

# 法律上死亡概念的考察—以「腦死說」論述為核心<sup>1</sup>

## 壹、前言

死亡是非常多元化的概念，也代表著一種社會性的概念，判定何謂死亡，具有某種社會意義含括其中；因此，死亡的判定與法律也息息相關。在每個死亡之判準後面，皆有一個所謂的「意義之決定」(decision of significance)，亦即決定「是否某些現象之永久消逝，代表了個人之死亡」<sup>2</sup>。這種決定，重視的某一個「時點」，這個時點代表了死亡的開端。但是，死亡發生在生物身體上時，並非是一個時點，一分為二為生與死，而是一個過程，是細胞和器官的逐步壞死。因而，當我們需要一個時點，告知我們什麼時候是死、什麼時候是生，許多的爭議因而產生。當隨著科技的發展，或是基於醫療需要，產生新的死亡標準時，這個新的死亡標準的生死時點決定、隱含意義，及對於刑法產生的影響，就成為本文研究的重點。

從 1960 年代以來，因為人工生命維持系統的出現，使得傳統心死的死亡判斷標準無法判斷及定位處於這樣狀態的病患，如何判斷死亡產生了困難，「腦死說」在這樣的背景之下成為了新的死亡判斷標準，連帶也影響法律上死亡的判斷標準。「腦死說」的出現使得死亡判斷標準產生更多的爭議，尤其是當「腦死說」與器官移植相連結時，從「死」的屍體裡面拿出「活」的器官，也顯現出「腦死說」作為一種死亡判斷的弔詭之處；而從「腦死說」的論述也反應出現代社會死亡與醫療的關係，經由這些爭議，我們更能夠去檢討死亡判準的問題，因而這是本文認為「腦死說」做為一種死亡判斷基準有研究必要的主因。

本文的書寫重點在於對「腦死說」形成的論述做一個概念的考察，也就是針對「腦死說」、「人體器官移植條例」（包括腦死判定程序及腦死判定準則）、「執行死刑規則」及刑法學說對於死亡概念的說明來對於「腦死說」的論述做一個脈絡上的書寫，來得知法律上判斷死亡的標準是否因而轉變。是誰做出已經死亡的判斷，我國的法律是將這個判斷交付誰來做決定？誰決定了生與死？又，我們判斷生死的背後是因為什麼原因來操作這個準則？另外，由於器官捐贈數量一直呈現供需不平等的現象，政府或是醫學權威只能倚靠別的方式獲取器官，第一個被想到的就是死刑犯。死刑犯的定位比一般人捐贈器官更為複雜，死刑犯在被判處死刑定讞的時候，我們等於是認為他需要與社會永久的隔離，但是我們是否可以

---

<sup>1</sup> 李明芝，國立臺灣大學法研所刑事法學組研究生

<sup>2</sup> 吳建昌、陳映燁、李明濱，〈死亡之重新定義：對於腦死之探討〉，《醫學教育》，第三卷第三期，1999 年，223 頁

任意地摘取他們的器官？本文會詳細地爬梳「腦死說」論述的形成，並看這樣的論述如何影響刑法上死亡標準的認定。

要特別說明的是，當爬梳「腦死說」概念的發展時，會發現器官捐贈移植對於新的死亡判斷標準的形成有著深遠的影響。而本文所指稱的器官移植，皆是指「屍體器官移植」。

## 貳、 進入死亡狀態—什麼時候是死亡？

『死亡是絕對的無(nothing)；而絕對的無，毫無意義。…然而死亡是「活動主體」的停息，也是所有感知的終點。感知的主體無法去知覺到、或創造出這樣一種感知終結(死亡)。』----Zygmunt Bauman

自 1960 年代以來，新進的生命維持系統的介入使得人的死亡變得複雜，什麼時候才算是進入死亡的狀態？由於醫療技術的進步，使得死亡時點的判斷變得困難，因而在這樣的脈絡之下，需要重新思考死亡的判斷時點，美國哈佛大學醫學院組成特別委員會針對死亡的判斷標準，做出了影響各國深遠的報告，並使得「腦死說」的概念在醫療界被確定下來。但是，死亡判斷標準是否只有心死說或腦死說？以下先簡單探討死亡的種種態樣。需要說明的是，由於現今社會死亡已進入醫療化的範疇(後面將詳述之)，因而以下探討的死亡態樣是以醫學界可能認定的死亡標準加以討論，而關於死亡定義在文化史中的轉換，將在第三章說明。

### (一)呼吸心跳停止

這是傳統醫界判斷死亡的標準，傳統的死亡定義是基於死亡的三項徵候來加以判斷，也就是以發生永久性的心跳停止、呼吸停止及瞳孔對光反射消失時<sup>3</sup>，來認定死亡狀態。這三項徵候是傳統上被認為對最能直接影響生命現象的器官，因而以之作爲死亡判定的標準。在生物現象的死亡是一個過程，而並非一個時點，當心跳停止、呼吸停止，其他臟器缺乏血液循環時，會逐漸壞死，但是壞死的時間不一，腦部壞死是出現在缺乏血液循環的五至八分鐘內，但是其他臟器如肝、肺、心、腎等，會在缺乏血液循環的三十至九十分鐘內壞死。傳統定義的三徵候說是否會發生提早認定死亡的疑慮？事實上，在這三種徵候同時出現的時候，生命已處於休止的狀態，復甦的可能性極低，因而在傳統上最能與社會、個人經驗吻合而少有爭議的判斷標準<sup>4</sup>。

<sup>3</sup> 邱浩彰等執筆，洪祖培編著，《腦死=Brain Death》，臺北市：合記，2006，初版，1頁

<sup>4</sup> 村上陽一郎著，何月華譯，《生與死的關照-現代醫療啓示錄》，東大圖書公司，初版，民國86年6月，38頁

## (二)腦幹喪失功能

腦幹是人類的生命中樞，主掌呼吸機能，腦幹若發生不可回復的損傷，人將無法自主呼吸，所有器官將因缺氧而逐漸死亡，腦部細胞缺氧達五分鐘更將大量死亡<sup>5</sup>。1976年英國標準正式採取這個標準，以「腦幹死」為判定腦死的依據，本文在下一部分會加以說明。

## (三)全腦喪失功能

在腦幹死的情況下，有些病人仍有腦部活動、腦波反應，引起大腦仍有意識，只是無法與外界溝通，隨著醫學進步，也許深度昏迷的狀況會產生改變，而能再與外界互動<sup>6</sup>，因而主張應該要以全腦死來做為判斷標準。

## (四)大腦皮質喪失功能

這個說法認為，人之所以有別於動物，是因為人類能夠思考，而一切思考的來源就是大腦新皮層或上腦部負責較高功能的部位，它主掌理性社會互動的能力，包括思考、說話和意識諸能力<sup>7</sup>。如果大腦掌管意識的部分已經壞死，那麼就是死亡。但是如果採取這個標準，將會使得植物人也可能會被認定為死亡。

學者Robert M. Veatch(維區)認為，死亡定義可以四個不同的層面來區分。首先，對於死亡這個字有一個純粹的形式分析。第二，死亡「概念」需要嘗試去滿足形式意義的內容，在這個層面的問題是，什麼是有關於生命最本質的意義？而此生命本質意義的喪失，就是死亡。第三，是死亡定位的問題，在有機體的哪一部位，可以讓人去看、去決定死亡已經發生？第四，還必須問及死亡的判準問題？什麼樣的測試技術能運用來決定個體是活的或死亡？<sup>8</sup>將上述四種說法套進維區的架構裡，他認為所謂生命最本質意義的喪失可以分為三種死亡：第一種死亡是「活化流體流動不可復原之喪失」，這個就是上述呼吸心跳停止，是活存有機體的象徵；第二種死亡是「身體整合能力不可復原之喪失」，這是指上述的腦死(包括腦幹死、全腦死)，人作為有機體必須能整合自我與外界的互動，如果喪失這

---

<sup>5</sup> 林忠義，〈身體、屍體與器官之法律定位〉，《法學叢刊》，211期，2008年7月，140頁

<sup>6</sup> 同前註，141頁

<sup>7</sup> Louis P. Pojman著，魏德驥等譯，《解構死亡：死亡、自殺、安樂死與死刑的剖析》，初版，1997年4月，台北市：桂冠，4頁

<sup>8</sup> 同前註，32頁

Robert M. Veatch 提出這四個架構能夠讓死亡的討論較有層次。再者，其在第二層次明確地指出死亡能夠界定出「何謂生命的意義」，這與本文所欲討論的主軸相關，因而在此簡單地先介紹此四個架構。

種整合互動的能力，那麼就算是死亡<sup>9</sup>；第三種死亡是「社會互動能力不可復原之喪失」，這是指上述的大腦皮質喪失，他認為「人活著的「品質」或「具有本質特性」才是人存在的象徵，因此一旦其意識或社會互動力不存在，我們便可以合理地判定他們已經死亡」<sup>10</sup>。

從維區的四個判準，可以得知在死亡判斷時點的決定都蘊含了對於生命本質意義的想像。本文在這一部分，僅是先簡單介紹現今死亡可能的判定標準，而做為進入「腦死說」論述的背景。而「腦死說」之所以會成為現今社會逐漸浮出檯面的判斷標準，和醫學史的發展有著密切的關係，以下將先從歐美歷史來談「腦死說」的形成，繼之進入台灣「腦死說」歷史。

## 參、「腦死說」論述的形成

### 一、「腦死說」論述的源起

現代腦死概念起源於 1959 年的法國<sup>11</sup>，至 1971 年芬蘭首先將腦死合法化<sup>12</sup>。1967 年南非 Barnard 醫師開始地一起的心臟移植手術，使得死亡重新定義更顯得必要。真正使得腦死說開始為人所重視的是美國哈佛大學特別委員會在 1968 年發表的報告。我們在前面說過，由於人工生命維持系統的出現，使得有些頭腦已經受到不可回復損害的病人，雖然他的呼吸、心跳不能自主運作，卻能夠依靠人工生命維持系統，使得病人繼續仰賴機器呼吸及心跳，在這種狀態的病人，無法與社會溝通，甚至沒有意識，如果依照傳統死亡的定義，處於這樣狀態的病人，也許我們還不能定義其為死亡，但是問題在於，這種狀態的病人能夠存活，完全是依靠著機器而生，站在醫療的立場，這樣子介於生與死曖昧不明的情形，如果定義為生，將會造成病患自身、病患家屬以及醫院的負擔<sup>13</sup>，除了病患已沒有改善的空間，也會使得有限的醫療資源無法獲得平均的分配<sup>14</sup>；且加上器官移植的

---

<sup>9</sup>吳建昌、陳映燁、李明濱，〈死亡之重新定義：對於腦死之探討〉，《醫學教育》，第三卷第三期，1999 年，224 頁

<sup>10</sup> Louis P. Pojman 著，魏德驥等譯，《解構死亡：死亡、自殺、安樂死與死刑的剖析》，初版，1997 年 4 月，台北市：桂冠，7 頁

<sup>11</sup> 法國 Mollaret 和 Goulon 於 1959 年提出 coma dépassé (極度昏迷或昏迷第 4 期之意) 之報告，並列舉四項要點而具腦死診斷標準知雛形：(1) 完全無反應之昏迷，(2) 無自發性呼吸，沒有任何反射，(3) 不使用藥物則無法維持循環，(4) 平直的腦波。引自劉祥仁，〈腦死診斷標準之沿革〉，《政大法學評論》第 32 期，民國 74 年 12 月，7 頁

<sup>12</sup> 陸希平，〈腦死患者定義-病理生理變化與照顧〉，《台灣醫界》，第 43 卷第 12 期，2000 年，14 頁

<sup>13</sup> Report of the Ad Hoc Committee of the Harvard Medical School to Examine the Definition of Brain Death: A Definition of Irreversible Coma. JAMA 1968; 205: 337

<sup>14</sup> 林忠義，〈從多元觀點省思器官捐贈制度的應有走向-以屍體器官捐贈為中心〉，國立交通大學科

發展，如果醫療仍然定義呼吸心跳停止才為死亡，將導致器官移植產生障礙，屍體器官捐贈需要的是仍然有呼吸、血液能夠供應的器官，站在醫療的觀點，傳統的死亡定義顯然已經不合需要，因而有重新定義死亡的必要<sup>15</sup>。這是美國哈佛大學特別委員會發表報告確定「腦死說」的形成背景，我們看到定義的背後，其實是醫療知識掌握著對於死亡論述的影響力，林忠義在前揭文中提到腦死說「是因無法復原昏迷病患會對病患本身、家屬、醫院、等待病床病人造成重大負擔，而且會使器官取得發生紛爭，因此需要一個新的死亡定義。言下之意，是為了一些效益、經濟的考量，才能把對社會造成負擔的病患定義已死亡，並非是因為有一群病患應該已經死了，但依照舊的死亡定義，卻不能認為這群人已死，因此方有修正死亡定義的必要。」<sup>16</sup>也就是因為這樣，美國哈佛大學醫學院於 1968 年組成了特別委員會發表報告於 JAMA (the journal of the American Medical Association) 期刊，確定了腦死說的死亡判斷標準，這篇報告對於各國都有很大的影響力，並使得「腦死說」自始就與器官移植脫離不了關係。在報告中，美國哈佛大學特別委員會就腦死，設立了四種標準，並指出導致不可逆昏迷的情況很多，但報告中主要關心的是那些沒有可識別的中樞神經系統活動的病患，提出的標準如下<sup>17</sup>：

1. 不可逆性與無反應性 (Unreceptivity and Unresponsivity)：指的是受到嚴重外界刺激也沒有反應的狀態，即使該刺激會引起嚴重的疼痛，但是病患仍然沒有聲音或反應，也不會呻吟、肢體收縮或呼吸加快等。
2. 無運動或無主動性呼吸 (No Movements or Breathing)：醫師觀察一小時以上來判斷病人是否沒有任何自發性的肌肉運動與呼吸作用，對痛苦、觸碰、聲音、光線等刺激，也沒有任何反應。將人工呼吸器關閉三分鐘以視病患是否能夠自主呼吸。
3. 無反射機能 (No reflexes)：病人因中央神經系統的活動已經停止，而進入永久性昏迷狀態的證據之一是，病人缺乏反射作用<sup>18</sup>。瞳孔放大並且對於直射強光沒有反應。
4. 腦波呈現水平線 (Flat Electroencephalogram)：腦波電位記錄圖呈現水平線或相等電位狀態，是一個非常重要的證據。但是先決條件是，所使用的電擊必須恰當、儀器功能必須正常、操作人員必須勝任<sup>19</sup>。

---

技法律學程碩士論文，民國 91 年，23 頁

<sup>15</sup> 造成負擔以及器官移植的需要是美國哈佛大學醫學院特別委員會在腦死報告中開宗明義認為需要新的死亡定義的兩個原因

<sup>16</sup> 林忠義，《從多元觀點省思器官捐贈制度的應有走向-以屍體器官捐贈為中心》，國立交通大學科技法律學程碩士論文，民國 91 年，24-25 頁

<sup>17</sup> Report of the Ad Hoc Committee of the Harvard Medical School to Examine the Definition of Brain Death: A Definition of Irreversible Coma. JAMA 1968; 205: 337-338。「無反應性」和「腦波呈現水平線」翻譯詞彙參照波依曼編著，魏德驥等譯，《解構死亡：死亡、自殺、安樂死與死刑的剖析》。「無運動或無主動性呼吸」和「無反射機能」翻譯詞彙參考吳建昌、陳映燁、李明濱，〈死亡之重新定義：對於腦死之探討〉，《醫學教育》，第三卷第三期。

<sup>18</sup> 大衛·韓汀著，孟汝靜譯，《透視死亡》，東大圖書股份公司，初版，民國 86 年 5 月，24 頁

<sup>19</sup> 同前註，24-25 頁

以上這四個標準，哈佛大學特別委員會指出，至少必須在 24 小時內重複檢查<sup>20</sup>，並且沒有藥物中毒或低溫狀態。這個標準提出之後，在各國便被廣泛地採用，但是因為標準有許多值得檢討的地方，因而雖然「腦死說」是已經被確定下來的概念，但是各國對於「腦死說」的檢驗標準仍不盡相同。1971 年明尼蘇達大學Mohands和Chou提出「腦幹死」(brain stem death)的說法，認為必須確認有顱內不可修復病變(irreparable intracranial lesion)的存在，從臨床判斷確定全腦幹已發生不可回復性的損害、縮短重複檢查時間為 12 小時，及認為腦波檢查並非必要條件<sup>21</sup>。明尼蘇達大學的這個標準認為，一旦腦幹承受不可逆性的損壞，病人不可能恢復意識及腦功能，生命現象也逐漸消失，最後導致死亡<sup>22</sup>；此標準一出，「腦幹死等於腦死」觀念逐漸為各國醫生所接受<sup>23</sup>。1976 年英國標準正式採取這個標準，以「腦幹死」為判定腦死的依據<sup>24</sup>。1981 年美國總統的醫藥顧問的生物醫學、醫療和行為研究的倫理問題研究小組向總統、國會和政府有關部門提出死亡定義報告，仍是採取全腦死亡定義，不過報告中引述英國標準聲明「假如腦幹完全喪失功能，全腦則無功能。」總統的特別小組聯合醫學會和法學會提出「決定死亡統一法」--即採用循環呼吸終止或者全腦死(含腦幹死)就是死亡，這提案對各州已經發生影響<sup>25</sup>。

「全腦死」和「腦幹死」的標準被提出之後，世界各國法規對於腦死的定義皆不脫這個範圍，我國則是採取腦幹死的概念<sup>26</sup>。

## 二、台灣「腦死說」沿革

### (一)台灣「腦死說」的發展

在台灣「腦死說」沿革的介紹中，本文擬從台灣醫療發展進程來看「腦死說」如何首次在法律中被定義成為死亡，在這部分主要是以台灣神經學學會出版的《腦死=Brain Death》為主要既有研究著作來加以介紹，以做為台灣腦死說概念的陳述。台灣神經學學會出版的《腦死=Brain Death》的編著及執筆者，皆為腦死判定委員會委員，同時也是行政院衛生署鑒於腦死教育訓練需要而出版的專

<sup>20</sup> Report of the Ad Hoc Committee of the Harvard Medical School to Examine the Definition of Brain Death: A Definition of Irreversible Coma. JAMA 1968; 205: 338

<sup>21</sup> 陳榮基，〈Brain Death—台灣腦死判定的歷史及展望〉，《台灣醫學人文學刊》，1:1，民國 89 年 11 月，75 頁

<sup>22</sup> 邱浩彰等執筆，洪祖培編著，《腦死=Brain Death》，臺北市：合記，2006，初版，2 頁

<sup>23</sup> 同前註

<sup>24</sup> 同前註

<sup>25</sup> 劉祥仁，〈腦死判斷標準之沿革〉，《政大法學評論》，第 32 期，民國 74 年 12 月，8 頁

<sup>26</sup> 吳建昌、陳映燁、李明濱，〈死亡之重新定義：對於腦死之探討〉，《醫學教育》，第三卷第三期，1999 年，223 頁。另外，行政院衛生署衛署醫字第八八三〇一號公告之「腦死判定程序」，在說明中也明定我國腦死採取「腦幹死」。

書，編著者洪祖培對於我國腦死說的形成與腦死合法化有顯著影響力，因而此由台灣神經學學會出版的《腦死=Brain Death》對於台灣腦死研究也具有一定的代表性。《台灣醫界》雜誌在第 26 卷第 6 期〈腦死的判定為何？--記腦死定義第一次會議〉、第 26 卷第 9 期〈初論腦死之判定標準—記腦死定義第二次會議〉針對腦死定義第一次座談會和第二次座談會做了會議記錄並刊登於這兩期；第 27 卷第 5 期〈昏迷與腦死之評估〉和〈國內外專家學者再論腦死之判定標準〉則針對英國學者 Christopher Pallis 來台的演講及座談會討論做了記錄，本文以下也會以《台灣醫界》雜誌之座談會記錄為本，來做接下來台灣腦死說形成的介紹。

1983 年 5 月 18 日行政院衛生署邀請醫界和法界專家就「死亡之定義」舉行座談會，醫界與會人士認為腦死定義若能判定，對醫學界的進步有很深遠之影響<sup>27</sup>，因此此次會議決議成立「腦死定義」專案研究小組。同年 8 月，「腦死定義」專案研究小組召開第一次會議(腦死定義的第二次會議)，討論的重點包括腦死判定前的條件、應該排除的因素、對腦電圖是否應作為腦死判定的必要條件、二次判定檢查間隔時間、判定醫師之資格人數及有無必要規定做腦波檢查等。當時的中華民國醫師公會全國聯合會吳榮基理事長談到開會目的時強調，這次開會並非是要排除或修改死亡診斷的定義或條件，傳統定義死亡的三徵候說不能被輕易修改，但是為了人體臟器移植的進步與發展，需要確實檢討腦死的問題，除此之外，也因為醫療資源有限，要能有效地利用資源以減輕負擔，因而有重新討論死亡定義的必要<sup>28</sup>。隔年 1 月 13 日，此研究小組邀請英國學者 Christopher Pallis 來台演講，在演講內容中針對為何要使用腦死這個定義提出說明，Pallis 教授並未以器官移植及醫療資源需要來做解釋，而是以古代行刑的方式來說明為何「腦死說」能夠做為判斷死亡的標準。他在演講中指出，古代行刑以砍頭的方式做為執行死刑的方式，當頭顱掉下來的時候，心臟仍然在跳動，這種情況下我們並不能稱他為活人；而絞刑時，腦幹會斷裂、呼吸停止，但是心臟仍然會跳動，我們也會稱之為死亡，因而證立「腦死」這個說法在人類發展史上早已存在<sup>29</sup>。同時，也在演講中說明如何做腦幹死之診斷。在演講之外，亦舉行腦死判定會議，會中強調由「腦死」到「腦幹死」觀念的轉變，而這次座談會最大的收穫在於重視與強調「腦幹死之先決要件」，與會之學者一致認為，符合作腦幹死判定之病人如規定原發性之腦部結構上之損害，就可以避免掉後面繁複的程序；另外，也對腦電圖檢查是否應該做為腦幹死之判定依據做了討論，平坦的腦電圖並不代表已經腦死，而當腦幹已經死亡，大腦半球仍有活存之神經細胞，此時仍有可能呈現極低振幅之腦波存在，從中可以知道腦電圖做為腦死的判斷不具代表性<sup>30</sup>。

---

<sup>27</sup> 〈初論腦死之判定標準—記腦死定義第二次會議〉，《台灣醫界》，第 26 卷第 9 期，1983 年，11 頁

<sup>28</sup> 同前註

<sup>29</sup> 〈昏迷與腦死之評估〉，《台灣醫界》，第 27 卷第 5 期，1984 年，43 頁

<sup>30</sup> 〈國內外專家學者再論腦死之判定標準--腦死定義座談會記錄〉，《台灣醫界》，第 27 卷第 5 期，1984，49 頁

1984年3月底，長庚醫院公開宣布「腦死」定義，並在4月先後為兩位病人進行肝臟、胰臟的手術，由於當時台灣並沒有其他醫院公開宣布採用「腦死」標準，所以長庚醫院的做法引起了法界與醫學界很大的爭議。之後，經過多次的開會與討論，終於在同年的10月19日，中華民國醫師公會全國聯合會正式發表聲明書闡明腦死即為死亡的觀念，並說明腦死的判定步驟，先決條件、排除可逆性之昏迷，同時規定參加腦死判定醫師的資格與人數<sup>31</sup>。1985年6月，醫事法律學會成立，討論器官移植問題，洪祖培教授和其他醫師及法界人士討論相關問題<sup>33</sup>，表達立法需要性。

## (二)「腦死說」的法律定位--「腦死判定程序」及「腦死判定準則」

1987年6月19日，總統公布「人體器官移植條例」，該條例第四條第二項規定「前項死亡以腦死判定者，應依中央衛生主管機關之程序為之。」此為我國首次以法律確定「腦死」為死亡的判斷標準之一。1987年9月17日，行政院衛生署即依照人體器官移植條例的規定公告「台灣腦死判定程序」<sup>34</sup>(見表一)，並限定適用範圍「腦死判定程序建制之初，僅適用於人體器官移植條例之特定範圍」，附帶宣示「本署當視實際需要再檢討適用範圍」<sup>35</sup>。

<sup>31</sup> 邱浩彰等執筆，洪祖培編著，《腦死=Brain Death》，臺北市：合記，2006，初版，92頁

<sup>32</sup> 這次會議決議事項發布在1984年台灣醫界雜誌第27卷第12期25-31頁〈判定腦死之細節與注意事項對「腦死之判定步驟」與「參加腦死判定醫師之資格與人數」聲明書之補充〉一文中，由洪祖培講授講述。

本次決議的腦死判定步驟如下：

1. 判定前之先決要件(preconditions)
  - (1) 病人係遭受原發性之腦部結構損害。
  - (2) 病人陷入深度昏迷，不能自行呼吸而必須依賴人工呼吸器維持呼吸。
2. 排除可逆性之昏迷：
  - (1) 導致深度昏迷之原因，須為「無法醫治」之腦部結構損壞。
  - (2) 排除因為新陳代謝障礙、藥物中毒與低體溫所導致之昏迷。
  - (3) 如罹病之原因不明時，即應排除而不列入考慮之列。
3. 在使用人工呼吸器之狀況下，至少觀察12小時，觀察期間病人應呈持續之深度昏迷與不能自行呼吸，無自發性運動與抽蓄。
  - (1) 罹病原因如為情況明顯之原發性腦部損壞，則經過12小時之觀察即可。
  - (2) 罹病原因如為腦部受損而又有藥物中毒之可能時，須等藥物作用之半衰期過去之後，再觀察12小時；若藥物種類不明時，至少需觀察72小時。
4. 腦幹功能之測試：須完全符合上述1.2.3之條件後，才能進行具有「判定性」之測試。
5. 再度測試腦幹功能之間隔時間至少為四小時，如病人仍完全符合無腦幹反射與不能自行呼吸之條件，即可宣佈病人死亡。

參加死亡判定醫師之資格與人數：至少需兩位經過神經內科、神經外科、麻醉科或加護病房訓練的醫師。(兩位中至少有一位具有充分能力測試腦幹功能的神經內科或神經外科醫師)，但執行器官移植手術小組之成員應避免參加。

<sup>33</sup> 邱浩彰等執筆，洪祖培編著，《腦死=Brain Death》，臺北市：合記，2006，初版，93頁

<sup>34</sup> 民國76年9月17日行政院衛生署醫字第八八三〇一號

<sup>35</sup> 民國76年9月17日行政院衛生署公告 衛署醫字第八八三〇一號

說明：二、按「腦死判定程序」，其重點在於規定由合格之醫師、合格之醫院，運用醫學技術，

## 腦死判定程序

中華民國七十六年九月十七日行政院衛生署衛署醫字第六八八三〇一號公告  
中華民國七十七年十一月二十三日行政院衛生署衛署醫字第七六三一九九號公告修正表格  
一、二、三、

### 壹、腦死判定步驟

#### 一、判定前之先決條件：

- 1.病人陷入深度昏迷,不能自行呼吸而必須依賴人工呼吸器維持呼吸。
- 2.導致昏迷的原因已經確定。
- 3.病人係遭受無法復原之腦部結構損壞。

#### 二、排除可逆性之昏迷：

- 1.排除因為新陳代謝障礙、藥物中毒與低體溫所導致之昏迷。
- 2.如罹病之原因不明,即應排除而不列入考慮。

#### 三、在使用人工呼吸器之狀況下，至少觀察 12 小時。觀察期間，病人應呈持續之深度昏迷，不能自行呼吸且無自發性運動或抽搐。

- 1.罹病原因如為情況明顯之原發性腦部損壞,則經 12 時之觀察即可。
- 2.罹病原因如為腦部受損而又有藥物中毒之可能性時，須等藥物之半衰期過去之後，再觀察 12 小時，若藥物種類不明時，至少須觀察 72 小時。

#### 四、腦幹功能測試：須完全符合上列一、二、三之條件後，才能進行下列具有「判定性」之測試。

##### 1.第一次測試

##### (1) 腦幹反射之測試（必須完全符合下列六項條件）：

- 1 頭一眼反射消失。
- 2 瞳孔對光反射消失。
- 3 眼角膜反射消失。
- 4 前庭—動眼反射消失。
- 5 對身體任何部位之疼痛刺激，在顱神經分佈區範圍內，不能引起運動反應。
- 6 以導管在氣管抽痰時，不能引起作嘔咳嗽之反射。

##### (2) 能否自行呼吸之測試（必須完全符合下列四項過程）：

- 1 由人工呼吸器供應一〇〇%氧氣十分鐘，再給予九五%氧氣加五%二氧化碳五分鐘（惟在特殊情況下，可以調慢人工呼吸器換氧頻率方式為之），使動脈血中 PaCO<sub>2</sub> 達到 40mmHg 以上。
- 2 取除人工呼吸器並由氣管內管供應一〇〇%氧氣每分鐘供應六公升。
- 3 觀察十分鐘，以檢視是否能自行呼吸（必須符合完全不能自行呼吸之條件）。

以判定病人已否腦死—腦幹死亡。因判定腦死僅係死亡事實之認定，原不限適用於人體器官移植或其他特定事項。惟目前司法實務上，腦死判定僅為認定死亡事實標準之一，其判定程序涉及嚴格醫學技術之運用、無法廣泛實施，用以取代呼吸停止、心跳停止等傳統死亡認定標準，故腦死程序判定建置之初，僅適用於人體器官移植之特定範圍，本署當視實際需要再檢討適用範圍。

- 4 確定病人不能自行呼吸後，即應再把人工呼吸器接回個體身上。
- 2.第二次測試：第二次腦幹功能測試應在第一次測試完畢接回人工呼吸器至少四小時後為之，並應完全依第一次測試之規定程序進行。
- 五、腦死判定：經上述四—2.腦幹功能第二次測試，如病人仍完全符合無腦幹反射與不能自行呼吸之條件，即可判定病人腦死。
- 貳、腦死判定醫師之資格條件及參與腦死判定之人員
- 一、判定腦死之醫師，應兼具下列兩款條件：
- 1.具神經內科或神經外科或麻醉科專科醫師資格。
  - 2.曾接受行政院衛生署認可之腦死判定相關研習，持有證明文件者。
- 二、參與腦死判定之人員：
- 1.病人之原診治醫師。
  - 2.具判定資格之醫師二人。
- 參、腦死判定醫院之設備條件具人工呼吸器及測定血液氣體等腦死判定所需之設備。
- 肆、死亡診斷書之簽發由具腦死判定資格之醫師二人共同簽署腦死判定步驟紀錄，並由病人原診治醫師據以簽發死亡診斷書。

表一

註：為配合行政程序法於民國 91 年(2002)施行，所有法規必須依照行政院中央法規標準法，將 76 年(1987)公告的「腦死判定程序」廢止，同時於民國 93 年(2004)8 月 9 日公告「腦死判定準則」

將「腦死判定程序」和中華民國醫師公會全國聯合會在 1984 年 10 月 19 日發表的腦死判斷步驟的聲明相比，在腦死步驟的判斷上幾近相同。需特別注意的是，在「腦死判定程序中」，判定腦死之醫師只限「具神經內科或神經外科或麻醉科專科醫師資格」及「曾接受行政院衛生署認可之腦死判定相關研習，持有證明文件者」，這樣的資格限制使得能夠判定腦死的醫師大幅受到限制，因而在 2002 年 1 月，行政院衛生署修訂公告「腦死判定程序」<sup>36</sup>，將判定醫師資格範圍擴張，包括「神經科、神經外科專科醫師資格者」及「麻醉科、內科、外科、急診醫學或小兒科專科醫師資格，並曾接受腦死判定之訓練，持有證明文件者」。

<sup>36</sup>行政院衛生署 91.01.18. 衛署字醫字第 0910013419 號

「貳 腦死判定醫師之資格條件及參與腦死判定之人員

一、判定腦死之醫師，應符合下列資格條件之一：

- 1 具神經科、神經外科專科醫師資格者。
- 2 具麻醉科、內科、外科、急診醫學科或小兒科專科醫師資格，並曾接受腦死判定之訓練，持有證明文件者。

前款第二目之腦死判定訓練，其訓練課程，由中央衛生主管機關定之。」

1994 年中華民國移植醫學學會發函至行政院衛生署，研擬將腦死判定列為常規程序之可行性<sup>37</sup>。當時醫學學會的想法是，由於腦死的判定和器官移植緊緊連繫在一起，使得醫療資源大幅度的耗費在沒有治癒希望的腦死病患，因而剝奪其他可治癒病患使用醫療資源的機會與權益。4 月衛生署回覆中華民國移植醫學學會，經衛生署徵詢法務部、醫師公會、神經學會、麻醉醫學會、神經外科醫學會及腦死判定醫師，認為如果將腦死判定列為常規程序，其牽涉層面至為廣泛，仍須從法律、宗教、醫學、社會等多種角度深入探討，始能周延妥適，所以衛生署認為現行腦死之宣判仍宜侷限於器官移植<sup>38</sup>。

2004 年，由於行政院衛生署公布的「腦死判定程序」實施多年，有些規定實有檢討必要，故委由「腦死判定委員會」對原腦死判定程序作全面性的研討修正，行政院衛生署便於 2004 年 8 月 9 日頒布衛署醫字第○九三○二一一二五六號令，將原腦死判定程序改為「腦死判定準則」（見表二），將程序予以條例化<sup>39</sup>。

#### 腦死判定準則

第一條 本準則依人體器官移植條例第四條第二項規定訂定之。

第二條 腦死判定應在具有下列設施之醫院為之：

- 一、設有加護病房。
- 二、具診斷結構性腦病變儀器設備。
- 三、具人工呼吸器及測定血液氣體等腦死判定所需之設備。

第三條 腦死判定應符合下列各款之先決條件：

- 一、病人陷入深度昏迷，昏迷指數應為五或小於五，且必須依賴人工呼吸器維持呼吸。
- 二、病人昏迷原因已經確定。
- 三、病人係遭受無法復原之腦部結構損壞。

第四條 腦死判定，應排除可逆性之昏迷：

- 一、因新陳代謝障礙、藥物中毒或低體溫所導致之昏迷。
  - 二、罹病原因不明之昏迷。
- 前項第一款所稱低體溫，係指體溫低於攝氏三十五度。

第五條 進行判定性腦幹功能測試之前，應經觀察，其觀察期間如下：

- 一、罹病原因為情況明顯之原發性腦部損壞，應觀察十二小時。
- 二、罹病原因為腦部受損且有藥物中毒之可能性者，須逾藥物之半衰期後，再觀察十二小時。
- 三、藥物種類不明者，至少須觀察七十二小時。

病人在使用人工呼吸器之狀況下，於前項觀察期間內，應呈現並持續深度昏

<sup>37</sup> 邱浩彰等執筆，洪祖培編著，《腦死＝Brain Death》，臺北市：合記，2006，初版，95 頁

<sup>38</sup> 同前註，96 頁

<sup>39</sup> 同前註，97 頁

迷，至觀察期間末了，病人昏迷指數應為三，且無自發性運動、去皮質或去大腦之異常身體姿勢及癲癇性抽搐，始得進行判定性腦幹功能測試。

第六條 第一次判定性腦幹功能測試，包括腦幹反射測試及無自行呼吸測試，並應依下列次序進行：

一、腦幹反射之測試，必須完全符合下列條件，若因病人頭部外傷致臉部重創等特殊情況，致無法依序執行部分腦幹反射測試時，應敘明理由並進行其他測試，或必要時佐以儀器輔助檢查，以利正確判定：

- (一) 頭-眼反射消失。
- (二) 瞳孔對光反射消失。
- (三) 眼角膜反射消失。
- (四) 前庭-動眼反射消失。
- (五) 對身體任何部位之疼痛刺激，在顱神經分布區範圍內，不能引起運動反應。
- (六) 以導管在氣管抽痰時，不能引起作嘔咳嗽反射。

二、確認腦幹反射消失後，以下列步驟進行無自行呼吸之測試：

- (一) 由人工呼吸器供應百分之百氧氣十分鐘，再給予百分之九十五氧氣加百分之五的二氧化碳五分鐘使動脈血中二氧化碳分壓達到四十毫米汞柱以上。
- (二) 取除人工呼吸器並由氣管內管供應百分之百氧氣每分鐘供應六公升。
- (三) 觀察十分鐘，血液中二氧化碳分壓須達六十毫米汞柱以上，並檢視是否能自行呼吸。
- (四) 確定病人不能自行呼吸後，即應再把人工呼吸器接回個體身上。

第七條 第二次判定性腦幹功能測試，應在第一次測試完畢接回人工呼吸器至少四小時後始得為之，並應完全依第一次測試之程序進行。

第八條 經依前二條規定，完成連續二次判定性腦幹功能測試，如仍完全符合無腦幹反射與不能自行呼吸之條件，即可判定為腦死。

第九條 腦死判定之醫師，應符合下列各款之一之資格條件：

- 一、具神經科、神經外科、小兒神經科專科醫師資格者。
- 二、具麻醉科、內科、外科、急診醫學科或小兒科專科醫師資格，並曾接受腦死判定之訓練，持有證明文件者。
- 三歲至十五歲病人之腦死判定，宜由具判定腦死資格之小兒科專科醫師或小兒神經科專科醫師為之。

第一項第二款之腦死判定訓練，其訓練課程，由中央衛生主管機關定之。

第十條 腦死判定，應由具判定資格之醫師二人，共同執行；其中一人宜為具豐富經驗之資深醫師。

前項醫師施行腦死判定時，病人之原診治醫師應適度參與，提供病人資訊及瞭解腦死判定結果。

第十一條 病人之原診治醫師應填寫使用呼吸器昏迷病人腦死判定會診單 (格式如附表

一)及使用呼吸器昏迷病人腦死判定檢查表(格式如附表二)；施行腦死判定之醫師應共同簽署腦死判定檢視表(格式如附表三)，並由病人原診治醫師據以簽發死亡證明書。

第十二條 本準則自發布日施行。

表二

比較 1987 年的「腦死判定程序」和 2004 年的「腦死判定準則」，在腦死判定程序上規定地更為詳盡，尤其是在舊的「腦死判定程序」上，針對何謂「低體溫」或是何謂「深昏迷的昏迷指數」做出規定，特別修訂的內容包括：開放判定腦死資格之小兒科專科醫師或小兒神經科專科醫師參與 3 歲到 15 歲兒童的腦死判定、訂出「深昏迷的昏迷指數」為五或小於五以下、「低體溫」為低於攝氏 35 度等，另外也在準則第二條增設了腦死判定的醫院設施。特別需要討論而有疑義的部分是，準則第九條第二項增設了「三歲至十五歲病人之腦死判定，宜由具判定腦死資格之小兒科專科醫師或小兒神經科專科醫師為之」的規定，引起了許多爭議，此項爭議來源於準則僅規定三歲至十五歲，並未規定是否可以判定「三歲以下幼兒」，衛生署醫事處處長薛瑞元表示，「未滿三歲的幼兒中樞神經發展尚不完全，腦死判定不易，臨床上不建議對三歲以下幼兒判定腦死。」<sup>40</sup>。

1987 年行政院衛生署公告「腦死判定程序」時，在 76 年 9 月 17 日行政院衛生署衛署醫字第八八三〇一號的說明中指出，目前可以「腦死說」為死亡標準的範圍僅限於器官移植，由於判定程序涉及嚴格醫學技術之運用，還無法廣泛實施用以取代呼吸停止、心跳停止等傳統死亡認定標準。這樣的標準在 2004 年的「腦死判定準則」公布時，並未改變，因而目前在台灣的法規上，除了人體器官移植條例以外，其他法令並沒有針對死亡的定義做出規定，在適用上是否呈現兩種死亡標準，之後將說明之。

#### 肆、 死刑犯與器官捐贈：「執行死刑規則」裡的「腦死說」

##### 一、死刑犯的器官移植：催生「執行死刑規則」修正

由於腦死判定準則需要繁複的程序才能判定腦死，外加人民多半對於腦死說存有疑慮，因而使得器官捐贈的結果總是供不應求，在這樣的前提下，醫學界開始思考如何增加器官捐贈的來源，死刑犯捐贈器官便成為備選的方案之一。本文在這一部分將先試圖釐清台灣死刑犯捐贈的情況，擬透過聯合知識庫的新聞報導，拼湊出台灣死刑犯捐贈的歷史，由於新聞報導難免帶有立場，因而本文試圖藉由聯合報系及死刑犯器官捐贈的相關文獻，並參酌中時報系、中央日報的相關

<sup>40</sup> 2004-08-16/聯合報/A6 版/生活【腦死判定新準則三歲以下未規範 器官捐贈現爭議】

報導，相互比對以盡力描繪出全貌；在「執行死刑規則」的修正沿革討論中，則是以立法院公報修正草案總說明及會議記錄來理解修正動機及原因為何。

1990 年間，朱樹勳醫師擔任移植醫學會的理事長，面對器官來源不足的情況，積極向法務部遊說改變死刑執行方式，以使得願意捐贈器官的死刑犯能夠將其器官有利地運用。當時的死刑執行方式，一律是槍射擊心臟，但是這樣的結果是導致其他器官因為無法得到氧氣而壞死，只剩下眼角膜可以捐贈，如果在死刑犯願意捐贈器官時，將死刑執行方式改為射擊腦部，將可以將心臟等有用的器官予以捐贈。法務部隨後便詢問醫界意見，並在 1989 年 8 月以三點理由表示死刑以腦死判定的不可行：「一、執行死刑依規定係秘密進行，所以不宜事先通知醫院作移植器官之準備工作。二、槍擊頭部亦屬不人道。且國人普遍有根深抵固之「全屍」觀念，此種作法似難被國人所接受。三、以腦死判定死亡，依法僅於以人體器官移植為目的時，始有適用；執行死刑，以腦死判定死亡，尚缺乏依據。而且，同屬死刑執行，也不能因為受刑人是否志願捐贈器官而有兩種判定死亡之標準。」<sup>41</sup>但是經過幾次討論之後，法務部在 1990 年 8 月間決議修改「執行死刑規則」；因而在 1990 年 10 月法務部順應呼籲，修改「執行死刑規則」中部分條文，以法務部 79 令字第 15402 號發布全文九條<sup>42</sup>。修正內容如下<sup>43</sup>：

#### 「第二條

執行死刑，由檢察官會同看守所所長蒞視驗明，並核對人犯人相表、指紋表後送監執行，其因他案在監獄執行中者，會同典獄長辦理。執行前後應將受刑人拍照相片，報部備查。

受刑人執行死刑前，有捐贈器官意願者，應簽署捐贈器官同意書，並經配偶或三親等以內之血親書面同意。

#### 第三條

執行死刑，用電或瓦斯，在未置電氣刑具或瓦斯室前，得用槍斃。

執行槍斃時，應令受刑人背向行刑人，其射擊部位定為心部，行刑人應於受刑人背後偏左定其目標。射擊心部者，以心臟停止跳動為死亡。但對捐贈器官之受刑人，檢察官得命改採射擊頭部之執行死刑方式。射擊頭部者，以腦死為死亡。

#### 第五條

執行槍斃逾二十分鐘，執行電氣刑及瓦斯刑逾二小時後，由蒞場檢察官會同法醫學或醫師立即覆驗。

對捐贈器官之受刑人，執行槍斃，經判定腦死執行完畢，移至摘取器官醫院，作第二次腦死測試後，始得摘取器官。」

<sup>41</sup> 1989-08-06/聯合報/05 版/生活 【原因有三槍擊死刑犯頭部 法務部說不可行】

<sup>42</sup> 邱浩彰等執筆，洪祖培編著，《腦死=Brain Death》，臺北市：合記，2006，初版，94 頁

<sup>43</sup> 法務部公報第 126 期，修正執行死刑規則，中華民國 79 年 10 月 24 日法務部發布

這次的修正重點包括：

1. 若死刑犯在執行死刑前有捐贈器官的意願，除了需要簽署捐贈器官同意書之外，還需要經配偶或三親等以內之血親書面同意(第二條第三項)。
2. 兩種死亡定義：捐贈器官之受刑人，槍擊腦部，以腦死為死亡；無捐贈器官之受刑人，槍擊心部，以心跳停止跳動為死亡(第三條第二項)。
3. 對捐贈器官之受刑人，經過槍擊腦部二十分鐘之後，由檢察官及法醫師或醫師覆驗，判定腦死之後，開具死亡證明書；繼之移至摘取器官醫院做第二次腦死測試，始得移取器官(第五條第二項)。

1990年12月15日，高雄縣長庚醫院完成首例死刑犯器官移植工作，依據聯合晚報的報導指出，當天的流程概況如下：「長庚接獲高雄監獄附設刑場通知，即刻進行準備，今天上午4時長庚社會服務處處長葉高芳率泌尿科醫師謝輝和、麻醉科醫師姚文聲、骨科醫師陳松雄、社服課長蘇培人及助理護士、社工人員共8人到執行現場。5時30分醫護人員為張姓死刑犯麻醉同時作好各項準備。5時50分執行槍決，經醫師作完腦死判定，並由檢察官郭淵如認定後，繼續維持張姓死刑犯血壓及呼吸正常，趕在6時40分送返長庚醫院。9時完成第二次腦死判定，立即進行腎臟、骨骼及眼角膜摘取，同時先為張姓、鍾姓患者作腎臟移植，為董姓、吳姓患者作眼角膜移植。整個器官摘除手術在中午時分完成，因骨骼摘除後須先處理，無法立即移植。」<sup>44</sup>首次替死刑犯進行器官移植的結果是，張姓死刑犯因為血壓難以控制，導致心臟、肝臟等有用的器官無法移植，移植醫學會因而決定邀請神經內、外科學界另外商量槍決方式，提供法務部使器官能有效運用的參考<sup>45</sup>。

在執行死刑規則修正過後，台灣醫院也陸續開始做死刑器官移植的工作，但是爭議不斷，1991年1月，發生了死刑犯上救護車，身體發生抽動，因而將之送回刑場再補槍擊的情形「由林口長庚醫院領回的死刑犯，在腦部挨了兩槍之後，包括檢察官、法醫及所有醫護人員都認為他已經死了，因此送上救護車，未料，這時他的身子很明顯的發生了一些抽動，不曉得是否反射動作，為求慎重，執刑者祇好補上第三槍。」<sup>46</sup>針對此次死刑犯再回刑場補一槍的爭議，醫界開始重新思考死刑犯射擊腦部時的腦死判定問題「台大醫院麻醉科主治醫師范守仁指出，他們在死刑犯執刑現場簽署的資料，並非真正腦死判定文件，而是類似一般執行槍決完畢的文件，也未進行完整腦死判定，他認為，在這些腦死判定的執行上，有必要再做修

---

<sup>44</sup> 1990-12-15/聯合晚報/01版/要聞，【腦部槍決後 完成器官移植 高雄長庚醫院創下世界醫學史先例】

<sup>45</sup> 1990-12-23/聯合報/07版/社會觀察，【國內醫院決定劃分為南北兩區輪流接受 槍決頭部死刑犯捐器官 血壓難控制 浪費部分器官 將再研究槍決方式】

<sup>46</sup> 1991-01-04/聯合報/03版/焦點新聞，【「意外」抽動一下 再送回去補一槍 參與運送的醫護人員目睹「狀況」 另外一位曾一度有自行呼吸現象】

正，讓配合醫師「心安」。台大外科教授洪啟仁也說，槍決頭部要馬上死亡很難，為了避免發生爭議，可讓執刑後的死刑犯在刑場多留些時間，並以完整的設備維持血壓等生命徵象，直至判定腦死。」<sup>47</sup>。1991年4月，死刑犯黃嘉慶執行槍決後，送往台北榮總醫院準備做器官移植手術，但是到醫院之後卻發現生命跡象強烈，情況越來越好，也能夠自主呼吸「台北榮總一般外科主任雷永耀指出，這名廿五歲死刑犯昨天清晨在刑場槍決，並經該院神經科及麻醉科醫師會同法醫判定腦死後，由救護車接回榮總，預定在四個小時後進行第二次腦死判定，如果順利，就要進行腎臟移植。沒想到這名死刑犯的昏迷指數逐漸升至四分，超過一般腦死判定的二分，換言之，這名死刑犯「還活著」，基於醫德及醫療作業程序，該院不能為「還活著的人」做器官摘取工作。昨天清晨，曾陪同神經科及麻醉科醫師赴刑場的一般外科主治醫師龍藉泉指出，這名病患雖在刑場第一次腦死判定，但返院後卻仍有瞳孔及肌肉反應，究竟是什麼原因，實在很難說清楚，該院在遵守法律前提下，不便進行第二次腦死判定。」<sup>48</sup>。經過高檢署檢察官指示台北榮總醫院，隔天下午將黃嘉慶送回刑場，補上第二槍，在返回醫院的途中，黃嘉慶已呈現心跳停止的狀況，器官皆已不能使用，而無法完成器官捐贈。

這種發生兩次行刑的情形，使得執行死刑程序備受質疑，並衍生了許多法律問題，黃嘉慶在開具死亡證明書之後，他在法律上已經死亡，但是生命跡象強烈，並能自主呼吸，那這時候黃嘉慶到底算是「生」還是「死」？法律上要如何定位處於這種狀態的死刑犯？這些爭議導致後來在醫界與法界的檢討聲浪不斷。法務部研擬的方案包括「將死刑執行方式，建議增列絞刑及注射刑兩種」及「廢除現行執行死刑規則第五條第二項的後半段規定需經第二次腦死測試後，始得摘取器官之規定。這也表示，以後如有死刑犯願捐贈器官，只要在刑場做一次腦死判斷後，即可摘取器官。」<sup>49</sup>。改變執行死刑程序的目的是因為考量槍決腦部造成腦死判定的困難，而思考絞刑、注射刑是否較有利於判斷腦死。民國80年5月17日，修正「執行死刑規則」第2、3及第5條，修正條文如下：

#### 「第二條

執行死刑，由檢察官會同看守所所長蒞視驗明，並核對人犯人相表、指紋表後送監執行，其因他案在監獄執行中者，會同典獄長辦理。執行前後應將受刑人拍照片，報部備查。

受刑人於執行死刑前，有捐贈器官之意願者，應簽署捐贈器官同意書；如有配偶或三親等以內血親者，並應經其中一人之書面同意。

<sup>47</sup> 1991-01-05/聯合報/06版/社會觀察·大家談，【死刑犯槍決頭部 醫界提「安心」的建議 對目前發生「補二槍」的意外 醫政處與醫師相約談刑場腦死判定程序問題】

<sup>48</sup> 1991-04-16/聯合報/07版/社會新聞，【死刑犯捐出器官 槍決後送往榮總「死」而復活仍有生命徵象 醫師不敢操刀 送回刑場補兩槍？坐視等到他腦死？難題無標準答案】

<sup>49</sup> 1991-04-24/聯合報/01版/要聞，【刑執行擬增列絞刑及注射刑 法務部尋求可造成腦死卻不傷及器官的藥物】

### 第三條

執行死刑，用電或瓦斯，在未置電氣刑具或瓦斯室前，得用槍斃。

執行槍斃時，應令受刑人背向行刑人，其射擊部位定為心部，行刑人應於受刑人背後偏左定其目標。**但對捐贈器官之受刑人，檢察官得命改採射擊頭部之執行死刑方式。**

執行槍斃時，行刑人與受刑人距離，不得逾二公尺。

### 第五條

執行槍斃逾二十分鐘，執行電氣刑及瓦斯刑逾二小時後，由蒞場檢察官會同法醫師或醫師立即覆驗。

**對捐贈器官之受刑人，執行槍斃，經判定腦死執行完畢，始移至摘取器官醫院摘取器官。」**<sup>50</sup>

修改的部分包括，將第二條第二項「並經配偶或三親等以內之血親書面同意」改成「如有配偶或三親等以內血親者，並應經其中一人之書面同意」；第三條第二項刪除「射擊頭部者，以腦死為死亡」；第五條第二項刪除「作第二次腦死測試後，始得摘取器官」；本次修正並沒有改變執行死刑的方式。「執行死刑程序修正草案總說明」指出修正重點：

「惟為顧及未婚(無配偶)者」及無三親等以內血親者，亦能達成捐贈器官遺愛人間之心願，並為避免在醫院做第二次腦死測試所導致無法移植器官的困擾，除已建請行政院衛生署另行訂定有關死刑受刑人執行死刑之腦死判定程序外，爰經衡現行法律規定及實際作業需要，修正部分條文。其修正重點如下：

- 一、規定有捐贈器官意願之死刑受刑人，應簽署捐贈器官同意書；如該死刑受刑人有配偶或三親等以內血親者，並應其中一人之書面同意。(第二條第二項)
- 二、關於死亡之規定，係屬法律規定事項，不應做另外規定，故刪除之。(第三條第二項)
- 三、關於腦死測試、摘取器官等，係屬摘取醫院器官職責，應依人體器官移植條例辦理，故予刪除。(第五條第二項)」<sup>51</sup>

另外我們從民國 80 年 3 月 14 日司法委員會第八十七會期第二次會議的會議記錄，來試圖理解本次修正的理由為何，該次會議決議如下：

---

<sup>50</sup> 法務部公報第 132 期  
民國 80 年 5 月 17 日法務部公布  
修正執行死刑規則

<sup>51</sup> 立法院公報：080 卷 043 期 總號：2467，102-103 頁

「另作成兩項建議，請法務部參考：

- 一、 第三條第二項，「射擊心部者，以心臟停止跳動為死亡」及「射擊頭部者，已腦死為死亡」，涉及死亡之定義，應屬法律規定事項，不應在此規定，應予刪除。以免發生爭議。
- 二、 第五條第二項，「作第二次腦死測試後，始得摘取器官」，此部分已屬摘取醫院之職責，依「人體器官移植條例」之規定，或規定於其他施行細則中即可，不需在此規定。應予刪除。」<sup>52</sup>

從會議記錄來看，此次的爭議主要在於「執行死刑程序」與「人體器官移植條例」扞格的情形。在會議討論中，周荃委員認為第二條第二項原先規定除了死刑犯本身的意願之外，另外也需要配偶或是三親等以內的親屬的同意，規定顯然比「人體器官移植條例」第6條<sup>53</sup>嚴格，並質疑如果死刑犯自身都願意捐贈器官，社會並均以表示正面的態度，為何還要如此嚴格的限制；而修正草案說明中則是指出，為顧及無配偶或是無三親等內血親者也可能有意願捐贈器官，因而加以修正。再者，原本第三條第二項規定了兩種死亡判定標準，陳水扁立委質疑，規範在「執行死刑程序」可能會違憲的情形，因為「執行死刑規則」無權將死亡做定義，針對「執行死刑規則」的法源是來源於「人體器官移植條例」的說法，陳水扁委員認為「人體器官移植條例」第四條只是有腦死的規定，但並非是在對於死亡做出定義，因而「執行死刑規則」作為行政命令，在法律位階上並不能在第三條做出死亡的定義<sup>54</sup>。另外，第五條第二項規定兩次腦死判定程序，會產生經過檢察官及法醫或醫師認定為死亡之後，但是第二次腦死判定程序定位不明的問題，在第一次腦死判定程序和第二次腦死判定程序間，死刑犯的定位為何？如果第二次腦死判定程序，移植醫院醫師認為死刑犯尚未死亡，又該如何？這些爭議等等都懸而未決。

從這次的修法來看，第三條第二項雖然刪除了腦死的規定，但是由於第五條仍然規定需要經過「腦死判定程序」，因而雖說將「腦死」改為「死亡」，但是在死刑犯器官捐贈的情形，仍然是採用腦幹死來判斷死亡。另外，第五條第二項刪除了第二次腦死判定程序，並認為這應該是摘取醫院的職責，修正草案說明中指出應該依「人體器官移植條例」之規定來進行，但是本文看不出來當死刑犯在刑場經過腦死判定並定位為死亡之後，要如何跟「人體器官移植條例」的規定互符合，如果摘取醫院這時候按照「人體器官移植條例」第四條授權規範的「腦死

<sup>52</sup> 立法院公報：080 卷 070 期 總號：2494，42 頁

<sup>53</sup> 人體器官移植條例第6條：

醫師自屍體摘取器官，以合於下列規定之一者為限：

- 一、死者生前以書面或遺囑同意者。
- 二、死者最近親屬以書面同意者。
- 三、死者生前為捐贈之意思表示，經醫師二人以上之書面證明者。但死者身分不明或其最近親屬不同意者，不適用之。

<sup>54</sup> 立法院公報：080 卷 070 期 總號：2494，39 頁

判定程序」進行腦死測試，而認為死刑犯尚未腦死，是否還能摘取器官？似乎是將問題丟給醫學來決定，造成醫師在適用上的為難<sup>55</sup>。

在同年 11、12 月間，國外人權團體表達對於台灣使用死刑犯器官的抗議，台灣神經醫學會及麻醉醫學會也表示因為死刑執行程序判斷腦死的標準和一般腦死判斷標準不同，因而呼籲會員拒絕做死刑犯的腦死判定<sup>56</sup>。同時，在這波抗議聲浪中，引起質疑的也包括死刑犯是否是自願同意捐贈器官，國外人權團體認為我國死刑犯捐贈器官是基於強迫，而非基於自身的同意，這是由於我國死刑犯願意捐贈的比例相當高；另外，也認為我國有為了取得死刑犯器官，而使得死刑判決增多的情形「衛生署、教育部和中華民國移植醫學會，最近都曾接到美國和英國多個人權團體的抗議信，指我國為了取得死刑犯的器官將死刑改為不人道的槍擊頭部，同時這些團體還在國外的媒體中，指控台灣為了取得移植器官，被判死刑的人年年增加，他們甚至懷疑這些死刑犯所以同意捐出器官，可能出於被迫。」<sup>57</sup>，針對並非出於自願的說法，法務部表示，死刑犯是為了要贖罪才會自願捐贈器官；而針對是否因為使用死刑犯器官而導致死刑判決年年增加，朱樹勳醫師表示：「台灣地區的死刑犯在七十七年只有個位數，七十八年有六十八個，七十九年增加為七十二個，是年年都增加，可是外科醫師用死刑犯的器官做手術是七十九年才開始，若硬指死刑犯是因移植需求而增加，根本是空穴來風。」<sup>58</sup>

2001 年 7 月，有鑒於「執行死刑規則」規定的腦死判定程序和依人體器官移植條例為法源依據的「腦死判定程序」的標準不同，法務部便希望衛生署能夠就死刑執行時的腦死判定標準提供意見，但是在開會時並未提到死刑執行的腦死判定標準，衛生署僅明確表示不可能放寬腦死判斷標準。在這種情形下，法務部思考廢除死刑犯捐贈器官的規定「法務部研議死刑犯捐贈器官將「回歸」衛生署人體器官移植條例，符合腦死判定程序。對此，衛生署指出，過去我國捐贈器官死刑犯的腦死判定程序屢遭國際醫界批評，認為違反醫學倫理與人權，未來國內器官捐贈應以推動一般人死後自願捐贈為主，不要再動死刑犯器官的腦筋。」<sup>59</sup>2001 年 8 月，法務部在研究之後，初步決定保留死刑犯捐贈器官的規定，但是將「判定腦死執行完畢」的規定加以修改。「法務部官員指出，現行腦死判定是針對一般病患「求其生」的精神所訂，目的在保護患者，避免其在未死亡即被摘除器官；死刑犯則是要求其死，很難適用一般的腦死判定標準，法務部因而決定將兩者脫鉤，刪除執行死刑規則第五條第二項「經判定腦死」的文字。由於外界

<sup>55</sup> 1998-03-30/中國時報/台北都會，【捲入腦死判定 醫師很為難：「執行死刑規則」和「腦死判定條例」有牴觸 應予釐清】

<sup>56</sup> 1991-12-01/聯合報/05 版/生活，【神經科:不再出面判定;外科:法律致死,應協助達成心願 ... 死刑犯捐器官 腦死判定 醫界兩套論調 官員認作法為世界認同標準 台灣沒必要例外】

<sup>57</sup> 1991-11-24/聯合報/06 版/社會觀察，【移植死囚器官 海外分傳抗議 下周二各國醫師論是非】

<sup>58</sup> 同前註

<sup>59</sup> 2001-07-27/聯合報/8 版/社會，【腦死嚴謹判定 死刑犯器捐將成絕響 法務部將回歸人體器官移植條例的規定 有人肯定尊重生命 有人指杜絕機會】

對捐贈器官死刑犯腦死判定不符「人體器官移植條例」的規定，在衛生署拒絕修法後，法務部一度提出廢除死刑犯捐器官的構想。捐贈器官的死刑犯槍擊部位在腦部，無法依人體器官捐贈條例規定的腦死程序判定死亡，和一般心臟停止跳動的死亡也不同，醫師要依什麼標準來判定該死刑犯「已死亡」？法務部官員說，將由醫師作決定。」<sup>60</sup>2002年12月31日，因而修正「執行死亡規則」，除了在第三條將死刑執行方式改為「藥劑注射或槍斃」外，並在第五條將原來的「經判定腦死執行完畢」，改為「經判定死亡執行完畢」<sup>61</sup>，立法理由為「基於現行執行死刑之經驗，死刑犯被射擊腦幹後即可認定其死亡，並為使器官捐贈受刑人之器官摘取能順利進行，「腦死」文字修正為「死亡」，以符時需。」<sup>62</sup>避免了法學需要判定死亡的爭議，把死亡判定完全交由醫師決定。

2006年開始，台灣已經連續四年未執行死刑，因而死刑犯捐贈器官的問題暫時得到了解決，但是在台灣尚未廢除死刑之前，這一直都是潛藏而無法逃避的問題。可惜的是，2010年4月30日，台灣發生了槍響，4名死刑犯被執行了死刑，北所的兩名死刑犯沒有捐贈器官，後續台灣是否會陸續發生槍響使得死刑犯器官捐贈時的死亡判定問題浮上檯面，值得觀察。

## 二、死刑犯器官移植的規範—讓誰生，讓誰死

因為器官移植來源的短缺，因而我國藉由死刑犯之死亡換取接受器官移植之人的生，希望死刑犯能夠遺愛人間，同時做為一種贖罪。從我國發展死刑犯器官移植的歷史來看，整個腦死判定過程爭議不斷，生與死之間的拉鋸更顯得分明，在這一部分本文試圖就這些歷史文本為對象做分析。

從法務部79令字第15402號發布的死刑執行情序修正的三條內容來看，其規定當槍擊逾二十分鐘之後，由醫師和檢察官覆驗，判定第一次腦死，開具死亡證明書後，將器官移植醫院再進行第二次腦死判定程序。這樣判定腦死的程序和規定在76年的「腦死判定程序」需要有判定的先決條件及觀察12小時接著進行第一次腦死測試，經過四小時，再進行第二次腦死測試後判定死亡是迥然不同的。陳榮基醫師表示「「死刑犯」接受槍擊頭部，在嚴重失血的情況下，根本無法等十六小時，這將會導致血壓太低、心臟停止，也就無法完成「器官移植」的工作。死刑犯槍擊腦部位置主要的部位是在耳朵上方，也就是所謂「腦幹」的位置，一槍下去之後，耳朵往往已爛、眼睛發腫，在步驟上無法做灌冰水與瞳孔放

---

<sup>60</sup> 2002-08-07/聯合報/8版/社會，【死刑犯捐贈器官規定「腦死判定」字眼刪除】

<sup>61</sup> 修正執行死刑規則第5條 執行槍斃或藥劑注射刑逾二十分鐘後，由蒞場檢察官會同法醫師或醫師立即覆驗。對捐贈器官之受刑人，執行槍斃，經判定死亡執行完畢，始移至摘取器官醫院摘取器官。

<sup>62</sup> 立法院第五屆第三會期第二次會議議案關係文書，報十六

大的鑑定。」<sup>63</sup>。另外，針對刑場判定腦死的可信性，台大醫院麻醉科主治醫師范守仁指出，「刑場的設備不足，「氣氛」不對，醫師無法靜心研判死刑犯是否真正「腦死」，這也是為什麼台大醫院過去接回的死刑犯在返院途中仍有呼吸」；「另外，刑場缺乏相關設備，第一部分進行腦幹反射的測試，即使醫護人員帶妥手電筒、耳鏡、冰水等器材，再輔以肉眼觀察，也難以完全做到；第二部分自主呼吸測試，則更難實施。再者，到刑場做「腦死」判定也有一個疑慮；如前所述，一般器官捐贈者在進行首次腦死判定前要先觀察十二小時，但因刑場所在地點特殊，若觀察十二小時後再接回醫院，內臟器官早已不能使用。」<sup>64</sup>。李伯皇醫師在訪問中提到「腦神經外科醫師表示，犯人在槍決前都打過麻藥，麻藥未退會影響中樞神經，因此應該等待 24 小時麻藥退後，才能準確判斷死刑犯是否真的腦死。但這是很困難的，在刑場根本不可能等 24 小時。」<sup>65</sup>在這樣有許多疑慮的情況下，我們竟然可以輕率地判斷一個人已經腦死而處於死亡狀態，這也是為什麼在 1991 年會發生上了救護車，甚至已經到了器官移植手術台上，死刑犯身體仍在動，還回到刑場補上一槍的情況，倡議死刑犯捐贈器官的朱樹勳醫師針對這樣的論點，仍認為死刑犯早就是已經經由死亡判決定讞而為非死不可的人，這樣跟一般人不同的人，可以用另外一套腦死判定程序沒有關係。如果說刑場沒有足夠的設備以判斷腦死，那麼所做的腦死判定有可能會將活的人恣意地判斷為死亡，從朱樹勳醫師的論點來看，其無寧是認為死刑犯已經不具備人的資格，因而就算是程序很粗糙也無礙於腦死判斷，因為醫學的功利性質而任意將死刑犯的身體做為客體加以運用可見一般。

我們再看到當黃嘉慶事件發生二次行刑後，在民國 80 年 5 月 17 日，修正「執行死刑規則」第五條，刪除了第二次腦死判定程序。我們剛剛已經說過，在刑場因為氣氛不對、設備不足，使得腦死判定產生困難，因而才會發生一次又一次死刑犯在返回醫院途中，仍有生命跡象的事件。在這樣的情況下，法務部為了解決這個狀況，為避免兩次腦死程序不同，索性去掉第二次腦死程序，這等於明知道有問題的情況下，縱使又發生死刑犯槍決之後返回醫院途中仍有生命跡象，也因為已經被判定腦死，而直接進行器官移植，這樣掩耳盜鈴的處理模式，等於是在活體裡面進行器官移植，或是讓扮演救人角色的醫師轉變成了劊子手？在民國 80 年 3 月 14 日司法委員會第八十七會期第二次會議的會議記錄裡，我們更可以發現這種荒謬性。周荃委員發言提問：「法務部應該堅持。受刑人一送醫院就要上手術檯做解剖了，若他沒有腦死，是否要送回監獄再補一槍，再送回醫院？這對生者和死者都很殘忍，很不人道。」、「若第二次判定時發現並沒有腦死，怎麼辦？」<sup>66</sup>，當時的法務部長呂有文回答道：「這是程序問題，在實務上不可能，一

<sup>63</sup> 1991-01-13/中央日報/生活，【沿用舊規需時太長 將錯失器官移植最佳時機】

<sup>64</sup> 1991-05-03/聯合報/24 版/繽紛，【話題點線面 你只能死兩次 如何確定他死了】

<sup>65</sup> 陳玉梅，〈李伯皇(台大醫院一般外科教授)--外科高手台灣牛〉，康健雜誌，第 027 期，2001/01/01 出刊

<sup>66</sup> 立法院公報：080 卷 070 期 總號：2494，35-36 頁

定會死亡的。」<sup>67</sup>。本文對於這段對話，一直存在著疑惑，周荃委員顯然是認為，受刑人在刑場被判斷為腦死之後，不管其之後是否有生命跡象，都一律送上手術檯進行解剖，這樣的作法較回刑場挨第二次槍人道；而法務部長呂有文在會議記錄裡的答覆充分顯露了他對於第二次腦死判定的不理解，回話內容都是「這是衛生署規定的程序」、「這是程序問題，實務上不可能發生第二次腦死判定還未死亡的情況」，顯然想將問題丟回給醫界。因而，我們可以看到「執行死刑規則」第五條修法把第二次腦死判定拿掉，似乎是認為只要經過一次腦死判定，開具死亡證明書後，就可以進行器官移植手術。在本文整裡死刑犯捐贈器官的論述中常常會看到的說法是，由於死刑犯是一定要死的人，而「執行死刑程序」就是要為了「求其死」而存在的規範，在這樣的情況之下，腦死判定似乎不必像「腦死判定程序」這麼嚴格，在粗糙的腦死判定之後，無論他到底是否具有生命跡象，反正他都要死，因而直接移至摘取器官醫院進行移植手術，也沒有關係。但是有趣的是，針對這種說法，法務部顯然也無法大膽地採取，在修正草案總說明中強調第二次腦死測試是「移植醫師」的問題，並要依照「人體器官移植條例」來進行程序。但是問題在於，我們可以看到在「腦死判定程序」對於腦死的判定是經過兩次腦死測試，才能判定病患已經腦死；「執行死刑程序」是在刑場作第一次腦死判定之後，死刑犯在法律上就已經「死亡」，那麼如果要配合「腦死判定程序」而進行第二次腦死測試，就還是會發生難以定位死刑犯在第二次腦死測試前，到底是「生」還是「死」的難題。再者，如果摘取器官醫院沒有依照「腦死判定程序」進行腦死判定，直接將送至醫院之死刑犯摘取器官，是否違法而構成刑法上的殺人罪？在在都顯示了「執行死刑規則」和「腦死判定程序」的扞格，造成適用法律上的困難。

接著，2001年7月，再一次地修正「執行死刑規則」，將「執行死刑規則」第五條的「腦死判定」改成「死亡判定」。如同前面所述，在我國死刑犯捐贈器官被國際人權團體抨擊之後，針對「執行死刑規則」和「人體器官移植條例」不相符的規定，法務部研擬修改，修改的方向包括廢除死刑犯捐贈器官的規定，或是將死刑犯捐贈器官規範在「人體器官移植條例」以符合法例。但是針對後者，衛生署不願意放寬規定，在法務部初步不願意放棄死刑犯器官捐贈的情形下，最後決定了打模糊仗的修正：將腦死判定改成死亡判定，而將燙手山芋全盤交給醫師。「醫師要依什麼標準來判定該死刑犯「已死亡」？法務部官員說，將由醫師作決定」<sup>68</sup>。因而關於台灣法律上判斷死亡的標準，包括了「基準不明特殊的死亡/腦死/三徵侯的死亡」三種判斷死亡的方式<sup>69</sup>。

另外，針對法務部認為死刑犯是基於贖罪才願意捐贈器官的說法，本文引述

---

<sup>67</sup> 同前註

<sup>68</sup> 同註 60

<sup>69</sup> 李茂生，〈台灣における臓器移植の光と陰〉，2009年7月8日，刊登於<http://lms.posterous.com/1896139>，最後瀏覽日：2010/4/18，7頁

周志文於中國時報人間副刊的文章如下「…器官移植的捐者受者應該出於絕對的自願。對死刑犯摘取其器官，表面上是合乎自願的條件，但實際上在恐懼的氣氛中，即使不採威脅的手段也極容易濫用，而形成與人道相反的野蠻行為。」<sup>70</sup>

林忠義在〈死刑犯捐贈之研究〉一文中，也提到「死刑犯遭囚禁於監獄牢房內，除了是在重刑犯房外，如同筆者(林忠義)訪談的看守所主管所述，通常也多了一副腳鐐，基本行動自由已經喪失，不管吃、喝、拉、撒、睡、洗澡、脫衣檢身，任何個人隱私全暴露在監所管理員的嚴密監控下，連閱讀書報種類、內容，與他受刑人的對話，或與親友的會面、通信，均在管控之中，換言之，監所對死刑犯，不單單是外在身體的戒護，亦包含內在心靈的禁錮。」<sup>71</sup>處於這樣一種管控及恐懼的氣氛當中，根本毫無自主做決定的可能，以表面假象的同意來使得器官捐贈獲得正當性，再對外宣稱捐贈器官是死刑犯的權利？外加上粗糙的腦死判定方式，死刑犯在手術檯上，就如同活生生地被開膛剖肚。

## 伍、「腦死說」的浪潮？刑法的死亡判斷標準

### 一、台灣法令判斷「死亡」標準的不同？

從我國「腦死」的沿革來看，我國腦死說的形成自始就與器官移植環環相扣，在 1983 年 8 月 19 日腦死定義專案研究小組的第一次會議中，吳基福理事長在開會目的指稱「爲了人體臟器移植的進步與發展，我們確實需要另外再檢討腦死的問題」，並也引用哈佛大學特別委員會發表報告的前言，指出除了基於器官移植的需要之外，另外也因為避免醫療資源的浪費，而有重新定義死亡的必要。雖然英國學者 Christopher Pallis 從古代行刑制度，以「砍頭」、「絞刑」來證立「腦死說」早已在人類發展史中出現，但是如果我們從爲何「腦死說」會成爲現今死亡標準之一的爭議的發展脈絡來看，我們仍然可以發現醫學目的在此扮演非常重要的角色。從我國腦死說形成的發展來看，一直都是由醫界基於醫療發展的需要而催生腦死說的立法。雖然醫界在會議中也主張應該要使得腦死和器官移植區分，認爲腦死是由醫生決定病患的死亡時點，器官移植牽涉到法律與倫理的問題，兩者不應該混爲一談，也不該由醫學負起完全的責任，但是從本文整理出來的腦死發展脈絡來看，兩者自始就無法脫鉤來談。目前台灣的法律，也是將「腦死說」限定在人體器官移植的場合，行政院衛生署衛署醫字第八八三〇一號在說明中指出「腦死程序判定建置之初，**僅適用於人體器官移植之特定範圍**」，因而台灣法律在「腦死說」的死亡定義自始就和器官移植緊緊相扣。而當腦死說形成了一種新的死亡判斷標準，刑法做爲一種法律，是否也受到影響而改變了死亡判斷標

<sup>70</sup> 1991-10-02/中國時報/人間副刊，【死刑犯的器官】

<sup>71</sup> 林忠義，〈死刑犯器官捐贈之研究〉，《月旦法學雜誌》，155 期，2008 年 4 月，113 頁

準？在腦死說尚未常規化成爲一般死亡判斷標準時，現行的刑法在死亡上是採取什麼判斷標準？實有疑問。

前文說過，1960 年代之後，由於人工生命維持系統的出現，使得傳統死亡定義不再能夠適用在頭腦已經受到不可回復損害，但呼吸、心跳不能自主運作，而能依靠人工生命維持系統維生的病人，處於這種狀態的病患，我們在刑法上應該如何評價？如果依照傳統的死亡定義，那這時候的病患應該仍是「人」，如果這時候有人移除人工生命維持系統，此時在刑法上會被評價爲殺人罪(刑法第 271 條)；但如果認爲病患已經死亡，那麼就應該評價爲「屍體」，此時移除人工維持系統的動作，就應該評價爲侵害屍體罪(刑法第 247 條)。此時應該適用什麼標準界定死亡，就成爲重要的問題。

由於我國法令目前只有在人體器官移植條例明文採用「腦死說」的死亡標準，2004 年 8 月 9 日行政院衛生署公告衛署醫字第八八三〇一號在說明中指出「惟目前司法實務上，腦死判定僅為認定死亡事實標準之一，其判定程序涉及嚴格醫學技術之運用、無法廣泛實施，用以取代呼吸停止、心跳停止等傳統死亡認定標準」，也就是說，目前我國法律上出現兩種判斷死亡的標準，出現了同樣是人卻又不同判斷死亡標準的狀況<sup>72</sup>。1994 年中華民國移植醫學學會曾發函至行政院衛生署，研擬將腦死判定列爲常規程序之可行性<sup>73</sup>，但是當時行政院衛生署以腦死判定程序涉及各個領域的問題，而認爲無法將之常規化。傳統刑法認定死亡亦是採取「心跳與呼吸停止說」或「綜合判斷說」<sup>74</sup>來判斷死亡<sup>75</sup>，當「腦死說」成爲新的死亡判斷標準時，在刑法上是否也要適用「腦死說」來作爲死亡判斷標準？目前實務仍是採取「心跳與呼吸停止說」，而學說則越來越多有認爲應與醫學配合採用「腦死說」的見解。在下一部分我們將看刑法學說如何認定刑法上死亡的判斷標準，如果刑法學者也認爲刑法上判斷死亡的標準必須採取「腦死說」，那麼是否是因爲刑法自身的目的而採取這個標準？刑法死亡定義是否需要開放讓醫學知識補充？

## 二、醫學判斷與刑法評價

針對我國刑法在死亡定義上是否亦採取腦死的觀點，王富茂律師引用我國刑法學者周治平的說法認爲，「刑法本身不宜存自生物學或醫學之觀點理解『人』，應從規範與社會倫理立場認識之。」<sup>76</sup>，因而，刑法是否應該要從擺脫醫學知識？

---

<sup>72</sup> 林忠義，《從多元觀點省思器官捐贈制度的應有走向-以屍體器官捐贈爲中心》，國立交通大學科技法律學程碩士論文，民國 91 年，30 頁

<sup>73</sup> 邱浩彰等執筆，洪祖培編著，《腦死=Brain Death》，臺北市：合記，2006，初版，95 頁

<sup>74</sup> 即傳統以心跳、呼吸停止與瞳孔放大的三徵侯說的見解

<sup>75</sup> 林山田，《刑法各罪論(上冊)》，增訂二版，1999 年 9 月，28 頁；三版，2002 年 3 月，28 頁

<sup>76</sup> 周治平，《刑法各論》，民國 59 年 9 月 16 日，初版，台北市：三民書局，612 頁

但是王律師又在同篇文章指出「就刑法保護生命之立法精神而言，自應止於現行醫療科技水準，尚有回生可能性之個體，才有保護人格法益之意義。」<sup>77</sup>，因而應採取腦死的觀點；類似贊成腦死說的理由也出現在刑法學者林山田〈死亡概念與刑法〉一文中，該文針對刑法中的死亡定義做出見解，認為傳統心死有修正及補充之必要，並提出五點理由：「1. 人類的生命中樞並非在於心臟或其他臟器，而是在於腦，腦部功能永久而完全地喪失，雖其他臟器仍有一定時限的生命能力，但就整體生命而言，已了無意義。…2. 就人類學的觀點而言，人乃具有靈與肉的「本體單元」；就法律而言，自然人並非只是所有臟器功能的集合體 (Aggregat)，而是具有法律人格的完整個體，具有精神或靈性活動力的人，才算是法律人格者。人的所有精神或靈性活動，係腦功能，而非心臟功能的產物。…3. 死亡固然兼具法規範與醫療科技的概念本質，死亡時點的認定，並非一種法概念，而是必須依賴醫學知識，始能決定的事實現象。因此，刑法的死亡概念，以及死亡時點的認定，務必顧及醫療科技的現況；而不能固守在一成不變的概念及認定標準之上。…4. 刑法的生命保護應僅止於就醫療科技水準，尚有回生可能性的個體，假如就醫學專業知識可以斷定，已無回生可能性的腦死，則刑法的法益保護，即無意義，而可考慮捨棄此等保護。…5. 在通常一般情況下，缺氧狀態係因心死所造成，由於心先死，而後腦缺氧才死，所以，心死係早於腦死，以腦死認定死亡時點，在通常情況下，自然不會發生較心死提前時點的現象。只有腦在心跳與血液循環停止前死亡的少數例外情況，如採腦死概念，才會使死亡時點的認定提前。」<sup>78</sup>從林山田提出的五個理由可以看出，其認為刑法上的死亡定義應該以腦死說輔助心死做為標準，提出的主要論點為腦部為生命中樞、腦部是人之所以為人的存在，另外也認為死亡時點必須要顧及醫學科技的發展狀況、刑法的生命保護應僅止於醫療科技水準等。觀其理由，除了試圖要以「生命意義」證實腦死說的正當性之外，也明確指出刑法上對於死亡概念以及時點認定必須要依賴醫療知識加以界定。在其《刑法各罪論》二版教科書中也指出「刑法界因認為死亡時點應依醫學範疇而為認定，刑法之死亡概念不應與醫學之死亡概念，分道揚鑣，而形成重雙認定標準。因此，刑法亦宜跟進，而改採腦死概念。」<sup>79</sup>從這裡可以看出醫學知識論述的發展如何影響刑法學者對於刑法死亡定義概念的建構。另有學者直接採取「腦波消失說」，即以腦波不在出現時為人之死亡，僅說明因應醫學進步，但並未加以深論<sup>80</sup>。由於我國人體器官移植條例之腦死係採「腦幹死」<sup>81</sup>，在「腦死判定程序」與「腦死判定準則」當中都沒有規定需要腦波的檢查，因而這裡刑法學者採取「腦波消失說」是否是以「全腦死」為判斷標準，須

<sup>77</sup> 王富茂，〈也談死亡之法律定義〉，《醫事法學》，第一卷第二期，民國 74 年 7 月，67 頁

<sup>78</sup> 林山田，〈死亡概念與刑法〉，《政大法學評論》，第 32 期，民國 74 年 12 月，25-26 頁

<sup>79</sup> 林山田，《刑法各罪論(上冊)》，增訂二版，1999 年 9 月，32 頁

<sup>80</sup> 蔡墩銘，《刑法各論》，修訂六版，2008 年 2 月，台北市：三民，29 頁；陳煥生等著，《刑法分則實用》，二版，2009 年，台北市：一品，327 頁

<sup>81</sup> 民國 76 年 9 月 17 日行政院衛生署公告 衛署醫字第 88301 號

說明：二、按「腦死判定程序」，其重點在於規定由合格之醫師、合格之醫院，運用醫學技術，以判定病人已否腦死—腦幹死亡。

進一步釐清。惟在此很清楚的是，採取「腦波消失說」主要是為配合醫學的進步，同樣是追隨醫學知識來做為刑法上死亡的判斷標準。

認為不應該將腦死說及於刑法上死亡定義的學者，有認為我國刑法死亡定義目前仍是採取「呼吸並心跳停止說」，雖有「腦死說」的說法，但是由於行政院衛生署公告的「腦死判定程序」僅將範圍限於人體器官移植特定範圍，因而不能普及於所有死亡<sup>82</sup>。除了是因為「腦死判定程序」將範圍限於人體器官移植的理由之外，刑法學者王皇玉在其刑分講義提到「除了器官移植手術之外，是否可以普遍地將「腦死」視為一般死亡予以看待，不管在醫學倫理上或法律上仍有很大爭議。蓋腦機能停止之後，心臟仍然跳動，病人還可藉助機器維持呼吸，且仍有血液循環、體溫及脈搏。通常情形下，病人臉色與身體也無重大變化，如將腦死定義為死亡，於一般的國民情感不符。我國目前對於死亡的認定，以綜合判斷說為原則，以腦死說為例外。亦即，將腦死視為死亡，僅限於器官移植手術。」<sup>83</sup>刑法學者李茂生則是完全反對「腦死說」的說法，他認為腦死說的論述避免不了功利性的因素，如同本文前面所述，腦死說的形成是因為節省醫療資源以及器官移植的需要而來，而醫師的職責應該是救人而非功利，醫師本身也承認誤判腦死是可能存在的，在腦死功利性以及存在誤判的情況下，如果我們承認腦死，將造成專家玩弄屍體、器官的現象。因而，應該維持原來死的原來概念，而將腦死視為活體移植的條件之一，藉由強調醫師殺人的形象，來抑制醫學技術的泛濫<sup>84</sup>。

再者，針對死亡定義，刑法中應該採取什麼樣的立法模式？委由醫生來決定死亡時點的情形，時常會造成知識不對等的情況，將造成民眾不安，因而是否應該要訂立法規明確規定死亡定義？但是訂立法規的結果可能會因為法律的規範無法跟隨著科技的進步而隨時適應社會現狀，產生僵化而毫無彈性，學者林山田在文中也指出「為求法律的確實安定性，而制定死亡概念的立法定義，將導致法學與醫學的「學術敵對性」，而必須付出相當高的代價，此似為得不償失的事」<sup>85</sup>。目前我國刑法並沒有針對死亡做出定義，但是這樣的結果是否是使得醫學界獨占法律上死亡的解釋權？尤其是台灣醫學知識在台灣異常地重要，這主要是因為政治的因素，而使得醫學的權力常位居上位<sup>86</sup>。第二次世界大戰以前，台灣歷經日本半世紀的統治，除了一般的士農工商階層外，台灣菁英階層在醫學界占有重要的地位，這並不是因為關於醫學的學問和技術的重要性，而是因為政治的統治禁止台灣人的精英參加，因而藉由表面上政治中立的醫學來證明自己的存在，

---

<sup>82</sup> 褚劍鴻，《刑法分則釋論》，四次增訂本，下冊，2004年2月，台北市：台灣商務印書館，894頁

<sup>83</sup> 王皇玉，刑法分則講義，2009年，未出版，殺人·墮胎·遺棄，4-5頁

<sup>84</sup> 李茂生，刑法分則講義，2004年，未出版，117頁

<sup>85</sup> 同前註，26-27頁

<sup>86</sup> 李茂生，〈台灣における臓器移植の光と陰〉，2009年7月8日，1頁

以保持自身在社會的影響力<sup>87</sup>。這使得這一世紀間，醫學界階層的人以精英的姿態自居，掌握知識和技術的結果，使得他們和一般人民的差距越來越遠，這中間也蒙上了一層陰影。尤其是當我們開放給醫學界獨占解釋刑法上死亡的定義時，如果採取腦死常規化的見解，由於腦死說在判斷上的專業性，會使得醫學專家的階層地位更難以親近。

## 陸、 死亡背後的國家與醫療管制

「我看到一個非常恐怖的幻象，一群食屍鬼拿著長刀，徘徊在發生意外事故的人身旁，一俟院方宣判病人死亡後，他們便擁上去把他的器官拿出來。」----David Hendin

生物性死亡是一個過程，縱使是採取傳統的心死定義，個體也並非是在心死那一瞬間就呈現死亡的狀態，其他器官會在心跳停止後因為缺少氧氣的供應而逐漸壞死，因而如果我們要選擇一個時點稱之做為死亡，那麼一定有除了生物性因素以外的考量涵括在內，社會的、哲學的思考都可能是做下決定的因素。所謂的生物性死亡，在醫學史不同時期及不同文化脈絡下，也有相當不同的界定與內涵，從這種說法回頭看「腦死說」這樣新的死亡標準的產生，當新的生命維生系統的出現及器官移植的需要，因而催生了一個新的死亡標準。當我們以「腦死說」為死亡判斷標準時，「腦死說」這個時點本身就蘊含了醫學史特定的脈絡，死亡並非一開始就被醫療所掌控，那麼死亡是從何時開始走向醫療化？當死亡走向醫療化，這當中更包含了社會性與哲學性的多重複雜意義。

### 一、 西方醫學與解剖學的發展：臨床醫學的誕生

死亡的現代現象從十九世紀開始出現，死亡的景像場景逐漸掩蔽在公共場所之外，原本與共同體與宗教親屬共享有的死者，也被醫療機構的維生系統和死亡證明書所接管<sup>88</sup>。從政治經濟、醫療、死刑、文明化、儀式等等具體的制度和規定中，可以觀察到現代死亡與前現代的差異，並且在國家、社會結構和空間生產與公共衛生等面向，也可以概括為一種死亡的現代性(modernity)<sup>89</sup>。Roy Porter在《醫學簡史》第三章針對解剖學的歷史有了充分的說明，他提到以解剖手段研究人身構造之理，一直都是西方醫學的特色<sup>90</sup>，西方十八世紀以後，以解剖學為中心，形成許許多多公共衛生、醫學甚至政治的知識，成為十九、二十世紀相當

---

<sup>87</sup> 同前註

<sup>88</sup> 蕭旭智，《「非理死」：死亡政體與生命政治的現代轉換》，東海大學社會學系碩士論文，2009年，177頁

<sup>89</sup> 同前註

<sup>90</sup> Roy Porter，王道還譯，《醫學簡史》，台北：商周，2005年10月初版，90頁

重要的一種與政治結合的知識與權力的論述體系<sup>91</sup>。也就是說，當死亡開始進入醫療機構時，屍體成爲解開身體秘密的關鍵，促使西方醫學凝視的目光轉向屍體，以進入整個醫療知識的論述當中。要了解死亡及屍體爲何會走向醫療化，必須從西方解剖學的發展開始說起，如果我們可以知道解剖學與醫學的關係，那麼就可以了解西方醫學是什麼時候開始將關注的焦點放在身體/屍體上。

人體系統解剖學研究對鞏固醫學的地位有很大的影響力，但是西方起初對於解剖人體，也存在很大的疑慮。古代雅典的醫生認爲人體是神聖的，避免解剖死屍以示尊敬<sup>92</sup>；這種類似身體神聖不可侵犯的理念，也導致了梵諦岡制定了處理人屍的規範<sup>93</sup>。西方史上載第一次公開人體解剖，大約發生在 1315 年，主要由義大利波隆納大學醫學院教授孟帝納(Mondino de'Luzzi, 1275-1326)進行，在孟帝納以前的人體解剖學扮演著不重要的角色，但是到了孟帝納之後，醫界開始認爲解剖學是醫學的重要基礎，公開的人體解剖發揮奇觀、教學與教化的功能，屍體由死刑犯提供，這代表了當時人們還是認爲屍體被解剖是有疑慮的，將解剖視爲終極懲罰，只有解剖死刑犯的屍體才較爲心安理得。一般認爲，「現代醫學是十九世紀社會的產物」<sup>94</sup>，而許多今天視爲常態的醫療行爲，例如使用聽診與敲診等理學檢查來幫助診斷、普遍進行病理解剖，將生產症狀與死後解剖的發現關連起來、醫學生同時受醫科與外科的教育等等，都是在那時建立的，這個轉變如何產生？傅柯的《臨床醫學的誕生》提供了很好的素材<sup>95</sup>。

十八世紀末開始，十九世紀開始成爲主流的比夏(Xavier Bichat)的屍體檢驗，傅柯在《臨床醫學的誕生》一書中提到，認爲屍體檢驗是臨床醫學的肇始，也就是從屍體中看出疾病的真正原因，並強調屍體與解剖是真理生產的場所。比夏的病理解剖學超越了希波克拉底的四氣冷熱乾濕的疾病分類學，突破死亡狀態只能是宗教的範疇，賦予了屍體的檢驗可能生產出實證知識的機會，並用理性的方式來認識屍體和死亡，我們可以說從比夏之後，死亡除魅了，逐漸脫離的宗教的範疇<sup>96</sup>。當對於死亡有了稱得上實證的認識，同時也代表著死亡得以具有某種本質特性，不再依賴生命的範疇來界定自身，讓死亡有了實證的基地：屍體<sup>97</sup>。在這個過程當中，死亡、疾病和生命被看做一體，透過死屍的病理解剖來認識個別活人的疾病歷程；因此現代臨床醫學對死亡的設想也包括「人的個別性」這個觀念，

---

<sup>91</sup>蕭旭智，《「非理死」：死亡政體與生命政治的現代轉換》，東海大學社會學系碩士論文，2009年，22頁

<sup>92</sup> Roy Porter主編，張大慶主譯，《劍橋插圖醫學史》，台北：如果，2008年1月，128頁

<sup>93</sup> Roy Porter，王道還譯，《醫學簡史》，台北：商周，2005年10月初版，89頁

<sup>94</sup> W.F. Bynum，轉引自李尙仁，〈傅柯的醫學考古學與醫學史：評《臨床醫學的誕生》中譯本〉，《台灣社會學季刊》，212頁

<sup>95</sup> 李尙仁，〈傅柯的醫學考古學與醫學史：評《臨床醫學的誕生》中譯本〉，《台灣社會學季刊》，213頁

<sup>96</sup>蕭旭智，《「非理死」：死亡政體與生命政治的現代轉換》，東海大學社會學系碩士論文，2009年，88頁

<sup>97</sup>同前註，88-89頁

死亡被認為是「死必有因」，此因可以歸諸於個體的疾病歷程，死亡可被說是「病因化」了<sup>98</sup>。由於「死必有因」，死亡基本上被假設是不自然的，在這樣的情況下，人死可以概略被分為病死或是非病死，這都需要醫療人員檢查及認定<sup>99</sup>。

## 二、 腦死作為一種生命政治的原型

上述簡單地說明了死亡走向醫療化的歷史，接下來要探討的是死亡走向醫療化代表的意義為何，而我們可以發現「腦死是一種生命政治的原型」。在 1976 年法蘭西學院講課〈必須保衛社會〉的最後一講，傅柯首次提出了生命政治 (biopolitics) 概念，之後在《性史》第一卷的最後一章亦再度提及<sup>100</sup>。死亡的問題在傅柯的生命政治定義中被當作舊式君主王權的問題，死亡權力被肉體的管理和生命的支配所取代；但是義大利哲學家阿岡本 (Giorgio Agamben) 的 Homer Sacer 卻認為死亡是主權決斷最重要的一部分。阿岡本是當代歐陸學者中反思「生命政治」最多的學者，並且就是在生命政治的反省中，建立起關於裸命 (bare-life) 的政治哲學思想<sup>101</sup>。以下我們會簡單地先介紹傅柯的生命政治，繼之看阿岡本如何發展腦死作為一種生命政治原型的論述。

Michael Foucault 在《性意識史：第一卷導論》中描述，從古典時期開始，現今權力的運作對象不再是以「生殺大權」來展現，而是沿著生命來展開權力的部署，權力的主要作用在保證、維持、加強、發展生命的存在，並使其安然有序<sup>102</sup>。這包括將人體納入有效的、經濟系統的檢查系統及控制出生率死亡率、健康水平、壽命等等的干預，這些對人體的訓練和對人口的調節構成管理生命的權力組織的兩極點<sup>103</sup>。而現今社會權力運作方式的轉變，導致的是規範化的發展，法律越來越具規範功能，司法機關日益被納入一系列尤以調整為職能的機構中去 (醫療的、行政的等等)，一個規範化的社會是以生命為中心的權力技藝發展的歷史結果<sup>104</sup>。死亡與疾病在現今社會似乎也已經進入生命政治的權力部署範圍內，甯應斌在〈現代死亡的政治〉一文中提到「雖然國家行政與組織化的作為才是生命政治的最主要的因素，但是醫學進步也提供了必要的手段。」<sup>105</sup>國家和醫療機構對於死亡與疾病有許多的干預與控制，使得壽命和健康可以受到人為的控制增長、人體器官能夠被管制而使其有最有效的運用。死亡變得醫療化，死因能夠被

<sup>98</sup> 甯應斌，〈現代死亡的政治〉，《文化研究》，創刊號，2005 年 9 月，16 頁

<sup>99</sup> 同上註

<sup>100</sup> 薛熙平，《例外狀態：阿岡本 (Giorgio Agamben) 思想中的法與生命》，政大法律研究所碩士論文，2006 年，12 頁

<sup>101</sup> 柯朝欽，〈生命政治與主權決斷--「治理性」與「例外狀態」的比較〉，《當代》第 212 期，2004.4.1，39 頁

<sup>102</sup> 米歇爾·傅柯著，尚衡譯，《性意識史：第一卷導論》，初版，2003 年，台北市：桂冠，117 頁

<sup>103</sup> 同上註，119 頁

<sup>104</sup> 同上註，123 頁

<sup>105</sup> 甯應斌，〈現代死亡的政治〉，《文化研究》，創刊號，2005 年 9 月，16 頁

程序化地歸類，在每一個開具死亡證明書的當下，都是醫療作下權威化的決定來認定個體的死亡。John O' nell在《五種身體》亦提到類似的觀念，關於現代社會裡生和死的意義，他認為「生與死曾經構成了一幕幕殘暴的戲劇表演，現在卻成為醫學大顯身手的場所…現代國家考慮的是如何給生死立法、避孕和墮胎、結婚、分居和離異、判定人的瘋狂與否、監禁以及長生不死等等。」<sup>106</sup>

阿岡本則是以裸命(bare-life)和神聖之人(Homo Sacer)的角度來探討「腦死的生命政治」。何謂神聖之人？阿岡本在《HOMO SACER: Sovereign Power and Bare Life》一書中提到，神聖之人具備一個矛盾而又無法被定義的特性：「任何人都可以殺，也不會被認定為殺人罪；同時亦被禁止獻祭，不被允許犧牲」，他是被排除在人法與神法之外，卻藉由排除而被包含進法秩序的生命，即「裸命」。被宣告Homo Sacer之人不適用人法，即位於一個被排除在刑罰之外，任何人皆可殺卻不需受到法律制裁的生命，此種Homo Sacer在生理上的死活已與法律無關，在法律上已被視為死亡，即使他人將其殺死，也不必負殺人罪的刑責<sup>107</sup>。腦死病患及捐贈器官的死刑犯是否是神聖之人？阿岡本在《HOMO SACER: Sovereign Power and Bare Life》一書中提到，處於腦死狀態之人是位於人類與動物之間的存在，是作為極端神聖之人的化身<sup>108</sup>，在此，與其說生和死是科學的概念，無寧說是一種政治的概念<sup>109</sup>，由醫生和科學家替代了原先君王的權力，而成為主權決斷的代理人<sup>110</sup>，在這種情況下聚集在醫院房間裡的偽生體、過度昏迷者因為被定義為腦死，都成為可以被任意殺害卻不用背負刑法上殺人罪的客體。依照阿岡本神聖之人的理解，捐贈器官的死刑犯將更突顯其為神聖之人的特質，我們在前面已經看到目前執行死刑規則刻意忽略腦死判定程序的嚴謹性，而類似掩耳盜鈴的方式來規定死亡的判斷，在這樣的情況下將會發生死刑犯在刑場時即已被判定為死亡，在法律上已經死亡，但是生理上還具生命跡象，仍是活體，更甚而發生在醫院捐贈器官始死亡的現象，在此醫生不會背負殺人罪的刑責。當我們意識到腦死病患與捐贈器官的死刑犯如同神聖之人的存在，就能知道當死亡醫療化，由醫師掌握死亡代表的意義為何，即「不值得活得生命」的一種決斷，在此面對主權時，生命被任意掌握，當人們都有可能成為腦死病患者時，是否代表了每個人都是潛在的裸命而有被任意宰殺的可能性？

---

<sup>106</sup> John O' nell，張旭春譯，《五種身體》，初版，2001年，台北市：弘智文化，198頁

<sup>107</sup> 薛熙平，《例外狀態：阿岡本(Giorgio Agamben)思想中的法與生命》，政大法律研究所碩士論文，2006年，60頁

<sup>108</sup> See GIORGIO AGAMBEN, *HOMO SACER: Sovereign Power and Bare Life*, Stanford University Press 1998, 165; ジョルジョ・アガンベン、高桑和巳訳、ホモ・サケル 主権権力と剥き出しの生、東京都：以文社 2003、225

<sup>109</sup> 同上註，英譯版 164，日譯版 224

<sup>110</sup> 陳冠仰，《器官交易的社會規範：身體與治理》，南華大學公共行政與政策研究所碩士論文，2008年，78頁

## 柒、 結論

本文一再地提及，「腦死說」的形成主要是因為人為生命維持系統的介入，使得腦死的病患在只能依靠人工呼吸器維生的狀態定位不明；適逢人體器官移植的醫學發展，外加醫療資源的運用，使得新的死亡標準「腦死說」應勢而生。而台灣的腦死說形成也脫離不了這樣的醫學性思考，甚而由醫學界催生了「人體器官移植條例」及「腦死判定程序」、「腦死判定準則」的立法，兩個腦死判定規定也規範了判定腦死的醫師資格，僅有具備條件的醫師才能判斷生死，獨占了「死亡」的解釋，使得死亡醫療化的現象更加明顯。因為醫療科技的進步使得人類壽命延長，因為醫療功利性因素使得新的死亡標準產生，在這中間法律扮演了證立醫療控制人體壽命與器官正當性的角色，不斷地去切割與操控人的身體，彰顯出人體與人命如何在現代醫療社會中如何被控制與管理，看到的僅是怎樣才能使器官被最有效地利用的思維模式，醫學與法律在人體間相互拉扯。死刑犯在被判處死刑定讞之後，更可以看出醫學知識掌控身體的可怕，功利性的器官利用在這種情形更加地有恃無恐。對待死刑犯以輕率的死刑執行方式及粗糙的死亡判定過程，死刑犯在整個器官捐贈流程被粗暴地對待，陳榮基醫師做為長期反對死刑犯捐贈器官的倡議者，曾說過「槍擊頭部的死刑犯根本還沒死，只是腦部重創的傷患，在短時間內就摘取器官，死刑犯會痛」<sup>111</sup>，以活體移植開膛剖肚的實質，繼之再以「贖罪」、「死刑犯有自願捐贈器官的權利」的言語來試圖消磨或是隱藏醫學的功利性質，醫學仍能維持其自身的清明，以法律來做為其自身的打手以使死刑犯器官捐贈合理化；而藉由生命政治的論述，我們也看到在這當中腦死病患如同動物性生命的存在，在此身體國有化，每個人都可能成為腦死病患，而成為潛在裸命，被主權決斷而任意宰殺。

「人們最後會發現，要定義死亡其實不可能。但是人們卻永不止息地企圖加以定義。總想(在知識層次上)掌握它，給它一個適當的位子，而且限定它不准移開。定義死亡絕無可能，因為死亡所代表的是終極的虛無。」<sup>112</sup>雖然死亡實際上無可定義，但是人們總是能夠認知且也逃避自身身體的必朽性，在身體的必朽性中，人們只能試圖追求生命的不朽性，在朝向死亡的進程中努力追尋生活的滿足。但是當「腦死說」成為一個新的死亡判斷基準，以醫學專家的角度將死亡時點提前，追求死亡以換取人體器官利用時，如果刑法也服膺於醫學知識並將「腦死說」加以常規化，人民會對猶生卻被判斷為死的狀況無所適從，繼之在有限的生命裡不斷地面對著醫學的虎視眈眈，人們將會存在疑慮，在人世間無法在朝向死亡的道路裡去追尋著生命的滿足。

---

<sup>111</sup> 2001-08-12/聯合報/6版/生活，【死刑犯器官捐 人道爭議未歇 反對意見／腦部重創 開膛剖腹太殘忍贊成意見／迫於台灣器官來源短缺中立意見／建議全身麻醉後 活體移植】

<sup>112</sup> Zygmunt Bauman著，陳正國譯，《生與死的雙重變奏-人類生命策略的社會學詮釋》，初版，民86，台北市：東大發行，2頁

## 參考文獻

### 中文文獻

#### 文章：

1. 吳建昌、陳映燁、李明濱，〈死亡之重新定義：對於腦死之探討〉，《醫學教育》，第三卷第三期，1999 年
2. 林忠義，〈身體、屍體與器官之法律定位〉，《法學叢刊》，211 期，2008 年 7 月
3. 陸希平，〈腦死患者定義-病理生理變化與照顧〉，《台灣醫界》，第 43 卷第 12 期，2000 年
4. 陳榮基，〈Brain Death—台灣腦死判定的歷史及展望〉，《台灣醫學人文學刊》，1:1，民國 89 年 11 月
5. 劉祥仁，〈腦死判斷標準之沿革〉，《政大法學評論》，第 32 期，民國 74 年 12 月
6. 〈初論腦死之判定標準—記腦死定義第二次會議〉，《台灣醫界》，第 26 卷第 9 期，1983 年
7. 〈昏迷與腦死之評估〉，《台灣醫界》，第 27 卷第 5 期，1984 年
8. 〈國內外專家學者再論腦死之判定標準--腦死定義座談會記錄〉，《台灣醫界》，第 27 卷第 5 期，1984 年
9. 陳玉梅，〈李伯皇（台大醫院一般外科教授）--外科高手台灣牛〉，康健雜誌，第 027 期，2001/01/01 出刊
10. 林忠義，〈死刑犯器官捐贈之研究〉，《月旦法學雜誌》，155 期，2008 年 4 月
11. 王富茂，〈也談死亡之法律定義〉，《醫事法學》，第一卷第二期，民國 74 年 7 月
12. 林山田，〈死亡概念與刑法〉，《政大法學評論》，第 32 期，民國 74 年 12 月
13. 甯應斌，〈現代死亡的政治〉，《文化研究》，創刊號，2005 年 9 月
14. 李尚仁，〈傅柯的醫學考古學與醫學史：評《臨床醫學的誕生》中譯本〉，《台灣社會學季刊》1991 年
15. 柯朝欽，〈生命政治與主權決斷--「治理性」與「例外狀態」的比較〉，《當代》第 212 期，2004.4.1，

#### 書籍：

1. 邱浩彰等執筆，洪祖培編著，《腦死 = Brain Death》，臺北市：合記，2006，初版

2. 村上陽一郎著，何月華譯，《生與死的關照-現代醫療啓示錄》，台北市：東大圖書公司，民國 86 年 6 月，初版
3. Louis P. Pojman 著，魏德驥等譯，《解構死亡：死亡、自殺、安樂死與死刑的剖析》，初版，1997 年 4 月，台北市：桂冠
4. 大衛·韓汀著，孟汶靜譯，《透視死亡》，東大圖書股份公司，初版，民國 86 年 5 月
5. 王皇玉，刑法分則講義，2009 年，未出版
6. 李茂生，刑法分則講義，2004 年，未出版
7. 林山田，《刑法各罪論(上冊)》，1999 年 9 月，增訂二版
8. 周治平，《刑法各論》，民國 59 年 9 月 16 日，初版，台北市：三民書局
9. 褚劍鴻，《刑法分則釋論》，四次增訂本，下冊，2004 年 2 月，台北市：台灣商務印書館
10. 蔡墩銘，《刑法各論》，修訂六版，2008 年 2 月，台北市：三民書局
11. 陳煥生等著，《刑法分則實用》，二版，2009 年，台北市：一品，327 頁
12. 米歇爾·傅柯著，尚衡譯，《性意識史：第一卷導論》，初版，2003 年，台北市：桂冠
13. John O' nell，張旭春譯，《五種身體》，初版，2001 年，台北市：弘智文化
14. Zygmunt Bauman 著，陳正國譯，《生與死的雙重變奏-人類生命策略的社會學詮釋》，初版，民 86，台北市：東大發行
15. Roy Porter 主編，張大慶主譯，《劍橋插圖醫學史》，2008 年 1 月，台北市：如果出版社
16. Roy Porter，王道還譯，《醫學簡史》，2005 年 10 月初版，台北：商周出版社

#### 論文：

1. 林忠義，《從多元觀點省思器官捐贈制度的應有走向-以屍體器官捐贈為中心》，國立交通大學科技法律學程碩士論文，2002 年
2. 蕭旭智，《「非理死」：死亡政體與生命政治的現代轉換》，東海大學社會學系碩士論文，2009 年
3. 薛熙平，《例外狀態：阿岡本(Giorgio Agamben)思想中的法與生命》，政大法律研究所碩士論文，2006 年，12 頁
4. 陳冠仰，《器官交易的社會規範：身體與治理》，南華大學公共行政與政策研究所碩士論文，2008 年，78 頁

#### 資料庫：

1. 聯合知識庫<http://udndata.com/library/>
2. 台灣新聞智慧網<http://ntu-tnews.infolinker.com.tw/LiboPub.dll?Search1>

政府公報：

1. 法務部公報第 126 期，修正執行死刑規則，中華民國 79 年 10 月 24 日法務部發布
2. 法務部公報第 132 期，修正執行死刑規則，民國 80 年 5 月 17 日法務部發布
3. 立法院公報：080 卷 043 期 總號：2467
4. 立法院公報：080 卷 070 期 總號：2494
5. 立法院第五屆第三會期第二次會議議案關係文書，報十六
6. 立法院公報：080 卷 070 期 總號：2494

英文文獻

1. Report of the Ad Hoc Committee of the Harvard Medical School to Examine the Definition of Brain Death: A Definition of Irreversible Coma. JAMA 1968; 205: 338
2. GIORGIO AGAMBEN, HOMO SACER: Sovereign Power and Bare Life, Stanford University Press 1998

日文文獻

1. 李茂生，〈台湾における臓器移植の光と陰〉，2009 年 7 月 8 日
2. ジョルジョ・アガンベン、高桑和巳訳、ホモ・サケル 主権権力と剥き出しの生、東京都：以文社 2003