的契约性交换,但因它是制度外的契约式运作,所以其本质上系患者及家属试图以自己的方式与医护人员建构一种非契约性关系。这种规范体制外的非契约性交换,使得医患关系变得更为微妙,不仅影响整个医疗行业风气,破坏医疗行业的伦理规范,削弱医疗职业的社会认可,更严重的是让医患关系面临一场可怕的、有关信任危机的恶性循环。可见,契约法的客观效应,与医学以及医事法原本所期待的效应存在差异。套用麦克尼尔在《新社会契约论》中提到的H·哈威格斯特的总结的表述^{[5]9}:在医疗父权主义模式下,医患间的“契约交换只不过是而非契约交换汪洋大海之中的一道涟漪”。而在法律父权主义模式下,医患间的非契约交换则被视为“契约汪洋大海中的一道涟漪”。但在现代社会中,这两种情况都不存在,实际存在的是两条深深地洋流,一是契约性的,一是非契约性的,当它们相遇时,不仅会激起道道涟漪——还会有波浪,甚至风暴。当然,批判医患关系的契约性,不是说要将在医患间的契约因素清除出去,正如《契约之死》,并非契约真的死

亡,只是新契约理论的登台。现有的对价式、短期式的契约关系,将医患矛盾集中在医患之间,不利于医患关系的良性发展;设置长期的、安全性更高的、符合人性化的医疗模式,是当下医患关系改善的重要目标。为此,医事法或许应该借鉴婚姻家庭法、劳动法、公司法等,这些曾一度被视为应统合为契约法理论的一部分,但最终未能与后者同化,而是逐渐形成符合自我特色的的一种类型。

参考文献

- [1] 梅因. 古代法[M]. 沈景一,译.北京:商务印书馆,1959:97
- [2] 周安平. 社会交换与法律[J]. 法制与社会发展,2012(2):52-63
- [3] 凯博文. 苦痛和疾病的社会根源[M]. 郭金华,译.上海:上海三联书店,2008:186-192
- [4] 内田贵. 现代契约法的新发展与一般条款[M]//胡宝海. 民商法论丛. 北京:法律出版社,1994:132-155
- [5] Lan R·麦克尼尔. 新社会契约论[M]. 雷喜宁,潘勤,译.北京:中国政法大学出版社,2004
- [6] 王一方. 医学是什么[M]. 北京:北京大学出版社,2010:215-216
- [7] 阿瑟·克萊曼. 疾病的故事[M]. 方筱丽,译.上海:上海译文出版社,2010
- [8] 詹姆斯·亨德林. 健康经济学[M]. 向运华,钟健威,季华璐,译.北京:人民邮电出版社,2008
- [9] The health and disability commissioner(code of health and disability consumers' rights) regulations [Z]. Statutory Regulations,1996
- [10] 植木哲. 医疗法学[M]. 冷罗生,陶芸,江涛,译.北京:法律出版社,2006:103
- [11] 卫生部统计信息中心. 中国医患关系调查研究——(第四次国家卫生服务调查专题研究报告(二))[M]. 北京:中国协和医科大学出版社,2010:13
- [12] Gregory A. Many medical treatments “unproven”[Z].New Zealand Herald,2002
- [13] 刘星. 法律是什么[M]. 北京:中国政法大学出版社,1998:298
- [14] 内田贵. 契约的再生[M]. 胡宝海,译.北京:中国法制出版社,2005
- [15] 菲利普·朗曼. 最好的医疗模式——公立医院改革的美国版解决方案[M]. 李玲,徐进,译.北京:北京大学出版社,2011:115