

帶祖先回家的法律？ 美國原住民族墓葬保護暨返還法 的困境與啓示*

黃之棟**

摘 要

2017 年，臺灣發生了「馬遠布農族遺骨返還事件」。對此，論者紛紛呼籲政府效法美國「原住民族墓葬保護暨返還法」(The Native American Graves Protection and Repatriation Act of 1990; NAGPRA)，盡速制訂出一套系統的制度性安排，以便全面解決遺骨問題。即便該法受到廣泛的關注，國內相關的討論卻相對有限。論者在提及或引介之餘，多未就其規範意旨、條文內容、實施細節、各項爭議等予以檢視；該法 30 年來實際運作的成效與評估，更是付之闕如。有鑑於此，本文擬從規範與實務這兩個側面來對 NAGPRA 進行分析，並嘗試反思該法對未來我國立法上的啓示。本文認為，遺骨返還的問題涉及部落認同、倫理情感、文化傳承、科學研究等多重面向，且必然會觸及族人、遺族、博物館、行政機關等多方行動者。有鑑於此，本文指出任何一項制度選擇都會有相應的後果(ramification)。對我國而言，瞭解 NAGPRA 的優勢與限制，並在本土情境中妥適借鏡，就是對該法施行 30 年週年最好的紀念。

關鍵詞：原住民族、遺骸、返還、原住民族墓葬保護暨返還法

* DOI:10.6166/TJPS.201903_(79).0003

作者要特別感謝兩位審查人的寶貴意見與指引，以及科技部專題研究計畫的補助：「自主、自決與自治—去殖民化脈絡下我國原住民族自治主體之再建構—傳統組織與當代制度的『接觸地帶』：部落公法人法制與職能的實證研究」(MOST 107-2420-H-180-001-MY2)。此外，本文相關著作〈原住民族的遺骨怎麼還？以日本愛努遺骨返還政策為檢討核心〉一文，亦將於《台灣民主季刊》刊登，還請一併參酌。最後，作者也要特別感謝阿拉巴灣的守護者。

** 國立空中大學公共行政學系副教授，E-mail: cthuang@mail.nou.edu.tw。

收稿日期：107 年 6 月 26 日；通過日期：108 年 3 月 5 日

壹、緒論：從馬遠布農族遺骨返還談起

2017 年，臺灣發生了「馬遠布農族遺骨返還事件」。本件的開端起因於花蓮馬遠村的布農族人，要求臺大醫學院歸還 1960 年代該院研究團隊在馬遠部落挖掘的先人遺骨。事件發生後，立刻引發各界重視。對此，論者紛紛呼籲遺骨返還是一件「該做的正確事」（李子寧，2017）；原住民族委員會和監察院也對此表示關心（原住民族委員會，2017a；監察院，2017）。不久之後臺大正式回應，表示將以最大誠意返還（馮靖惠，2017）。整件事情至此看似圓滿落幕，未料「同意返還」只是問題的開始而已，各項細節的處理（如：還什麼、還給誰、怎麼還等）才是真正的挑戰。對此，不管是教育部還是學界，都呼籲即刻參酌各國立法例來思索建立返還制度與立法的可能性。

在各國法令中，又以美國的「原住民族墓葬保護暨返還法」（The Native American Graves Protection and Repatriation Act of 1990；簡稱 NAGPRA）¹ 最常為人引用（Kretzler, 2015；Kuprecht, 2012；李子寧，2005；胡家瑜，1994；張慧端，2012；陳光祖，2016；鄭惠英，1997）。事實上，這部法案是國際間返還議題處理上最重要的案例。值得玩味的是，即便受到多方關注，國內這方面的文獻卻相對有限，且多是從博物館學、考古學、或人類學的角度來加以檢視；法律與政治學門反而鮮少處碰此議題。可能由於學門間視角上的差異，各項討論雖然散見於文獻，這些論著卻多未就其規範意旨、條文內容來進行檢視；論者也鮮少從執行面（implementation）來檢討該法施行近 30 年來的利弊得失，進而瞭解其成效與極限所在。

質言之，雖然各界都希望未來我國在立法時可以參酌 NAGPRA 的精神，但就實際制度面來看，該法可供我國參酌之處究竟為何，其實並不清楚。特別是，該法自 1990 年通過並施行至今，不管是在規範面向還是制度環節，其實都引發了不少的爭議與討論。連帶使得論者對於它到底算不算

¹ 有關該法原始的條文，可參考美國內政部國家公園管理處（National Park Service）的資料（National Park Service, 2006）。

是一個成功經驗，都存有疑慮。這些都是在參酌他國立法例時必須詳加檢視的部分。

有鑑於此，本文擬從規範與實務這兩個側面，來對 NAGPRA 進行分析。對此，本文首先對該法的立法背景予以簡要說明；接著，我們轉而對它的規範意旨、程序規定、和執行狀況進行分析，進而具體點出它在執行面遭遇的困難與爭議所在。在各項困難中，又以「文化隸屬關係」(cultural affiliation) 的認定，最具爭議；為解決此問題，美國內政部遂在 2010 年進行了施行細則 (regulations) 的修訂 (即「43 C.F.R. §10.11」爭議)，作者亦對此進行分析；當然，本文最終的目的還是希望能從美國經驗汲取教訓，以做為我國的借鏡。對此，我們也會以實務和制度可行性為主要關注點並予以耙梳；結論部分，作者則嘗試提出幾點建議作結。

在進入實質討論之前，作者有必要對本文的脈絡予以簡要說明。本研究在馬遠事件發生後，系統地訪談了國立臺灣博物館、國立臺灣史前文化博物館、臺大人類學博物館、中央研究院民族所博物館、數個地方文史館、原住民族歷史正義與轉型正義委員會、原住民族委員等曾經推動或協助原住民族遺骨與文物返還之單位同仁。但由於本文的主要關注在於 NAGPRA 的批判性檢討，以及該法對我國制度面的啟發，從而個別本土經驗的細節無法於文中全面觸及。合先說明。

貳、NAGPRA 的背景、規定與返還程序

一、立法背景

如同世界各地的原住民族一般，美國印地安人在該國的歷史上，也受到諸多不公正對待。事實上，NAGPRA 的立法史，無異就是一部原住民族受到主流社會排斥的苦難史。具體來說，19 世紀中葉以降，美國人類學者就開始系統地蒐集、量測印地安人頭蓋骨，以便證明原住民族是一個種族上較為「劣等」的群體 (racial inferiority) (Gunn, 2009: 509)。這種帶有歧視的看法，除了廣泛存在於科學界，也反映在法院的判決上。當時美國最高法院，就把原住民族形容成「較劣等的種族，不配享有公民權」(as an

inferior race of people, without privileges of citizens) (Trope & Echo-Hawk, 1992: 46)。在這樣的社會背景下，當時的軍醫處下令蒐集印地安人的遺骸 (Midler, 2011: 1338)。各式骨骸中一部分來自戰死的族人，另一部分則來自陵墓的挖掘。

當時之所以可以大量挖掘族人遺骨，主要是因為過去美國的法律未把印地安墓地納入保護之列。比方說，當部落因政府驅趕而迫遷他處時，原址的墓地就會被認為是已被拋棄的「無主之墳」(abandoned) (Trope & Echo-Hawk, 1992: 46-47)；同樣的，倘若陵墓位在聯邦土地，也會被視為是「古蹟物件」(objects of antiquity) 或「考古資源」(archaeological resources) (Gunn, 2009: 509)。這麼一來，政府的挖掘就無須徵得族人或部落的同意 (Mountain, 2017: 67)。總之，原住民族的遺骸與文物，在當時被當成是蒐藏或研究用的「標本」或「物品」，而不像其他歐洲裔移民的骨骸那般，被視為先民或今人的家屬來追思 (Cryne, 2009: 102)。

對於這樣的處遇，族人一直試圖透過法律和其他方式來抵抗。只是，當部落要求返還的時候，又遇到了法律上「適格」(standing) 問題 (Babbit, 2011; McKeown & Hutt, 2002; Midler, 2011)。簡單來說，在歐美法律傳統下，遺骨的權利人屬於「直系親屬」(next of kin)。也因為這樣的關係，不管是部落、氏族、或其他傳統組織，都沒有權利要求返還。由於「當事人不適格」的關係，族人的後裔連要求「站上」法庭請求法院對返還進行判斷的權利都沒有。

上述狀況經過不斷爭取，終於開始發生轉變。1879 年，美國聯邦法院正式承認印地安人是聯邦法律所稱的「人」。而印地安公民權，則要等到 1924 年才獲得賦予 (Trope & Echo-Hawk, 1992: 46)。接著是 1960 年代以降原住民族民權運動的接續爭取 (Johnson, 2009; Riding In, 2005; Watkins, 2014)。所有的努力，隨著 1990 年 NAGPRA 通過，終於獲得了實踐。

二、NAGPRA 的定義及其規範意旨

在進入 NAGPRA 規範意旨的討論之前，有必要先對該法規範的對象予以確定。整體來說，這部法律只涵蓋了美國聯邦政府所補助的博物館和聯

邦機關，私人、各州、或地方層級的單位，基本上都不在規範之列；² 同樣的，遺骨與文物必須是在聯邦或部落土地出土，才有該法的適用；至於請求權人，只限於聯邦承認的部落才可要求返還；³ 返還的標的，則限定在「美國原住民」(Native American) 遺骨。除此之外，NAGPRA 對相關概念也給予了嚴謹的定義。除了遺骸 (human remains) 之外，所謂的印地安「文化物件」(cultural items) 包含了幾個類別：神聖器物 (sacred objects)、附屬陪葬品 (associated funerary objects)、非附屬陪葬品 (unassociated funerary objects)、和文化襲產 (cultural patrimony) 等不同的類型。以下本文分別予以檢視。

首先，遺骨基本上指的是，美國印地安先民所遺留下來的實體遺骸 (physical remains)。實務上則把木乃伊、保存下來的軟組織 (soft tissues)、骨骼、牙齒、頭髮、和骨灰等一併納入 (McKeown & Hutt, 2002: 164)；神聖器物則是指印地安宗教領袖執行傳統宗教儀式時所需的器物。這些物件必須和宗教或習慣 (ritual) 有關，且必須在持續性的祭儀中 (observance) 具有宗教上的重要性或功能，或是這類儀式的復振 (renewal)；至於所謂的「附屬陪葬品」和「非附屬陪葬品」，大體是以博物館等機關是否一併蒐藏了遺骸而定。簡單來說，當陪葬品與遺骨一同埋葬且被典藏時，該物件就是附屬陪葬品；倘若遺骨未被發現或不在蒐藏之列，則被歸類為「非附屬陪葬品」(Gunn, 2009: 514)。文化襲產 (cultural patrimony) 部分，認定較為複雜：

……是指對美國原住民集體或文化而言，具有持續歷史、傳統或文化重要性的器物。但它不能是美國原住民個人所擁有的財產。由於這樣的關係，它不能被任何個人分割 (alienated)、佔有 (appropriated) 或移轉產權 (conveyed)」(25 U.S.C. §3001(3)(D))。

² 由於是以聯邦補助的有無來做為依據，因此實際運作上頗為複雜。比方說，大學所屬的博物館或許未獲得補助，但若大學本身獲得了聯邦撥款，還是可能會有 NAGPRA 的適用。此部分屬於法律適用的細節，本文暫不討論 (Capone, 2013)。

³ 施行細則修正後有所放寬，詳下述。

上述的定義看似複雜，其實是建立在「集體共有」的概念上。換言之，該物件必須屬於整個部落而不是某個個人，而且它必須對集體具有歷史、傳統、文化延續上的重要性，才會被認定為文化襲產（Watkins, 2014）。

至於 NAGPRA 的規範的內涵，大致分為三個核心部分，分別處理：返還、未來處理方式、遺骨與文物買賣等三個面向（Gunn, 2009: 512; Mountain, 2017: 68-69）。有關既有蒐藏物件（items）返還的部分，該法要求聯邦機關與受到聯邦補助的博物館將遺骸及其陪葬品，還給提出返還請求的後裔（descendants）或是與該物件具有文化隸屬關係的部落（culturally affiliated tribes）（25 U.S.C. §3005）。至於那些文化上無法確認的遺骨，該法則要求審議委員會（Review Committee）彙整出一本清冊，並建置處置辦法（25 U.S.C. §3006 (c) (5)），除此之外，該法也對陪葬品、神聖器物等提供了指針。另外，NAGPRA 也要求博物館等機關提交遺骨與陪葬品的典藏清冊（inventory）（25 U.S.C. §3003），且須載明文化隸屬關係等資訊。接著，這些機關或機構必須通知可能有隸屬關係之部落，讓他們可以開始準備返還的申請。除了清冊之外，非附屬陪葬品、神聖物件、文化遺產等，亦必須提供「摘要報告」（summary）（25 U.S.C. §3004）。

該法的第二個核心，著眼在未來的處理。換言之，此部分處理的是：未來若在部落或聯邦土地上發掘出原住民族遺骨或物件時，其支配與歸屬的問題（25 U.S.C. §3002）。對此，該法對權利的順位也予以明訂。大體而言，直系卑親屬（lineal descendants）具有最優先的權利，接著是支配該部落土地之部落，再者則是在聯邦土地中出土或發現但最具有文化隸屬關係之部落，最後則是與該聯邦土地最具紐帶關係的部落。值得注意的是，上述所謂的「部落」是指聯邦政府承認的部落，不包含州或地方指定的部落。此外，文化物件的挖掘若是在部落土地上進行時，需徵得其同意；在聯邦土地時，則要告知並諮商有關部落；如果物件是無意中被發現，則必須暫停工作並知會相關部落（Mountain, 2017: 70）。

NAGPRA 法案第三個核心規範，處理的是販賣（trafficking）的問題。具體來說，該法禁止買賣未經部落或直系親屬同意之遺骨或文物。未遵守者將被處以罰款，甚至面臨刑期。也因為如此，論者多將該法稱為是一部有「牙齒」（teeth）的法律（Friends Committee on National Legislation, 2008）。

此外，該法也要求成立一個審議委員會來督導該法的執行狀況（25 U.S.C. §3006）（McKeown, 2010）。

三、程序規定概觀

通過上面的分析大致可以看出，NAGPRA 中明訂的程序，大至是由幾個環節所組成：確認（identification）、諮商（consultation）、告知（notification）、以及實際的返還。首先，該法要求各聯邦機關對所藏的遺骸與文物進行全面的清點，並對可能屬於原住民族的物件予以分類；接著，這些機關必須進一步確認這些藏品確實是所謂的「印地安遺骨或物件」，而不是非原住民族的遺產；隨後，各機關還必須以清冊和摘要報告等方式，通知可能的部落、個人與組織，讓他們可以申請返還。清冊的提供主要是為了滿足兩個目的：一是要對博物館與各機關典藏的遺骨或物件提供清楚的描述（如出土地等），以便利害關係人搜尋或諮詢；另一方面，這份清冊也可以用來建立遺骨、物件與現今部落、原住民族組織之間的關係。其中，後者需要進一步透過諮商來完成（Birkhold, 2010: 2054）。

具體來說，一旦申請之後，博物館與各機關就必須著手確認該申請人為骨骸的後代子嗣或相關的部落。此時，各機關依法必須諮詢部落官員、傳統領袖、直系親屬等，來協助確認文化上的隸屬關係確實存在。為加速返還進度，聯邦也會提供補助給部落、原住民族團體、或博物館等來協助確認。一旦隸屬關係確認，各機關就必須正式通知遺骨或文物的直系親屬、部落、和相關組織，並報請內政部長將該通知登載於政府公報（Federal Register）。當上述程序完成之後，實際的返還才正式展開。不過，具體的返還時間、方法等事宜，基本上還是透過與利害關係人的協商來確定。

參、NAGPRA 運作上的困難 與施行細則的修正

乍看之下，上述程序似乎相當嚴謹。但它的實際運作卻遭遇了許多困難。比方說，在「靈洞人」（Spirit Cave Man）案例中，部落要求聯邦機關返還距今上萬年前的骨骸（Midler, 2011）。由於年代久遠，幾乎前述每個

環節都發生了爭議。比方說，這些在美國出土的骨骸，毫無疑問過去曾居住在美洲；但這些先民卻未必是「原住民族」。簡單來說，這些族群可能已經滅絕，而根本不是族人的「祖先」。既然遺骸「不是印地安原住民族」，當然也就不落在 NAGPRA 的規範範圍之中。

同樣的，即便可以斷定遺骸確實是現存族人的祖先，也未必能確實判別遺骸和要求返還的個人或部落，存在了一定的聯繫。也就是說，應返還的對象可能另有其人。後者所涉及的就是「文化隸屬關係」和「文化上無法確認之遺骨」(culturally unidentifiable remains) 的爭辯。事實上，實務上有大量遺骨被認定為「文化上無法確認」。根據 2010 年的調查，所有遺骨中只有 27% 被判定為具有隸屬關係 (Colwell-Chanthaphonh et al., 2011: 39; Nash & Colwell-Chanthaphonh, 2010: 99)；真正被依法返還的部分，更只佔 19% 而已 (Birkhold, 2010: 2058)。

一、文化隸屬關係的判斷

簡單來說，文化隸屬關係就是要確認「先民與今人」間存在了某種聯繫。但此關係並非血緣或親屬意義上的關連，而是文化認同。根據 NAGPRA 的規定：

「文化隸屬關係」是指一種共通 (shared) 的集體認同關係。[此關係] 可以被合理追溯到歷史或史前時期，[並存在於] 當代印地安部落或夏威夷原住民族組織與一個可被確認 (identifiable) 的先民群體之間 (25 U.S.C. §3001 (2))。

由這個定義可以看出三個要件。首先必須有一個可被確認的先民群體；其次，當代的原住民族必須是現存之部落；最後，這個過去的群體與現代的部落之間必須有共通的認同。至於文化隸屬的判斷，該法則明訂了 10 個基準：地理、親族 (kinship)、生理、考古學、人類學、語言學、傳說、口述歷史、歷史以及其他相關資訊與專業意見 (25 U.S.C. §3005(a)(4))。

由於文化隸屬關係在判斷時是以地理、親族等為指標，因此是一種「證據上的優勢」(preponderance of the evidence)，而非「科學上的確信」(scientific certainty)。換言之，NAGPRA 刻意降低了證據標準，只要有

51% 的確信即可做出認定。由此可知，所謂文化隸屬關係，不是生物學上的（血緣）聯繫，而是基於「旁證（circumstances）和直接證據的整體綜合判斷」（overall evaluation of the totality of the circumstances and evidence）（Colwell-Chanthaphonh et al., 2011: 27-28；National Park Service, 2013）。

另一項值得注意的是，在做上述判斷時，該法並未要求博物館等機關竭盡可能找出文化隸屬關係，相關單位僅需就手邊既有資訊來判斷即可（43 C.F.R. §10.9 (a)）。換言之，各機關不用再從事額外的研究來協助返還，只需要盡到「真誠的努力」（good faith effort）即可（Birkhold, 2010: 2059）。除此之外，博物館也不能以科學上的重要性，來阻擋原住民族的返還訴求。唯一的例外，只有這個正在進行的研究「對美國有重大益處」（of major benefit to the United States）時，才可以暫緩返還的程序（Midler, 2011: 1342）。

事實上，有關證據的問題，立法者在 NAGPRA 制訂之初，就進行了責任分配。返還的請求方必須證明自己與該遺骨或物件間存在著文化隸屬關係；至於此關係有無的判斷，則被交由館方認定。當然，要求返還的部落與遺族未必有相應的人力、物力、或設備，因此 NAGPRA 採取的不是嚴格的親屬認定或科學鑑定（如：DNA），而是概括地以「文化隸屬關係」來做為判斷標準。總之，NAGPRA 一方面放寬了證據標準，卻也相應給了博物館等機關較大的裁量權，可以對部落提供的證據進行認定。這樣的安排看似巧妙平衡了部落與博物館間的權力關係。但事實上，由於博物館與各機關掌握了最終認定權，這使得實務上大量出現「文化上無法確認之遺骨」。

二、「文化上無法確認之遺骨」的大量出現

如上所述，NAGPRA 要求部落證明遺骨或物件與自己的文化隸屬關係。若無法證明，該物件就會被歸類為「文化上無法確認」。既然目前沒有足夠的資訊來做判斷，遺骨一旦被歸類為「無法確認」就陷入了「無止境的不確定狀態」（a timeless limbo）（Tsosie, 2009: 13）。換言之，博物館等機關可以繼續「合法」保有遺骨與文物。誠如 Lawler (2010: 168) 所言，這時博物館難免會讓人覺得是在操弄文化隸屬關係，來「阻擋」（block）返還。對此，論者更直指此項認定上的裁量權，就是延宕返還的主因（Beisaw, 2010；Birkhold, 2010；Isaac, 2002）。

面對「文化上無法確認」的問題，原住民族唯一的辦法，就是在博物館等機關的同意下，尋求前述審議委員會的認定。由於採取的是個案認定，截至 2010 年（施行細則修訂之年度），該委員會一共只審理過 82 宗案件（Birkhold, 2010: 2072）。換言之，原本 NAGPRA 希望各機關系統返還原住民族遺骨的立法意旨，遭到實務上「文化上無法確認」的架空，結果導致返還又回到曠日廢時的個案認定。為數眾多的遺骨打從一開始，就不被列為返還的對象。正因為如此，不管是美國法院還是印地安團體，⁴ 都批評各機關在行使認定權時經常非常恣意（arbitrary）、含糊（ambiguous）、以及反覆（capricious）（Cryne, 2009: 104-105）。

由此可知，該法其實存在了結構上的問題。事實上，在該法制訂之初，美國國會就已經意識到此問題。但當時妥協的結果，決定授權審議委員會來制訂「文化上無法認定之遺骨」的返還進程（25 U.S.C. §3006(c)）。不過，由於該會是由部落、夏威夷原住民族組織、博物館、科學機構等共推代表組成，各方角力的結果，辦法遲遲無法訂出（Birkhold, 2010: 2069-2070）。一直要等到 NAGPRA 通過的 20 年後（即 2010 年），美國內政部才終於通過延宕多年的「文化上無法確認遺骨之處置」（Disposition of Culturally Unidentifiable Human Remains）（43 C.F.R. §10.11）。⁵ 但此次修正，又引發了新一波的爭議。

三、施行細則修訂：從「無法確認」到「尚未確認」

整體來說，本次修正的基本精神，就是要把文化上「無法確認」的遺骨，變更為「尚未確認」（culturally unidentified）（Birkhold, 2010; Mountain, 2017）。換言之，很多遺骨與文物不是不能確認，只是博物館等機關基於各種理由而「不願意」確認而已。有鑑於此，本次修正限縮了機關的裁量空間。受到修法影響的遺骨，估計達到 120,000 尊（Lawler, 2010: 168）。

本次改定與之前最大的區別大致有幾點：出土地的認定、半強制歸還「文化上無法確認的遺骨」、返還順位、和主管機關的權限。如前所述，為

⁴ Bonnichsen v. United State, 367 F. 3d 864, 872, 880-881 (9th Cir. 2004).

⁵ 相關辦法的修正經過，可參考其官網 National NAGPRA (2018)。

防止博物館等機關藉故拖延返還，新辦法要求博物館重新檢視清冊，確認遺骸是否出土於部落或「原住民族土地」(aboriginal lands)。簡單來說，原本以保留地和信託地為主的部落土地，被放寬至依條約、法令、行政命令、甚至法律判決所規定的原住民族土地。如此一來，返還的範圍也隨之大增 (Colwell-Chanthaphonh et al., 2011: 34)。除此之外，一旦部落或夏威夷原住民族組織對文化上無法認定的遺骨請求返還時，新辦法要求各機關要在 90 天內和部落展開諮商；即便部落沒有請求返還，若遺骨是在部落或原住民族土地上出土，各機關還是要依規定展開諮商。換言之，各機關不能再以「文化上無法確認」來阻擋協商。

此外，新辦法也處理了返還的順位。首先，在「部落土地」上出土的遺骸，該部落取得優先權；在「原住民族土地」上出土的遺骸，其部落亦取得權利。只有當部落土地或原住民族土地上的部落皆不欲接受遺骨時，博物館方才可以將之移轉給其他聯邦所承認之部落，或是提請內政部部长 (Secretary of the Interior) 依職權將遺骨移轉給「非聯邦承認」的印地安組織，或是依照州法或其他法令重新埋葬該骨骸 (Colwell-Chanthaphonh et al., 2011: 34; National Park Service, 2013)。

整體來看，對這些無隸屬之遺骨，新辦法規定博物館必須依照地理位置彙整清冊，並與部落展開諮商。只要博物館無法提出合法持有權利的證據時，它就必須公布一份「館藏清冊公告」(Notice of Inventory Completion)，並將遺骨交還部落或部落土地 (Colwell-Chanthaphonh et al., 2011: 34)。總之，新辦法的精神在於：只要博物館或聯邦機關無法證明自己合法的持有權利 (the right of possession)，就必須啟動返還程序。

四、強制返還的代價

單就返還的進程來看，此次修正無疑加速了返還的進度。從施行細則 2010 年修正至 2017 年為止，該修正就促成了 8,217 尊遺骨的返還 (Mountain, 2017: 71)。這個成果看似相當豐碩，新一波的爭議也隨之浮現。其中，部分討論涉及到法律授權或法律運作的細節 (technicality)。比方說，施行細則的修訂是否逾越母法 NAGPRA 的授權。這些問題屬於美國法上的細部論證，本文不進一步討論。以下僅就認定標準改變所產生的影響，來進行分析。

首先，施行細則修正後把原本的文化隸屬關係，簡化為「地理關係」。問題是，遺骨或文物當初之所以被認為「文化上無法確認」，根本的原因在於沒有足夠的資訊可以確定他們與部落間的關係。現在為了防止機關扭曲該法返還的原意，修正後把原本需要綜合判斷的「文化隸屬關係」，改以地理上的關連來取代。換言之，哪裡出土，就還回哪裡。由於部落遷徙、移居相當普遍，僅以地理上的鄰近來判斷，很容易就會導致返還的錯誤，誤把遺骨或文物還給一個只是住的比較近但卻完全沒有關係的部落（Birkhold, 2010: 2083）；更糟的是，若遺骨或文物不是祖先，而是「敵人」，就更容易導致糾紛（Dongoske, 1996: 288）。

另一個爭議的重點，是所謂的「未經聯邦承認的部落」。實務上很多「文化上無法確認的遺骨」，其實不是真的無法認定，而是因為這些部落不願或尚未獲得聯邦承認。換言之，他們具有「事實上的文化隸屬，但沒有法律上的隸屬」（*affiliated in fact, but not in law*）（Birkhold, 2010: 2081）。為解決這個問題，新辦法把原本不在返還之列的未經承認部落，也納入返還範疇，只是他們順位較低，且須在「獲得承認部落」未表示異議的前提下，才能獲得返還。這樣的制度安排，讓未經承認的部落也得以獲得返還，但這麼一來卻也增加了返還錯誤的風險。同樣的，原本因「無法確認」而延宕的遺骨，現在只因為地理上的接近，而可能被返還給一個完全不相關的部落。當然，這也可能導致已被承認和尚未獲承認部落間的衝突。

總之，辦法修訂後雖然防堵了裁量權的濫用，也加速了返還的進度。但另一方面，卻也導致返還標準的實質改變。一旦改以地理關係（出土地與部落地理上的重疊或接近）來取代文化隸屬的判斷，就可能導致錯誤返還的結果。

肆、分析：NAGPRA 的特點與爭點

由上面的分析可以知道，NAGPRA 法案近 30 年來，經歷了諸多轉折。整體來說，由於該法處在部落、遺族、博物館、科學、文化的多重交界上，它的規定處處隱含權衡（*trade-off*）的考量。換言之，立法者希望能在責任、證據等不同面向做出取捨，以達到均衡（*equilibrium*）。也因為如此，該法

其實是一部獨特的「平衡立法」(unique balancing act) (Birkhold, 2010: 2079)。當然，不同的政策選擇，都必須面對相應的後果 (ramification)，更會進一步導致權利、權力和價值的重分配。以下本文即對此進行分析。

一、範圍侷限的返還

首先必須再次確認的是，NAGPRA 規範與適用的範圍，其實非常有限。不管是返還主體、請求權人、返還標的等都受到極大的限制。就返還主體來看，只有聯邦機關和受聯邦補助的博物館才有該法適用；至於請求權人，在 NAGPRA 的原始規定下，僅限已獲聯邦承認的部落才得以請求；不過 2010 年施行細則修正之後，尚未獲得承認的部落也取得了一定的權利；最後，返還標的部分，也僅限於聯邦或部落土地上出土的遺骸和物件。

由此就可以看出立法者小心翼翼地試圖權衡各方利益。基本上，考量到美國聯邦分權與私有財產權至上的關係，州、地方、私人博物館或私人土地，都不在該法規範之列。也因為如此，NAGPRA 一直受到原住民族權利論者的嚴厲批評。質言之，既然幾百年前整個美洲都是印地安先民活動的範圍，這樣的規定無疑是畫地自限；另一方面也等於是間接承認了私人對遺骨或文物的權利。不過，誠如 Watkins (2014: 63) 分析，當年立法者其實刻意避開了違憲爭議。由於私有權保障的關係，該法一不小心就可能處碰到美國憲法增修條文第 5 條「徵收條款」(takings clause) 的底線。也就是私有財產不得在未經公正賠償的情況下，充作公用。問題是，該法雖然避開了違憲爭議，排除私人與私有地的做法，卻也大大限縮了它的適用範圍。

即便 NAGPRA 經常被批評僅具象徵或宣示性，但不可否認的是，作為一部「人權立法」(human rights legislation)，它至少提供了一個「道德上的指引」(moral guidance) (Ray, 2016)。也就是說，不受其規範的機關若有意主動返還，還是能夠有所依循；同樣的，部落與族人在面對不具返還義務的機關或個人時，也更能夠引用 NAGPRA 所揭示的精神，動之以情、訴之以理，來說服返對方主動歸還。換言之，即便是作為一部喚起各方意識 (conscious-raising) 的宣示性法律，本法還是具有相當的作用 (Capone, 2013: 116)。

二、證據與認定的多重權衡：科學正確性 vs. 原住民族權利

通過前節的分析，我們可以看到 NAGPRA 在證據上的多重權衡和其代價。就返還方來看，不用從事新的研究，大大減輕了博物館與機關方的負擔；但反過來看，這也導致希望請求返還的部落，非常難以證明自己與遺骨或是文物間的關係。為此，該法採取了寬鬆的文化認定，而非科學認定；放鬆證據的同時，立法者又將判斷的權利交給博物館等機關。但之後由於裁量權的濫用，又導致實務上大量「文化上無法確認之遺骨」的出現。最後主管機關不得不在 20 年後實質變更了認定標準。只是改採地理認定之後，又導致錯誤返還的可能。

由這裡，我們就可以看見各項政策的選擇都必須付出相應的代價 (Brown & Bruchac, 2006)。具體來說，在不從事新的研究下進行返還，就代表證據必須鬆綁。即便是遺骨，該法都沒有強制要求 DNA 鑑定。問題是，一旦不嚴格要求證據，出錯的可能就隨之大增。當然，這就又回到當初最原始的爭論：返還到底追求的是科學證據，還是原住民族的權利。若是前者，則必須盡可能做到沒有錯誤；若是後者，則重點根本不在返還標的到底是不是本族先人的遺骨或文物，而在於原住民族的認同與自我認定。具體來說，為確保返還無誤，博物館或科學家多主張應盡可能精密鑑定。反倒是部落經常拒絕甚至訴請停止研究 (Ray, 2016: 477)。對部落而言，進一步的研究根本沒有必要。就像部落代表所言，原住民族自己知道自已的歷史，根本無須外人或科學權威來協助認定 (Watkins, 2004: 71)。換言之，原住民族主張：我根本不需要你（科學家、行政機關）來告訴我，我究竟是誰。

由證據問題延伸出更深層的討論，是科學正確性與原住民族權利與自我認定的問題。質言之，當我們強調科學的正確性時，相當程度上就犧牲了原住民族的傳統智慧、口述歷史，以及族人對祖先與自我的認定權。這麼一來，原本希望能夠扭轉權力不對等的返還，就又落入了科技官僚 (technocracy) 的老路。誠如返還實務工作者所言，雖然族人都希望祖先能早日回到部落安息，卻不希望返還是以部落主權 (tribal sovereignty) 或文化信仰等為代價。對族人來說，返還只是結果而已，返還的過程其實與結果同等重要 (Colwell-Chanthaphonh et al., 2011: 39)。

由這個角度來看，就可以知道原住民族和部落未必都支持 2010 年的施行細則修正。因為本次修正雖然加速了返還的進度，卻也使「主管機關」在相關議題上取得了更多的權力。換言之，該法原先希望透過協商來讓博物館和原住民族重構關係的希望，也因此而遭到了架空。

三、時效規定的欠缺

由某種程度來看，實務上之所以會出現「文化上無法確認之遺骨」的濫用，很大程度來自於該法沒有對時效（statute of limitations）進行規定。也就是說，只要館方無法提出相關證據，來證明自己持有的合法性，不論物件或遺骨是在何時出土，當時的時空背景如何，這些館藏隨時都處在可能被要求返還的狀態。

表面上看來，部落可以在任何時點要求返還，對族人似乎相當有利。但就實務上看，沒有時效規定除了造成館方龐大的壓力外，也容易導致技術性的阻擋或採取「發現一件、處理一件」的消極對抗。換言之，原本 NAGPRA 全盤處理的方針，遭到了架空。對此，論者認為該法不但無法達到關係重塑的目的，反而塑造出了「一種對抗的氛圍」（confrontational climate）（Breckenridge, 2014: 75）。

就美國的經驗來看，不少人可能認為部落會盡可能要求所有遺骨與文物的返還，但實際上卻不然。返還工作需要考量的層面甚多，包含物件回到部落後能否妥善保存，遺骨能否安葬等不同層次的問題；有些部落甚至因為禁忌的緣故，盡可能不觸碰此問題（Lawler, 2010；Liebmann, 2014）。換個角度來看，倘若先人暫時無法返家，族人還是會希望先人能受到館方良好的對待。同樣的，爲了要能對遺骨與文物進一步的研究，館方也同樣需要與部落建立良好的關係，並獲得遺族或族人的同意（Watson, 2017: 185）。換言之，該法合作與對話的原始設定，可能才是最佳的途徑。

四、運作上的難點

從 2010 年前後美國審計局所公布的兩份報告，就可以發現經費與人力其實是各機關難以踐行 NAGPRA 的關鍵阻礙（US Government Accountability Office, 2010; 2011）。具體來說，該法雖然立意良善，但在經費與補助短缺

的情況下，返還過程中的兩造（原住民族與博物館）其實都感受到極大的財務壓力。就部落方面來看，博物館依法提供的館藏清冊與摘要報告往往高達數千筆。要在龐雜的資料中找到相關項目，非常困難。即便可在眾多物件中確認出返還項目，接下來的協商，又是一個耗時費力的過程。倘若協商結果不如部落所願，接著就進入 NAGPRA 的審議委員會。若還是被駁回，則需要展開爭訟。可以想見，整個程序對部落來說，形成極大的挑戰（Gunn, 2009）。

即便上述過程需要龐大人力、物力、和財力的投入，相關經費卻相對有限。從美國政府所公布的報告來看，1994 至 2008 年間聯邦對諮商所投入的預算為 3,000 餘萬美元（共 490 件，每件平均約 6 萬美元）；用在實際返還上的補助則約 100 萬美元（共 102 件，每件平均 1 萬美元）（National Park Service, 2009）。由於經費屬於競爭型（約一半的申請者可獲得補助），上述兩類別又有相互排擠的問題，⁶ 加上返還期程往往相當冗長，這使得聯邦補助更像是工作啟動基金而已；即便如此，整體預算也呈現下滑的趨勢。從結果來看，實務上各部落只能自行擇定優先項目。但這麼一來，原本希望系統且全面解決遺骨問題的立法意旨，其實根本無法達成（Chari, 2010）。

反過來從博物館的角度來看，亦是如此。由於經費的短缺，多數博物館都缺乏相應的人力、物力、與培訓來落實相關工作。根據 Makah 印地安部落暨全國部落歷史保存協會（The Makah Indian Tribe and the National Association of Tribal Historic Preservation Officers; NATHPO）的報告，財務問題使博物館傾向把返還列在較低的順位（The Makah Indian Tribe and the National Association of Tribal Historic Preservation Officers, 2008）。事實上，對博物館等機關來說，相關費用其實異常龐大；即便有了經費，實務上還有其他困難。以哈佛大學的 Peabody 博物館來看，該館當年就提撥了 100 萬美元來作為返還之用（Gunn, 2009: 525；Isaac, 2002）；同樣的，華盛頓大學的 Burke 博物館，雖然兩次獲得聯邦補助，校方還是必須額外投入 100 萬美

⁶ 諮商與實際返還是來自同樣的經費來源。由於實際返還的程序已經歷經了漫長的程序，實務多會優先補助。一旦當年度後者的申請數目較多，就會排擠到諮商的補助（Chari, 2010）。

元的經費 (Chari, 2010: 212)。至於丹佛自然與歷史博物館 (Denver Museum of Nature and Science) 的返還，則是面臨了時空的限制 (Colwell-Chanthaphonh et al., 2011)。由於涉及返還的部落往往為數眾多且散佈各地，如何跨越地理與時區的限制同步展開協商，就成為實務上的一大挑戰。以該案為例，當時 67 具遺骨的可能返還對象，高達 84 個部落且分佈在不同州。其諮商過程之艱難，可以想見。當然，不是每個博物館都有足夠財力可供支應。倘若沒有其他經費支援，中小型博物館就只能透過「文化上無法確認的遺骨」，來達到技術性的延緩。

總之，從美國的經驗可以知道，雖然理想上我們都期待博物館能編列相應的預算，來達成法律賦予的任務。但在實際運作的層次，各機關往往是以預算多寡，來決定該年度的工作項目與內容。簡單來說，有多少經費，才返還多少遺骨。當然，經費是最簡單，也最困難的問題。之所以簡單，是因為只要增加支持的力度，問題就能迎刃而解；但衡隴各國日益緊縮的財政，預算增加往往又是最困難的挑戰。但不論如何，美國的經驗告訴我們，徒有法令而無預算的返還，只會讓族人的期待落空而已。

五、罰則及其效力

NAGPRA 的另一項啓事，來自它的罰則規定。如同前節的分析，不少論者都讚許該法是一部有「牙齒」(罰則)的法律；但就像 Cryne (2009: 109) 所言，它的牙齒其實已經掉了滿地，早就「幾乎沒有牙齒了」(almost entirely without teeth)。原因是，該法的罰則僅限於民事 (civil penalty)，且對象也限定在博物館而已。至於其他機關，則完全沒有規定。同樣的，雖然該法明文規定了不少任務，卻沒有對執行與落實面 (enforcement) 予以規範。也因為如此，各機關難免會把返還列為次要的政策，甚至還會以業務衝突來作為延宕返還的理由。

具體來說，行政機關經常會以返還任務和機關宗旨發生衝突並造成滯礙難行，來作為暫緩返還的理由。比方說，美國土地管理局 (Bureau of Land Management) 最重要的工作當然是管理土地；環保署的任務則是解決環境與健康問題。對這些機關來說，它們往往會主張上述宗旨才是該機關成立且得以存續的根本。既然如此，在政策優先順序和資源配置上以主要任務

爲優先，似乎也沒有不對。只是這麼一來，返還也就被排擠至較低的順位，變成行有餘力時的附帶任務（Cryne, 2009: 118-119）。

總之，一般認爲 NAGPRA 的罰則在對墓地保護上確實有喝阻的作用；但就返還來看，由於罰則範圍狹隘且相關規定相當有限，間接導致各機關對返還的工作並不積極。就實務來看，罰則欠缺所導致的延宕，可說相當嚴重。舉例來說，雖然 NAGPRA 明訂各機關必須在 1995 年前提出完整的清冊，但很多單位直到 2008 年都還是沒能完成工作（The Makah Indian Tribe and the National Association of Tribal Historic Preservation Officers, 2008: 15）。這也使得 NAGPRA 的落實，遭到原住民族團體嚴厲的譴責，也更讓族人對行政機關的返還決心，打上了問號。

伍、討論：NAGPRA 對臺灣的啓示

從 NAGPRA 的經驗可以知道，返還的工作其實相當細膩。不管是還什麼（標的）、還給誰（請求權人）、怎麼還（程序），每個步驟都涉及各方行動者，更經常引發原住民族權利、科學研究、法律等不同層次的競合。就某種程度而言，NAGPRA 制訂之初就是希望能調和這些衝突，並以協商、對話來重構原住民族和國家的關係。整體來看，NAGPRA 提供了一套頗爲完整的反還機制，並試圖以這些制度性的規範來扭轉既有的原住民族架構。不管是制度本身，還是背後所蘊含的去殖民精神，都對還處在個案處理階段的我國來說，有所啓發。以下，本文進一步對該法可能的啓示予以細部分析。

首先，NAGPRA 所揭示的最重要精神，就是透過一系列的制度性安排，來促成族人、博物館、行政機關、與主流社會的接觸契機，進而建立起相互的理解與信賴關係。在這樣的基礎上，假以時日雙方就能進一步透過協商來解決返還問題，甚至還可以透過合作來創造新的關係與可能。由另一個角度來看，該法之所以希望透過協商來解決爭端，很大程度也是希望盡可能避免爭訟的發生。質言之，一旦原住民族選擇採取法律途徑，法院所預設的兩造對立也就在所難免。當對立持續發生，原住民族與館方也必然漸行漸遠。但事實上，族人的在地知識與館方的專業，都是原住民族文化

理解上不可或缺的要素。正因為如此，任何制度性的安排都應該促使其交流，而非增加對抗。也因為這樣，美國實務上從一開始的典藏清冊彙整，到最後的返還步驟確認，幾乎每個環節都需要部落或族人的參與和對話（Chari, 2010；Dongoske, 1996；McKeown et al., 2013）。

在前述的精神下，NAGPRA 也在認定問題上給予了巧妙的安排，而這也是該法的另一項重要啟發。從美國的案例可以知道，原住民族的祖先遺骸或文物，與當代部落和族人間，未必存在著簡單的對應。特別是物換星移且幾經遷徙之後，後人其實很難僅因地理上的鄰近，就假定兩者必然存在關連。以臺灣的狀況來看，更容易理解。我國已從過去的 9 族，增加到現行的 16 族。這麼一來，過去的某個「族」，未必可以等同於現今「同一族名」的那個民族；同樣的，遺骨或文物的出土地也未必和目前生活或居住在當地的原住民族及部落有所關連。總之，在沒有更進一步研究之前，其實無從判定先人與今人間的關係。只是，就連是否應該允許進一步研究這件事，都有很大的爭議。

對此，未來我國不論要採取既有資訊判斷、立法推定、或是科學鑑定來作為依據，都必須慎防再次落入權力不對稱的泥淖。換言之，政府、博物館、或專家不能「代替」族人來認定誰才是自己的祖先。而這也是原住民族諮商同意之所以如此重要的原因。質言之，「祖先」除了血緣、親屬上的意義之外，還涉及到部落認同、情感連結、文化傳承等面向。而後者往往才是部落與族人最重視的部分。這也是為什麼 NAGPRA 立法之初，要採取「文化認定」的原因。質言之，NAGPRA 的獨到之處，在於它採取的不是純然「科學認定」，⁷ 判斷過程中還必須納入傳說、口述歷史等要素。唯有加入後面這些考量，輔以充分的諮商與參與，返還的工作才能真正達到「以原住民族為主體」的目的。而這也是 NAGPRA 之所以被認為具備「去殖民」（de-colonization）意旨的原因。

與認定息息相關的是返還權利人的問題。在 NAGPRA 的規範下，部落是返還申請的主體。此項設計對我國而言，也有啟發。2015 年原住民族基本法修正之後，該法第 2 條之 1 增定了「部落公法人」制度。此後，部落

⁷ 不管是就生理學、人類學、考古學上來說的科學來說，皆是如此。

便負有執行公共任務之責（黃之棟，2017）。問題是，在後續「部落公法人組織設置辦法」的一系列討論中，論者卻一直未把返還議題納入討論。本文認為，做為最基本的自決單位，未來或可朝向以部落為主體的返還方向上前進。簡單來說，截至今日返還的議題在我國一直都是透過自救會來爭取權益，但由於部落本來就兼具復振傳統組織、社會制度和語言文化等任務，實宜將返還納入部落、乃至整體民族發展中思考。⁸ 換言之，吾人宜在部落公法人正式上路前，思索將返還議題納入其職能的可行性。

與返還申請直接相關的是「未獲承認之部落、原住民族」能否成為返還主體的問題。就美國實務上來看，很多遺骨之所以會被認定成「無法確認」或「尚未確認」，其實是因為這些遺骨應歸還給未獲承認的部落所致。換言之，行政機關其實知道應該還給誰，但囿於法令限制只好先以延宕方式權宜處理。在我國的脈絡下，最明顯的就是平埔族的問題。特別是在尚未獲得承認之前，平埔遺骨應該如何處理，更是必須仔細思考。對此問題，作者認為有鑑於行政院已在 2017 年通過了原住民族身份法修正草案（行政院，2017），基於平埔族權益之平等保障，將其納入返還應是必然的趨勢。⁹ 至於其順位，則應視個案透過協商方式定之，而不宜強制規範或要求一體適用。事實上，從美國的經驗可以看出，強制劃定遺骨歸屬不但容易引發爭議，還可能種下部落或原住民族間相互衝突的因子，更會導致原住民族社

⁸ 一位審查人對現行部落公法人的角色與職能提出了多點憂慮。此處作者必須特別說明的是，本文「並不」主張：為爭取遺骨與文物，才推動公法人制度。而是希望在公法人已成為既定制度的今天，能在上路前妥適思考將遺骨與文物議題納入其公共任務的可能性。換言之，本文毋寧是把部落公法人視為一項契機，而非挑戰。另外，作者認為在法令尚未修正之前，行政機關還是應尊重立法者的決定，設法盡力推動公法人制度，而非自行決定擱置或選擇不執行。

⁹ 一位審查人對於平埔族是否可列為返還對象有深刻的擔憂，並認為現行「通過修改原住民身分法的做法，基本上就是強行投射過去某段時間的戶口調查資料當成依據，無視該調查前後的變遷、混搭與交流的結果，製造出一批現實上既不是血緣、不是地緣，也沒有族群意識與文化語言依據的新的人群範疇。」對此，作者認為民族承認與認定事宜具備高度複雜性與敏感性，實無法在本文中簡單處理。此處作者想要表達的是，返還的工作必然會涉及到賦予部落或族人某種訴訟上的地位。既然如此，一旦法律承認了平埔族的原住民族身分，平埔族人便可以依法對爭議遺骨或文物提起訴訟。有鑑於此，本文認為相關問題必須事先考量一併思索，而非留待日後爭訟時再行解決。

會內部價值與象徵的改變。當然，就實務面來看，當前最大的問題可能是，原住民族身分法修正通過前的處理方式。對此，作者認為即將成立的國立原住民族博物館或可扮演「中介」的角色。換言之，對於這類法律或科學上仍具爭議，或是正在協商中的遺骨與文物，可暫時交由該館存放，待未來協商或判決結果出爐後，再行移轉。

此外，經費與罰則的問題，亦值得深思。誠如上述，30 年來 NAGPRA 之所以僅稱得上勉強及格，很大的原因就出在經費不足。固然，就原住民族權利保障來看，預算、人力等行政面的困難，是各機關必須自行解決的問題，與族人無關。但當經費無法到位，難免就會出現機關採取「以拖待變」的方式來應對；即便訂有罰則，各機關還是會以各種理由要求延展，甚至支付罰款了事。這對返還來說，無疑都是不利的。有鑑於此，未來我國制訂相關辦法時，絕對不能僅從義務面或罰則面來思考，務須將預算、培力等一併納入。質言之，返還不是大學、行政機關、博物館的問題而已，它也是一次公共對話（public dialogue）的契機（Capone, 2013；Dongoske, 1996）。由這個角度思考，預算的投入實有必要。

當然，各機關有不同的職掌、業務分工、預算結構、組織文化，一體適用不但不切實際，若導致延宕還可能讓族人產生欠缺返還誠意的誤解。以美國國家公園管理處為例，光是該處轄下的一部分公園，就清點出了 140 萬件藏品（McKeown et al., 2013: 151）。其返還難度之高，自不待言。本文認為，返還的工作應該給予各機關適度的彈性，使其可依照自身特性發展出合適的做法；經驗累積之後，還可以透過政策學習來達到精益求精的目的。總之，先行盤點，再依機關、典藏屬性類型化處理，相信會是較為務實的做法。

最後一個必須思考的是原住民族與博物館的關係。從 NAGPRA 的立法精神和 2010 年的修正中，大致可以看出各界基本認為遺骨與文物「應該盡可能返還」。對此，原住民族也經常訴求：別狡辯，快還來（No debate；repatriate）（Lawler, 2010）。反過來從博物館的角度來看，這些法令釋放出的訊息似乎是：放在哪都行，就是不能在博物館（anywhere but museum）（Capone, 2013: 129）。某種程度上，這樣的發展阻斷了館方、原住民族、乃至主流社會的對話。在原住民族議題上，博物館似乎被認為是一個：不

符合公共利益的典藏者 (inappropriate repositories for benefitting public good)。

上述種種都促使臺灣的我們必須重新思考博物館在部落和整體原住民族發展上的位置。具體來說，當前「原住民族歷史正義與轉型正義」的一大重點，就是要建構出一座具有原住民族主體性的「國立原住民族博物館」。未來該館在返還上應該扮演何種角色，無疑會是選址確定後必須嚴肅思考的問題（原住民族委員會，2017b）。對此，本文認為該館至少應該作為爭議遺骨過渡時期的典藏中介；除此之外，它也必須擔任族人和博物館學、人類學、考古學界對話的窗口。簡單來說，為防止各機關以法律或事實上之理由，拖延返還的期程，具有爭議或一定期間內無法完成協商之遺骨與文物，可先交由該館存放。作者認為這樣的處理方式在實務上有兩個優點。首先，公立博物館間的文物移轉，較之私人單位難度相對較低；其次，該館保管期間可進行一定的研究並累積經驗。這麼一來，該館未來或可扮演返還之鑑定人或專業第三人的角色，協助返還作業。總之，作為歷史正義的一環，在再現歷史的工作 (representation of the past) 上，族人不能缺席 (Bruchac, 2010)。

由這個角度來看，原住民族博物館無疑是一個喚起族人意識、再現民族歷史、和對話的管道。不過特別要注意的是，誠如 NAGPRA 所揭示的精神，所有的返還都應該以族人、部落、或原住民族為主體。正因為如此，未來的國立原住民族博物館應謹守前述「中介」的角色，而不宜扮演返還的請求權人，更不能淪為專門向其他機關索求文物的單位。¹⁰

陸、結論

由於近來原住民族遺骨返還的爭議頻傳，各國無不希望建構出一套法律或制度，以便系統地解決問題。對此，美國的 NAGPRA 立法，便成為各國參採的對象。但隨著時間的經過，30 年來 NAGPRA 的侷限也越見鮮

¹⁰ 對於未來原住民族博物館的定位，一位審查人多次提及其憂心，認為實務上原博館很可能會透過「製造爭議」來增加自身館藏。對此，作者必須再次強調，此處「中介」的角色僅限於已經提起訴訟或已展開返還協商的案例，相關文物可考慮先行移至原博館存放。至於原博館本身，則不應主動提起訴訟或自我定位為索還單位。

明。整體來說，作為一部打破歷史不正義的法律，NAGPRA 無疑是一部前瞻且跨時代的立法。它不但做出了明確的政策宣示，也提供了返還論據，更賦予了部落和族人請求權的基礎。除此之外，NAGPRA 更開啓了博物館等聯邦機關和部落的對話。這些都是該法的優勢與利基。不過，就實際的運作來看，不難發現它的成效其實相對有限。

具體來說，該法為尊重原住民族的認同和自我認定，採取了寬鬆的「文化隸屬關係」，而非科學認定；為了能對此有所平衡，立法者同步賦予了博物館與各機關文化隸屬關係的認定權。這個裁量權卻也導致眾多遺骨文物被以「文化上無法確認」的名義，被繼續合法保存在博物館等機關中。換言之，NAGPRA 一方面促成了返還；卻也開啓了返還的「合法延宕」。為解決此問題，美國內政部終於在該法通過的 20 年後，對相關辦法進行了修正，大幅限縮機關的裁量空間。此後，返還的作業又開始加速進行。

問題是，返還腳步的加快對部落與族人來說，未必是正向的發展。當中最大的問題，就在於強制返還導致實質對話的喪失。某種程度上，原住民族又因此而逐漸失去了返還議題上的話語權。「返還」又再次被從親情、認同、部落、和文化中抽離，退回到由主管機關認定、指揮的高權行政模式。換句話說，返還的數字和案例或許變多了，但族人與博物館、行政機關、主流社會的對話，卻未必因此提升。無怪論者大聲呼籲，該辦法的修正逾越了 NAGPRA 當初設定的「對話」意旨。這樣的發展，對強調「去殖民」的原住民族來說，無疑是不利的。

即便面臨了如此巨大的挑戰，NAGPRA 制訂與運作的經驗依然值得我國學習。對本文來說，該法對我們最大的啓示在於：即便所有行動者都認為原住民族的遺骨該還、能還、會還、也想還，這也不意味著我們的祖先最後就能回到部落安息。NAGPRA 讓我們看見，每一種政策選擇，都會有其相應的後果。在選擇的同時，明白可能的後果，相信是 NAGPRA 施行 30 年來帶給我們最好的反思。

參考書目

一、中文部分

- 行政院，2017，〈《原住民身分法》修正—平埔原住民獲正名〉，行政院全球資訊網頁，<https://www.ey.gov.tw/Page/5A8A0CB5B41DA11E/6b466059-43d9-486d-927f-649c52c068ce>，2018/05/20。Executive Yuan. 2017. “Yuanzhumin shenfenfa xiuzheng: Pingpu yuanzhumin huo zhengming” [Amending Status Act for Indigenous Peoples: Pingpu People Will Be Recognized]. in <https://www.ey.gov.tw/Page/5A8A0CB5B41DA11E/6b466059-43d9-486d-927f-649c52c068ce>. Latest update 20 May 2018.
- 李子寧，2005，〈從殖民蒐藏到文物回歸：百年來台灣原住民文物收藏的回顧與反省〉，王嵩山（編），《博物館、知識建構與現代性》，臺中：國立自然科學博物館，頁 23-36。Li, Tzu-ning. 2005. “Cong zhimin soucang dao wenwu huigui: bainianlai taiwan yuanzhumin wenwu shoucang de huigu yu fansheng” [From Colonial Collection to Return of Artefacts: Revisiting and Reflecting on Hundred-Year Collection of Indigenous Cultural Objects in Taiwan]. In *Bowuguan, zhishi jiangou yu xiandaixing* [Museum, Knowledge Construction and Modernity], ed. Wang, Sung-shan. Taichung: National Museum of Natural Science, 23-36.
- 李子寧，2017，〈還馬遠布農遺骨…「該做的正確事」〉，聯合新聞網頁，https://udn.com/news/story/7339/2522664?from=udn-referralnews_ch2artbottom，2018/05/20。Li, Zi-ning. 2017. “Hai mayuan bunong yigu...: Gaizuo de zhengqueshi” [Returning Mayuan Bunun Human Remains: Do the Right Thing]. in https://udn.com/news/story/7339/2522664?from=udn-referralnews_ch2artbottom. Latest update 20 May 2018.
- 胡家瑜，1994，〈民族學收藏與原住民文化保存的問題〉，《博物館學季刊》，8(3): 11-17。Hu, Chia-yu. 1994. “Minzuxue shoucang yu yuanzhumin wenhua baocun de wenti” [Issues Regarding Ethnology Collection and the Conservation of Indigenous Cultures]. *Museology Quarterly* 8(3):11-17.
- 原住民族委員會，2017a，〈馬遠遺骨案臺大應尊重部落意願〉，原住民族委員會全球資訊網頁，<https://www.apc.gov.tw/portal/docDetail.html?CID=35AE118732EB6BAF&DID=0C3331F0EBD318C2BD49E24294FB37F1>，2018/05/20。Council of Indigenous Peoples. 2017a. “Myuan yiguan taida ying zunzhong buluo yi yuan” [National Taiwan University Should Handle the Case of Mayuan]

Indigenous Remains in Line with the Willingness of the Tribal People]. in <https://www.apc.gov.tw/portal/docDetail.html?CID=35AE118732EB6BAF&DID=0C3331F0EBD318C2BD49E24294FB37F1>. Latest update 20 May 2018.

原住民族委員會，2017b，〈國家級原住民族博物館落腳高雄市〉，原住民族委員會全球資訊網頁，<https://www.apc.gov.tw/portal/docDetail.html?CID=35AE118732EB6BAF&DID=0C3331F0EBD318C2FD61E7A4EFC65028>，2018/05/20。Council of Indigenous Peoples. 2017b. “Guojiaji yuanzhu min zu bowuguan luojiao gaoxiongshi” [National Museum of Indigenous Peoples in Kaohsiung City]. in <https://www.apc.gov.tw/portal/docDetail.html?CID=35AE118732EB6BAF&DID=0C3331F0EBD318C2FD61E7A4EFC65028>. Latest update 20 May 2018.

張慧端，2012，〈博物館館藏原住民文物之保存與歸還議題探究〉，《博物館學季刊》，26(3): 133-149。Chang, Hui-tuan. 2012. “Bowuguan guancang yuanzhu min wenwu zhi baocun yu guihai yiti tanjiu” [On the Preservation and Return of Museum’s Indigenous Collection]. *Museology Quarterly* 26(3): 133-149.

陳光祖，2016，〈考古遺產保存的國際趨勢及其對國內法制的借鑑〉，《文化資產保存學刊》，34: 7-35。Chen, Guang-zu. 2016. “Kaogu yichan baocun de guoji qushi jiqi dui guonei fazhi de jiejian” [Current Trends of the Protection of Archaeological Heritages and the Experiences could be Drawn for Taiwan Legal System]. *Journal of Cultural Heritadge Conservation* 34: 7-35.

馮靖惠，2017，〈人類學研究 台大：願返還馬遠祖先遺骨〉，聯合新聞網頁，<https://udn.com/news/story/7314/2546232>，2018/05/20。Feng, Jing-hui. 2017a. “Renleixue yanjiu, Taida: yuan fanhai mayuan zuxian yigu” [Anthropological Research: National Taiwan University: We are Willing to Return the Human Remains of Mayuan Ancestors]. in <https://udn.com/news/story/7314/2546232>. Latest update 20 May 2018.

黃之棟，2017，〈部落公法人的前景與隱憂：原住民族善治的體制嘗試〉，《台灣民主季刊》，14(4): 1-47。Huang, Chih-Tung. 2017. “Buluo gongfaren de qianjing yuyin you: yuanzhu min zu shanzhi de tizhi changshi” [Indigenous Tribes as Public Juristic Persons: A View from Indigenous Good Governance]. *Taiwan Democracy Quartely* 14(4): 1-47.

監察院，2017，〈布農族人要求臺大返還先人遺骨 監察院副院長孫大川關切 申請自動調查〉，監察院全球資訊網頁，<https://www.cy.gov.tw/sp.asp?xdURL=./>

di/Message/message_1.asp&ctNode=903&mp=1&msg_id=6002，2018/05/20。
The Control Yuan Republic of China (Taiwan). 2017. “Bunongzuren yaoqiu taida fanhai xianren yigu: Jianchayuan fuyuanzhang sundachuan guanqie shenqing zidongdiao cha” [Bunun People Asked National Taiwan University to Return the Remains of Their Ancestors: Vice President of the Control Yuan, Sun Ta-chuan, Expressed His Concerns and Initiated an Investigation]. in https://www.cy.gov.tw/sp.asp?xdURL=/di/Message/message_1.asp&ctNode=903&mp=1&msg_id=6002. Latest update 20 May 2018.

鄭惠英，1997，〈遺骸暨文物歸還原主行動：以美加為例〉，《博物館學季刊》，11(1): 71-75。Jeng, Huey-ing. 1997. “Yihai ji wenwu guihai yuanzhu hangdong: Yi meijia weili” [Action for the Return of Human Remains and Objects: America and Canada as Examples]. *Museology Quarterly* 11(1): 71-75.

二、西文部分

- Babbitt, T. 2011. “NAGPRA as a Paradigm: The Historical Context and Meaning of the Native American Graves Protection and Repatriation Act in 2011.” Paper presented at the Proceedings of the Native American Symposium, November 3-4, Durant, Oklahoma.
- Beisaw, A. M. 2010. “Memory, Identity, and NAGPRA in the Northeastern United States.” *American Anthropologist* 112(2): 244-256.
- Birkhold, M. H. 2010. “Tipping NAGPRA's Balancing Act: The Inequitable Disposition of Culturally Unidentified Human Remains under NAGPRA's New Provision. *Mitchell Hamline Law Review* 37(4): 2046-2096.
- Breckenridge, J. 2014. “Building Accord Between Museums and Tribes: NAGPRA in Practice.” *UMKC Law Review De Jure* 2(spring): 67-82.
- Brown, M. F. & M. Bruchac. 2006. “NAGPRA from the Middle Distance: Legal Puzzles and Unintended Consequences.” In *Imperialism, Art and Restitution*, ed. John Henry Merryman. Cambridge: University of Cambridge Press, 193-217.
- Bruchac, M. M. 2010. “Lost and Found: NAGPRA, Scattered Relics, and Restorative Methodologies.” *Museum anthropology* 33(2): 137-156.
- Capone, P. 2013. “Amending Wonder: Museums and Twenty Years of the Native American Graves Protection and Repatriation Act.” In *Accomplishing NAGPRA: Perspectives on the Intent, Impact, and Future of the Native American Graves Protection and Repatriation Act*, eds. Sangita Chari & Jaime M. N. Lavalley. Corvallis: Oregon State University Press, 115-134.

- Chari, S. 2010. "Journeys to Repatriation: 15 Years of NAGPRA Grants, 1994-2008." *Museum Anthropology* 33(2): 210-217.
- Colwell-Chanthaphonh, C., Maxson, R., & Powell, J. 2011. "The Repatriation of Culturally Unidentifiable Human Remains." *Museum Management and Curatorship* 26(1): 27-43.
- Cryne, J. A. 2009. "NAGPRA Revisited: A Twenty-Year Review of Repatriation Efforts." *American Indian Law Review* 34(1): 99-122.
- Dongoske, K. E. 1996. "The Native American Graves Protection and Repatriation Act: A New Beginning, Not the End, for Osteological Analysis-A Hopi Perspective." *American Indian Quarterly* 20(2): 287-296.
- Friends Committee on National Legislation. 2008. "Reclaiming Identity: The Repatriation of Native Remains and Culture." in <https://www.fcnl.org/updates/reclaiming-identity-the-repatriation-of-native-remains-and-culture-137>. Latest update 20 March 2018.
- Gunn, S. J. 2009. "The Native American Graves Protection and Repatriation Act at Twenty: Reaching the Limits Is Our National Consensus." *William Mitchell Law Review* 36(2): 503-532.
- Isaac, B. 2002. "Implementation of NAGPRA: The Peabody Museum of Archaeology and Ethnology, Harvard." In *The Dead and Their Possessions: Repatriation in Principle, Policy, and Practice*, eds. Cressida Fforde, Jone Hubert, & Paul Turnbull. New York: Routledge, 160-170.
- Johnson, T. R. 2009. *Red Power: The Native American Civil Rights Movement*. New York: Infobase Publishing.
- Kretzler, I. 2015. "Repatriation of 'culturally unidentifiable' Human Remains: The View from Fort Vancouver." *SAA Archaeological Record* 15(1): 21-24.
- Kuprecht, K. 2012. "The Concept of 'Cultural Affiliation' in NAGPRA: Its Potential and Limits in the Global Protection of Indigenous Cultural Property Rights." *International Journal of Cultural Property* 19(1): 33-63.
- Lawler, A. 2010. "Grave Disputes." *Science* 330(6001): 166-170.
- Liebmann, M. 2014. "Repatriation Acts: NAGPRA Repatriation in Tribal Practice." In *Encyclopedia of Global Archaeology*, ed. Claire Smith. New York: Springer, 6303-6306.
- McKeown, C. T. 2010. "'A Willingness to Listen to Each Side': The Native American Graves Protection and Repatriation Review Committee, 1991-2010." *Museum Anthropology* 33(2): 218-233.

- McKeown, C. T. & S. Hutt. 2002. "In the Smaller Scope of Conscience: The Native American Graves Protection & Repatriation Act Twelve Years after." *UCLA Journal of Environmental Law & Policy* 21(2): 153-212.
- McKeown, C. T., E. Palus, J. Riordan, & R. Waldbauer. 2013. "Federal Agency Perspective." In *Accomplishing NAGPRA: Perspectives on the Intent, Impact, and Future of the Native American Graves Protection and Repatriation Act*, eds. Sangita Chari & Jaime M. N. Lavallee. Corvallis: Oregon State University Press, 135-161.
- Midler, A. H. 2011. "The Spirit of NAGPRA: The Native American Graves Protection and Repatriation Act and the Regulation of Culturally Unidentifiable Remains." *Chicago-Kent Law Review* 86: 1331-1361.
- Mountain, R. 2017. "The Future of the Past: Reclassification of 'Culturally Unidentifiable' Human Remains Under NAGPRA." *Arizona Anthropologist* 28: 66-75.
- Nash, S. E. & C. Colwell-Chanthaphonh. 2010. "NAGPRA After Two Decades." *Museum Anthropology* 33(2): 99-104.
- National NAGPRA. 2018. "Law, Regulations, and Guidance." in <https://www.nps.gov/nagpra/MANDATES/INDEX.HTM>. Latest update 20 May 2018.
- National Park Service. 2006. "Native American Graves Protection and Repatriation Act, 25 U.S.C. 3001 et seq (Nov. 16, 1990)." in https://www.nps.gov/history/local-law/FHPL_NAGPRA.pdf. Latest update 20 May 2018.
- National Park Service. 2009. "Journeys to Repatriation: 15 Years of NAGPRA Grants." in <https://www.nps.gov/nagpra/grants/nagpra-grantsretrofinal.pdf>. Latest update 20 May 2018.
- National Park Service. 2013. "Determining Cultural Affiliation Within NAGPRA." in https://www.nps.gov/nagpra/TRAINING/Cultural_Affiliation.pdf. Latest update 20 May 2018.
- Ray, K. 2016. "NAGPRA and Its Limitations: Repatriation of Indigenous Cultural Heritage." *The John Marshall Review of Intellectual Property Law* 15(3): 472-485.
- Riding In, J. 2005. "Decolonizing NAGPRA." In *For Indigenous Eyes Only: A Decolonization Handbook*, eds. Waziyatawin Angela Wildon & Michael Yellow Bird. Santa Fe: School of American Research Press, 53-66.
- The Makah Indian Tribe and the National Association of Tribal Historic Preservation Officers. 2008. "Federal Agency Implementation of the Native American Graves Protection and Repatriation Act." in <http://nathpo.org/PDF/NAGPRA%20>

Report/NAGPRA-Report.zip. Latest update 20 May 2018.

Trope, J. F. & W. R. Echo-Hawk. 1992. "The Native American Graves Protection and Repatriation Act: Background and Legislative History." *Arizona State Law Journal* 24(1): 35-77.

Tsosie, R. 2009. "Native Nations and Museums: Developing an Institutional Framework for Cultural Sovereignty." *Tulsa Law Review* 45(2): 3-24.

US Government Accountability Office. 2010. "Native American Graves Protection and Repatriation Act: After Almost 20 Years, Key Federal Agencies Still Have Not Fully Complied with the Act." in <https://www.gao.gov/assets/310/307856.pdf>. Latest update 20 May 2018.

US Government Accountability Office. 2011. "Smithsonian Institution: Much Work Still Needed to Identify and Repatriate Indian Human Remains and Objects." in <https://www.gao.gov/Products/GAO-11-515>. Latest update 25 May 2011.

Watkins, J. 2004. "Becoming American or Becoming Indian? NAGPRA, Kennewick and Cultural Affiliation." *Journal of Social Archaeology* 4(1): 60-80.

Watkins, J. 2014. "Repatriation Acts: The politics of repatriation in North America." In *Encyclopedia of Global Archaeology*, ed. Claire Smith. New York: Springer, 6306-6312.

Watson, B. A. 2017. "Mediating NAGPRA: Bringing Cultural Consideration Back to the Table." *Ohio State Journal on Dispute Resolution* 32: 171-194.

An Analysis of the US Native American Graves Protection and Repatriation Act of 1990 and Its Lessons for Taiwan*

*Morgan Chih-tung Huang***

Abstract

In recent years, indigenous remains and their repatriation have become contentious issues in Taiwan. Although there are no simple solutions to this problem, one way to move forward is by learning from other countries. Intriguingly, although most Taiwanese scholars agree that NAGPRA (The Native American Graves Protection and Repatriation Act) is an exemplar of repatriation, there is a paucity of literature on this topic. This study analyzes NAGPRA from a legal-political perspective. After studying it in-depth, it becomes evident that NAGPRA is by no means a clear-cut success. In retrospect, it is true that NAGPRA has brought a lot of indigenous remains back to the tribes; nevertheless, under the category of culturally “unidentified/unidentifiable”, thousands of remains are still legally curated or “detained” in museums. As an act which attempts to balance different interests, a delay seems to be an inevitable consequence. This article further argues that the best way to celebrate the 30th anniversary of NAGPRA is to learn from its strengths and limitations and, in turn, to apply it to our local context.

Keywords: Indigenous Peoples, Human Remains, Repatriation, NAGPRA

* DOI:10.6166/TJPS.201903_(79).0003

** Associate professor, Department of Public Administration, National Open University.
E-mail: cthuang@mail.nou.edu.tw.