

看不见的“不良影响”

——从一起同性恋商标行政纠纷案说起*

朱静姝[†]

目录

引言	1
一、 Von Butch 商标案介绍	2
二、“不良影响”与同性恋	3
三、（女）同性恋：贱斥物与颠覆者	7
四、反歧视话语的困境	11
五、余论	14

摘要

本文介绍了 2012 年的一起有关同性恋的商标行政纠纷案，争议商标中所含的 butch 一词因其意为“男性化的女同性恋”，被商标评审委员会和北京市第一中级人民法院认定为具有“其他不良影响”而不得注册。该案涉及对《商标法》第十条第一款第（八）项的解释，也牵引出对（女）同性恋在中国法律和社会观念中的地位的思考。同时，本文也会探讨反歧视话语在我国同性恋法律诉讼中有何困境。余论部分把此案放在近年来同性恋权益运动的整体语境之下，针对运动策略提出了一些开放性的反思。

关键词

同性恋 商标法 不良影响 反歧视

*本文原载于《自由与枷锁：性倾向和同性婚姻的法律问题研究》，褚宸舸主编，清华大学出版社 2014 年 8 月版，第五章。此书由国家社科基金青年项目“吸毒管制的正当性与吸毒者人权保障法律问题研究”（项目编号：10CFX021）资助出版，为该课题的阶段成果。转载请注明出处。

[†]朱静姝，荷兰莱顿大学和阿姆斯特丹大学法人类学在读博士。尚法学之严谨，人类学之敏锐，探索婚姻法律制度与性少数群体对话的可能。ILGA(国际男女同性恋联合会)2013 年全球同性恋法律汇编《国家赞助的恐同症》(State-Sponsored Homophobia)的作者之一。为荷兰在线网站“性爱大权”栏目撰写名家专栏。

引言

寻常观念中，商标只是商业利益的载体，似乎很难与同性恋¹产生直接联系。我国《商标法》第一条体现了其鲜明的经济法特征：“为加强商标管理，保护商标专用权，促使生产、经营者保证商品和服务质量，维护商标信誉，以保障消费者和生产、经营者的利益，促进社会主义市场经济的发展，特制定本法”。这跟美国芝加哥法经济学的认识是一致的，即，商标法的目的不外乎有二：一是让消费者容易辨认商品，节省时间成本；二是由于商标关系到信誉，商标的法律保护会鼓励生产者提高产品质量。²照此思路，商标权并不是一种基本权利，而是一项“经济特权”，它保护商标持有人的商业利益，但并不涉及言论自由、正当程序和平等保护等宪法原则。³因此，对于商标是否可以被允许注册的认定，法律的标尺也是冰冷的——它不用考察申请人的用意，也不用关心某一商标是否对社会少数群体有所影响。

这种功利主义的理解在当代消费社会越来越捉襟见肘，因为它没有看到商标的符号学意义。商标所承载的不只是线性的、由商家向消费者传递、消费者单方面接收的信息，而是商标设计人、持有者和消费者对意义的共同创造。⁴同时，这些商标不仅区分着不同的品牌，也将消费者区分开来；换言之，对商标的选择、排列和组合从某种程度上反映了社会身份和社会地位。尤其是那些与社会少数群体息息相关的商标，可能会让使用这一商品的人逐步建构起自己的身份；而当这些商标成为“圈内人”或“知情人”才能理解的暗语时，该群体的凝聚力也得以增强。因此，在语言符号学的范式之下，商标也涉及民权议题，商标行政纠纷也超出了《商标法》的文本，成为权力-知识-话语得以交织和展演的舞台。⁵

本文将介绍一件鲜有人探讨的与同性恋符号和身份有关的商标行政纠纷。⁶借由对

1 受篇幅所限，本文不展开探讨涉及同性恋的术语问题。下文中若无特殊限定，将用“同性恋”一词作为同性欲望、行为、亲密关系以及被现代社会构建起来的性身份的总称。

2 See, Stephen L. Carter, 1990, *The Trouble with Trademark*, *Yale Law Journal* 99: 759.

3 同上。

4 See, Gibbons, Llewellyn Joseph. 2005. "Semiotics of the Scandalous and the Immoral and the Disparaging: Section 2(a) Trademark Law After *Lawrence v. Texas*." *Marquette Intellectual Property Law Review* 9: 187-248.

5 关于权力如何引发乐趣，构建知识，产生话语，参见 [法] 米歇尔·福柯，《性史（第一、二卷）》，张廷琛，林莉、范千红等译，上海科学技术文献出版社 1989 年版，第 91-94 页。

6 王芳诉国家工商行政管理总局商标评审委员会商标行政纠纷案（(2012)一中知行初字第 1116 号，北京市第一中级人民法院，2012 年 6 月 1 日，见 http://www.pkulaw.cn/fulltext_form.aspx?Db=pfnl&Gid=118318238。

该案的判决书进行法律分析和话语分析，笔者试图考察（女）同性恋在当代中国法律和社会观念中的处境，并对本案所采用的反歧视论点进行批判性反思。

一、 Von Butch 商标案介绍

原告王芳于 2008 年申请注册一件名称和图案均为“Von Butch”的商标，2010 年 1 月 18 日，商标局驳回了该注册申请。王芳不服，向国家工商行政管理总局商标评审委员会（下文简称商评委）提出申请复审。2011 年 7 月 25 日，商评委作出了驳回复审的决定。⁷王芳不服商评委的决定，随后向北京市第一中级人民法院（下文简称一中院）提出了行政诉讼。2012 年 6 月 1 日，法院依据《商标法》第十条第一款第（八）项的规定，即“有害于社会主义道德风尚或者有其他不良影响的标志不得作为商标使用”，维持了商评委的决定。

具体而言，商评委在复审决定中驳回王芳的请求的理由是：

Butch 可理解为：充当男人的女同性恋者或男人似的女人（见《英汉大词典》第 253 页，上海译文出版社第二版），且申请商标整体未形成新含义。因申请商标中的英文 Butch 具有指向同性恋色彩的含义，用作商标易产生不良社会影响，故申请商标已构成《中华人民共和国商标法》（简称《商标法》）第十条第一款第（八）项所指的不得作为商标使用的情形。

王芳在诉讼中则称：

Butch 被认定会有害社会道德风尚无疑是对同性恋者的歧视。同性恋在中国已经被官方宣布为非病态，中国精神病学学会颁布《中国精神病学分类与诊断标准》（第三版），不再把同性恋统划为病态。2004 年中国官方首次公布我国男同性恋人数达 1000 千万。网上相关资料称，目前，我国 15 岁至 60 岁的同性恋人数约为 3000 万，其中男同性恋和双性恋 2000 万，女同性恋为 1000 万。

就全中国而论，同性恋不是病态，不是变态，不是犯罪、不伤风败俗，不违反天道与人伦。被告认为申请商标含有关于同性恋的英文单词而以《商标法》第十条第一款第（八）项所指的有害社会道德风尚，是对同性恋的歧视，有伤国民感情，与国家政策相悖，有违法律原则。

在判决书中，法院并没有支持原告的主张：

下文将简称为“Von Butch 商标案”。

7 商评字〔2011〕第 14915 号关于第 6587687 号“VON BUTCH”商标驳回复审决定。

《商标法》第十条第一款第（八）项……的目的，在于防范使用损害社会公共利益、破坏社会公共秩序，或者危及社会全体成员所普遍认同和遵循的道德准则或习惯的标志的行为；从而协调个人利益与社会公共利益、国家利益之间的冲突，弘扬社会公共道德，维护良好的风俗习惯和正常的社会经济生活秩序。违反该项规定的标志既不能获得注册，也禁止作为未注册商标使用。

……

本院认为，判断一商标标志是否存在“其他不良影响”，应当从标志本身的含义出发进行判断，并结合相关公众的认知，综合考虑该标志或者其构成要素是否可能对我国政治、经济、文化、宗教、民族等社会公共利益和公共秩序产生消极、负面影响。而认定申请商标是否具有不健康因素，与是否对同性恋者构成歧视无关。仅以汉文字为例，就汉文字偏旁部首中“女部”与“尸部”中的部分文字而言，则均因其在含义上具有“其他不良影响”，而不得作为商标的组成部分予以注册；而认定带有此类含义的文字或单词具有“其他不良影响”，同样不针对具有该类含义的文字或单词所指向或所描述的相关群体，亦与是否对相关群体构成歧视不存在关联。本案情况即是如此。

……

“Butch”含有“充当男人的女同性恋者”的含义，而“Von Butch”整体未形成新含义。据此，申请商标具有不健康因素，作为商标使用会给社会造成不良影响，不符合《商标法》第十条第一款第（八）项的规定，不应作为商标给予注册。

最后，法院判决维持商评委的决定，原告没有上诉，此案审结。

本案是第一例也是唯一一例与同性恋有关的商标行政诉讼案件，也是为数不多的原被告双方和法院的判决都清晰地说出“同性恋”三个字并表明立场的案件，因此，各方的思路和语言都值得深度剖析。除了判决书之外，笔者未能找到与本案相关的其他法律文书，也未发现任何新闻报道或网络讨论，然而从判决书的字里行间，已然可以看到作为市场参与者的原告、作为审查者的商标局和商评委、以及作为裁判者的一中院对同性恋、法律、道德以及三者之间的关系的不同理解。

二、“不良影响”与同性恋

本案主要依据的法律是《商标法》第十条第一款第（八）项。商评委和一中院都选择了绕过“社会主义道德”这个宽泛宏大、政治意味浓重的词，只以最为模糊的兜底条款“其他不良影响”作为判定依据。因此，本案的核心问题之一就是 butch 一词是否具有“不良影响”。

对于原告王芳，我们并不能揣测她⁸使用 **Butch** 作为商标的初衷（况且申请人的主观意图在我国的商标审查中也并不是要考察的因素）。或许她是想要占据“粉红市场”，让潜在的同性恋客户对其产品产生好感；或许是想用这种“行话”，让了解该词的人对其商标过目不忘；或者是出于私人目的；亦或者只是误打误撞用了这个词。不论是何种原因，其诉状至少说明她（或她的代理律师）对于中国同性恋的基本状况及其发展历程都有一定程度的了解。原告方给出了中国同性恋者的人口数据，旨在表明这并不是一个不存在的少数群体。随后，她提到了同性恋的非病化和非罪化，试图证明“不是病”和“不是罪”就没有不良影响。为了证明同性恋并非病态，她还援引了中国精神病学会颁布《中国精神病分类与诊断标准》（第三版）。虽然福柯曾说在性（尤其是同性恋）的议题上，医学、心理学等微观权力已经侵蚀了司法权，⁹但我们看到，司法权从来不会完全退出。在本案中，对于原告主张的“同性恋不是病”，法院不置可否；但一个群体不健康，在法院看来不只是一个医学问题，而是一个道德和意识形态的问题——同性恋病与非病的科学判断成了无关痛痒的信息。

那么，什么是法律视野中的“不健康”、或具有“不良影响”呢？商评委颁布的《商标审查标准》中，似乎也没有细化“其他不良影响”的判断标准，只是宽泛地指出判定时应“应考虑社会背景、政治背景、历史背景、文化传统、民族风俗、宗教政策等因素，并应考虑商标的构成及其指定使用的商品和服务”。¹⁰国内法院判决和学术文献对此也没有一致定论——有案例表明，不良影响只能是指对公共利益的影响，而非对特定利害关系人的影响。¹¹“不良影响”的另一层含义是有害于公序良俗，如，将“True Religion”商标用于新娘婚纱、游泳衣等商品上，被认为“与信众对待宗教的严肃性、认真性、保守性相矛盾”，有害于宗教信仰和宗教感情。¹²另外，“容易引起误认”有时也被归为此

8 判决书中没有指明原告的性别，在此为叙述之便，推定其为女性，虽然此种推定是十分武断的。

9 同脚注 5，第 33 页。

10 《商标审查标准》，国家工商总局商标评审委员会，2009 年 4 月 8 日，http://www.saic.gov.cn/spw.../flfg/200904/t20090408_55188.html。值得注意的是，该标准中提到了“有害于宗教信仰、宗教情感或者民间信仰”，而同性恋商标是否触犯某些宗教的教义在西方国家的确是个可争论的话题。然而，本案的法院判决并没有明确提出 **butch** 所承载的同性恋内涵会对我国具体宗教产生伤害。关于同性恋商标和宗教自由，参见脚注 4，第 214 页。

11 例如，不能因为“亚平”这一商标与邓亚萍其人存在关联而判定其对社会有不良影响。参见李清：《从“亚平 YAPING 及图”商标案看不良影响条款的适用》，载《中华商标》2012 年第 10 期：第 47-48 页。

12（美国）古露丹宁公司（GuruDenimInc.）与中华人民共和国国家工商行政管理总局商标评审委员会商标驳回复审行政纠纷上诉案，北京市高级人民法院，行政判决书，(2010)高行终字第 637 号，2010 年 6 月 10 日。

类，如判定“博鳌”商标容易让公众误认为商品与博鳌亚洲论坛有特定联系，从而产生不良影响。¹³可见，由于现实生活的复杂性和不可预测性，“不良影响”很难被明确定义，法官在具体案件中拥有较大的自由裁量权。

本案中，一中院的判决诉诸的主要是目的解释法，然而该判决所依赖的《商标法》第十条第一款第八项的目的，本身就是极其抽象模糊、有待解释的。法院认为，此项的目的是保障“社会全体成员所普遍认同和遵循的道德准则或习惯”“社会公共道德”，“良好的风俗习惯和正常的社会经济生活秩序”。它并没有追问，这些概念是否必然与异性恋生活方式划等号，它们是否一定与同性恋不兼容。在一中院看来，这样的追问是不必要的，因为社会大部分成员的选择——以异性恋为基础的婚姻和家庭——的合理性已不证自明。这便映证了伽达默尔之后的阐释学对传统法律解释方法的反思：对立法目的的考察不过是为了排斥某些解释，正当化另一些解释；法律的意图并不必然是立法者的意图，而只是法律解释者希望立法者所具有的意图罢了。¹⁴解释者在解读法律时已经是身处于“意义之网”¹⁵中，而他在做出判断的同时已然带入了自己的前理解，因此，只有不断意识到自身视野的局限，调整预断，经过解释学循环，才可能更接近理性。¹⁶然而本案法官关于同性恋的视野和知识储备很可能只局限于字典定义和刻板印象，所以判决认为 *butch* 一词具有不良影响也便不足为奇了。

由于“社会全体成员”所普遍认同的规则和习惯更为重要，我国《商标法》只有在涉及民族和种族问题时才会考虑到少数群体的感情，¹⁷对其他的边缘人群则鲜有关照。相比之下，在美国，不得注册的商标主要有两大类：一是容易引起公愤的、不道德的 (*scandalous and immoral*)，二是具有贬损意味的 (*disparaging*)。一般来说，前者的判断标准是普通大众的平常感情，而后者则是该商标所贬损的特定群体。对于一个初看是“贬义”的词，要判断其是否有不良影响，则要看商标符号、申请人和商品所共同创造的语

13 王浩垒诉商评委、第三人海南博鳌投资控股有限公司商标争议行政纠纷，北京市第一中级人民法院，行政判决书，(2010)一中知行初字第2873号，2010年11月5日，<http://lawyer.legaldaily.com.cn/judgment/default/detail/uuid/95008673491110491>。

14 参见，伽达默尔：《真理与方法》，洪汉鼎译，商务印书馆2007年版；亦见，苏力·梁治平：《解释的难题——对几种法律文本解释方法的追问》，载于《中国社会科学》1997年第4期，第12-31页。

15 引自，[美]克利福德·格尔茨，《文化的解释》，译林出版社，1999，第5页。

16 有关阐释学中的“前理解”、“视野”和“传统”，参见，《真理与方法》，同脚注14。

17 《商标审查标准》第一部分第八条第(一)款规定，“商标的文字构成与民族名称相同或者近似，并丑化或者贬低特定民族的，判定为带有民族歧视性”；第十条第(三)款规定，“有害于种族尊严或者感情的”商标不得注册。

境。例如，一个粉红三角标志由一个同性恋组织注册和由一个恐同组织注册，其效果是截然不同的——对于前者，粉红三角代表着不忘历史和重新书写历史，也是团结的标志，但对于后者来说则代表着罪孽。如果不作此区分，忽略了主体性，结果就要么是纵容了暴力和仇恨，要么是过度追求政治正确、消减了通过玩味褒贬使边缘群体发挥能动性的可能。

关于同性恋商标的贬词褒用，美国有一个著名判例：旧金山的某摩托车俱乐部有一支女同性恋车队，自 2003 年起在同志骄傲游行中就连续使用“男人婆在骑车”(Dykes on Bikes) 的标语，2005 年，该俱乐部决定将这一标志申请为注册商标，用于他们设计的 T 恤上。起初，商标局驳回了这一申请，原因是“男人婆”这一称谓是对女同性恋者的污名和诽谤。俱乐部随后提交了证据证明，“男人婆”本有负面意义，但就像“怪胎”¹⁸一样，经由酷儿理论，衍生出表面自贬，实则反正统、反规训、反权威、反对固化的身份政治的内涵。所以“男人婆”非但没有贬损女同性恋，反而是一种赋权。商标局在认可了这些证据后，许可了这一商标。

然而更为戏剧化的是，一位自称“男权倡导者”的人将此俱乐部诉至法院，称这一商标是“丑恶的、不道德的”，并且“男人婆”这一激进女同性恋女权主义称谓伤害了男性的感情。¹⁹案件一直打到了美国最高法院，最终该案以这位男士的请求被驳回收场。最高法院的主要判决理由有二：第一，原告并不能给出合理依据，证明他自己会被这个商标所伤害，也不能证明这个商标对男性有整体性的侮辱；更重要的是，一个商标是否不道德，要看这个商标所指涉的群体有没有感觉不舒服，而不是看大部分主流人群舒不舒服。相比之下，我国商标法试图保护的“公共利益”则更加关心主流价值观，牺牲了少数人的利益。而贬词褒用的策略就更没有出现在我国商标审查官员和法官的意识中了，于是弱势群体通过反讽、戏访等话语技术进行协商和反抗也像是纸上谈兵。

通过商标之口，规训权力已然展现出来，商标注册成了对性进行凝视和审查的场域之一。可以说，“社会主义道德和其他不良影响”这个兜的大小，与社会控制的严厉程度是正相关的。相比之下，《台湾商标法》第三十条虽然规定了“妨害公共秩序或善良

18 英文为 queer，中文常常直译为“酷儿”，但这一译法丧失了贬词褒用的反转意味，所以本文认为“怪胎”一词更为确切。但由于“酷儿理论”“酷儿运动”这些搭配已经约定俗成，在这些组合中，译作“酷儿”又更为合适。

19 See, *McDermott v. San Francisco Women's Motorcycle Contingent*, Supreme Court of the United States, 552 U.S. 1109 (2008), decided Jan. 7, 2008.

风俗”的商标不得注册，但该条所代表的政府之手并没有在市场上无限制地扩张。台湾的合法注册商标无奇不有——“水扁”、“英九”、“嘿咻”、“车震”等。而在中国大陆，“流氓兔”、“泼妇”、“霸道”等词都被禁止，官方的保守和敏感可见一斑。但需要强调的是，并不是一切跟性有关的商标都遭到了压制。毕竟法律的触角是有限的，审查部门也不一定跟得上日新月异的词汇，因而我们又可以看到许多打着擦边球、通过性来吸引眼球的商标，如“波霸”牌美容仪器、“潮吹”牌眼镜、“黑木耳”牌装修公司等等。关于这种敏感和盲视的共存，文章末尾将继续探讨。

除了有关 **butch** 的含义的争论之外，本案还涉及另一个问题，尽管各方均着墨不多：原告声称，她向中国商标网申请时提交的商标是 **Von Dutch** 而非 **Von Butch**，音译为“梵达奇”。但商评委主张，其文字说明中写的仍是“**Butch**”，况且艺术化后的 **Dutch** 和 **Butch** 两个单词十分形似，公众容易认为是后者。如果我们假设原告申请的商标就是 **Von Dutch**，那么它是否真如法院所称，会让消费者将其误认为 **Von Butch**，从而产生“不良”的联想？在我看来，这种误认是十分牵强的。**Dutch** 和 **Butch** 均为英文词汇，二者在普通大众的日常生活中并不常用，后者则更为生僻，联想极难发生。甚至连中国的女同性恋者本身都很少使用这个外来词语——在拉拉（中国大陆和台湾女同性恋者的称谓）的词汇中，偏阳刚气质的角色被称为“**T**”，知道 **butch** 含义的女同性恋者并不多，用 **butch** 定义自己身份的人就更少了。²⁰

那么，官方在本案中体现出的担忧是对同性恋普遍的草木皆兵，还是个案中合理的谨慎？要回答这个问题，我们还需要问：同性恋在当代中国社会文化中的地位如何？**Butch** 在同性恋系谱中的位置何在？此案的敏感之处，是同性恋（性倾向问题），还是男性化的女同性恋（生理和社会性别问题）？或者，性与性别在同性恋议题中本来就难以割裂？

三、（女）同性恋：贱斥物与颠覆者

Von Butch 商标案的一纸判决不仅驳回了该商标，也宣告了官方和主流社会对同性

²⁰ 关于 **T** 的含义、起源和在台湾和大陆的使用，参见，简家欣：《九〇年代台湾女同志的性别抗争文化：T 婆角色的解构、重构与超越》，载于《思与言》，1997 年 3 月第 35 期第 1 辑，145-209；亦见，同语：《北京拉拉社会发展口述史》，2011。

恋的拒弃。这种状态被朱迪斯·巴特勒称为“贱斥”（abjection）：在性别被操演、身体被物质化的过程中，那些不被认定是主体的、不重要的身体则变得不能被言说，不可被理解（unspeakable and unintelligible）。贱斥物必须被排除在身体之外，以维持纯洁和秩序的幻想。²¹巴特勒认为女同性恋就是这样一个卑琐的、被贱斥的群体。她强调，西方的男同性恋虽然曾被鸡奸法压制，但这种明令禁止也总算是提供了一个话语场，权力的反转得以衍生；然而女同性恋大部分时间连成为一个被禁止的客体的资格都没有，她们是不存在的。²²在二十世纪初的英国，贵族们也曾短暂讨论过是否应该将女同性恋入罪，但最后，大法官的结论是（他小声说道），“谈论女同性恋，哪怕是禁止它，都有可能让这种污秽变成潮流，从而‘未被污染’的女性市民也会有受影响的风险”，于是这一提议便不了了之。²³这种努力将女同性恋排斥在话语范畴之外的做法其实也正是话语策略的一种，我们不妨称之为“沉默不言，以免赋权”。亦如福柯所说，说与不说并没有二元区分；沉默不是话语的终结；沉默有很多种声音。²⁴

在中国，“贱斥”长期以来是男女同性恋共同的、整体的生态，只是女同性恋尤为如此。鸡奸行为在清末修法之后就没有被明文禁止过，在“流氓罪”时代也只是在兜底条款中模糊入罪，因此男同性恋也长期是被忽视的，从未作为一种身份被法律言说。²⁵当代中国对待同性恋的态度很大程度上仍然是贱斥——坊间流行一种说法，即中国政府对同性恋的政策是“不支持、不反对、不提倡”（虽然这种说法从何而来尚待考证），这种无视恰好是最经济的。对同性恋的贱斥在电影审查领域表现得尤为明显，有学者称其为“符号性灭绝，象征性屠杀”²⁶——审查机制成为强制异性恋的装置之一，有关同性恋的呈现和自我呈现被严格限制，或者就算有一部分“审查性公开”²⁷，也往往是污名化的，并且同性关系的终点也总是回归异性婚恋。

21 Butler, Judith. 1993. "Imitation and Gender Insubordination." In *The Lesbian and Gay Studies Reader*, edited by Henry Abelove, Michèle Aina Barale, and David M. Halperin, 307-320, at 312. New York & London: Routledge.

22 同上。

23 Weeks, Jeffrey. 1985. *Sexuality and Its Discontents: Meanings, Myths and Modern Sexualities*. London: Routledge, at 105.

24 同脚注 5，第 26-27 页。

25 参见郭晓飞：《中国有过同性恋的非罪化吗？》，载于《法制与社会发展》2007 年第 13 期第 4 辑，第 51-65 页。

26 王浩：《符号性灭绝语境下的《非诚勿扰》——同性恋被允许怎么呈现》，爱白网，2009 年 2 月 15 日。

27 魏伟：《从符号性灭绝到审查性公开《非诚勿扰》对同性恋的再现》，载于《开放时代》2010 年第 2 期，第 84 页。

女性的同性情欲、行为和亲密关系在中国并不被当成是一种对异性恋秩序的威胁；除了性学家在上个世纪初曾将其视为心理问题试图加以纠正之外，女同性恋几乎不会进入公共话语，毋宁说被处罚了。²⁸这尤其体现在 1991 年公安部针对安徽无为县一对女同性恋是否应受处罚的简短批复中：“什么是同性恋，以及同性恋的责任问题在目前我国法律没有明文规定的情况下，你们所反映的问题，原则上可不予受理，也不宜以流氓行为给予治安处罚。本案具体如何处理，可与检察院、法院等有关部门研究解决。”有人可能将此段回复视作法律对（女）同性恋的宽容，但我更赞同巴特勒的看法，即“女同性恋没有被严厉禁止，一部分原因是它还根本算不上是一种真实的、可被命名的、可被理解的、可被规制的文化中的一格。”²⁹周华山对此案也有类似评价：“公安部所谓宽容的态度有可能只是男性至上主义的结果，女人并没有被当作性的主体……毕竟，警察依旧在滥用其权力对男同性恋进行勒索或指控。”³⁰

另外，安徽无为女同性恋没有被处罚，很大程度上与同性恋本身无关，而是因为安徽省人大常委会关于《中华人民共和国治安处罚条例》的司法解释中强调的“禁止类推”原则，因此在没有明文规定的情况下，女同性恋关系不能被归入“其他流氓活动”。况且，该案发生于 1991 年，同性恋社群尚处于萌芽阶段，大众对同性恋并无太多了解，对女同性恋也似乎没有明显的厌恶。据一位认识这对女同性恋者的中年妇女说，常常看见她们一起去外面浴池洗澡、共厕，并没有觉得有什么不正常——“两个女孩子在一起，能有什么？”³¹

值得一提的是，在法律和大众文化贱斥女同性恋的同时，在现实生活中，她们仍旧面临医学权力和警察权的规训。安徽无为这对女同性恋者中自我认同为男人的潘姓女子曾遭到过单位的强制性别检查，并在半年后又再次被体检，直到县人民医院作出“处女膜完整”的鉴定结论单位才肯罢休。正是这样的结论，以及派出所并未发现直接证据证明她们有过拥抱、接吻等行为，才让警方对此案的定性左右为难。³²这也从另一个侧面

28 See, Sang, Tze-Lan D. (2003). *The Emerging Lesbian: Female Same-Sex Desire in Modern China*. Chicago and London: University of Chicago Press.

29 同脚注 21。

30 Chou, Wah-Shan. 2000. *Tongzhi: Politics of Same-Sex Eroticism in Chinese Societies*. New York: Haworth Press, at 109.

31 陈礼勇：《震惊公安部的中国女同性恋第一案始末》，红网，2006 年 8 月 21 日。

32 同上。

表明，医院的鉴定和警方的调查仍然是基于异性恋秩序中关乎性与情的想象。

对比寥寥数语的安徽无为女同性恋案批复以及此前关于男男性行为的牡丹江案³³，Von Butch 商标案判决书对（女）同性恋的阐述明显增多，从而本来被贱斥的、没有名字的非主体经由一场诉讼变成聚光灯下的主角之一，这给法律和主流文化都带来了不少“性别麻烦”³⁴。毕竟，一次鸡奸行为可以被惩罚、一对女同性恋关系可以被社会压力拆散，但 butch 一词作为象征意义上的同性恋，影响可能更为深远。

Butch 是对性与性别的颠覆。在许多异性恋者的思维里，一说到两个人是同性恋，第一个问题往往是，“谁扮老公谁扮老婆啊？”“扮”这个字值得玩味。它一方面显示，在大众的常识思维里同性恋仍然是个扮家家游戏，不严肃也不长久，“扮老公扮老婆”是在模仿或复制异性恋者的恋爱相处模式，而“butch”，或本土语境下的“T”，就是在模仿男人。所以大部分人要么对这种“不男不女”产生厌恶，要么就对 butch 不是“真男人”表现出不屑一顾的鄙夷。而另一方面，“扮”又与性别的操演性密切相关。巴特勒指出，性别身份是不确定和不稳定的，是在对社会文化中既定的性别规范的不间断征引和反复操演中形成的。异性恋也并不是人类性存在的本质或自然状态，正因如此，它才需要不断言说，排斥异类，反复操演男女二元性别规范，从而巩固自身。³⁵官方对同性恋的闪躲，以及对主流异性婚恋价值观的反复宣扬，也恰好揭示了异性恋作为“不证自明的真理”的脆弱和虚幻。

正是因为主流道德眼中，女人必须既女性化，又异性变化，既不同于男人又渴望男人，所以官方才如此担心道德纯良的异性恋女性会被 butch 所指代的“变态”的性所污染。Butch 在“扮”男性的过程中，对社会规范的逾越呈现于多个层面：她不仅拒绝了阳具中心主义，拒绝成为男性的他者；甚至，她在象征意义上夺取了男人的角色，去吸引一个女人。“Butch”或“男人婆”这个称谓的存在本身就是二元性别并非严丝合缝的证明（伪娘、女汉子、人妖等词同理）。女同性恋公益杂志《Les+》排演的话剧《兔子洞》中的一句经典台词则是这种颠覆性的最佳注解——“是我的手指，让她怀了孕”。

33 参见，《最高人民法院关于成年人自愿鸡奸是否犯罪问题的批复》，1957年4月29日，（该批复称“关于成年人自愿鸡奸是否犯罪，有待立法解决，在法律尚无明文规定前，你院所提情况，我们认为以不办罪为宜”）。

34 此处借用朱迪斯巴特勒的书名：《性别麻烦——女性主义与身份的颠覆》，宋素凤译，2009年第1版，上海三联书店。

35 同脚注21和34。

这个情节抛开了法律、科学、道德等压力，将乌托邦的想像和拉拉的集体情感需求结合在一起，性和家庭得以再造。

总而言之，同性恋在主流社会文化面前既是贱斥物，也是颠覆者。它在不被理解、不被看见的同时，也在打破着身份、系统和秩序，冲击着边界、角色和规则。同性恋者的“性别错位”与它的“性倾向偏离”给主流社会观念带来的撼动是难分伯仲的；也正是由于性与性别的交叉，有关同性恋的法律问题才变得格外复杂。再次回到 Von Butch 商标案，我们发现，法院的思维中可能并没有贱斥和颠覆的理论，有的只是异性恋和性别二分的母板。在这样母板下，反歧视话语难免困难重重。

四、反歧视话语的困境

如前所述，原告要胜诉的关键在于证明 Von Butch 商标没有不良影响。其实她也可以采取另一种策略，即，淡化该商标的同性恋意味，完全依据字典解释，主张 butch 一词除了有“男性化的女同性恋”的含义之外，还可以作为形容词，形容男人的“阳刚”。而“阳刚”是中性的（甚至是褒义词），并不是一个恶俗低下的词语，所以不会有不良影响。这样的主张是很有可能得到法院支持的，因为此前就有一个类似的案件采用了纯字典策略：一件名为“Dandy”的商标起初被商标局驳回，但在复审中商评委认为，虽然 dandy 一词可以让人联想到“花花公子”，但也有“极好的、上等的”等诸多其他含义，使用在绳索、网等商品上，尚无证据证明会产生不良影响，因此可以允许注册。³⁶

但是，原告并没有绕开同性恋这一敏感话题，而是选择了正面探讨 butch 一词的合理性。从王芳的诉讼理由来看，她（或她的律师）对同性恋是持支持态度的，甚至可能期望把这个案子变成一件里程碑式的同性恋平权案件，所以才使用了反歧视的话语。遗憾的是，关于性倾向反歧视，原告只是提出过一次：“被告认为申请商标含有关于同性恋的英文单词而以《商标法》第十条第一款第（八）项所指的有害社会道德风尚，是对同性恋的歧视，有伤国民感情，与国家政策相悖，有违法律原则”。这里的反歧视主张与“国民情感”、“国家政策”联系起来，并不是法律论点，更像是空洞的政治论调。况且，我国的意识形态、国民情感和国家政策对同性恋并不友好，在没有更多论点和证

36 参见，赵春雷，国家工商总局商标评审委员会：《商标法中的“其他不良影响”》，2009年04月09日，http://www.saic.gov.cn/spw/llyj/200904/t20090409_55225.html。

据支持的情况下，抽象地谈论反歧视可见是虚弱无力的。

针对歧视问题，一中院并没有考察同性恋和异性恋是否受到平等对待，却转而玩起了文字游戏，以类比的方式将同性恋问题应付过去了。这种从英文到中文，从整体含义到偏旁部首，从同性恋到女性和尸体的类推，法官们很可能觉得再恰当不过了。因为他们的整体语境本来就是以异性恋和男性为中心的，是提倡高雅反对低俗的（如尸部词汇尿、屎、屁不得注册为商标），所以在他们看来，这一逻辑并无不妥。在这样一张意义之网中，他们也许真诚地相信自己只是在探讨 **butch** 作为商标的不健康因素和不良影响，绝没有歧视同性恋人群的意图。其潜台词是：同性恋者们是不是病、有没有罪、是否道德，不是法院要关心的问题，商评委和法院只是“客观公正”地考察社会大众对同性恋的评价是否消极负面，而大众对同性恋的不认可并不等于官方的歧视。这样的辩解听起来很熟悉——美国当年正是用“隔离但平等”将种族歧视正当化的。

而将 **butch** 与“女部”词汇类比，更是经不起推敲。且不说女性主义理论本来就对一些女部词汇颇为不满（如娼、妓、奸、嫖、奴等词都是女部，常常被批评为父权社会对女性的结构性的贬低和歧视³⁷），就算《商标法》对这些具有“不良影响”的词汇的禁用并没有直接歧视女性（值得注意的是，这里“女性”已被缩减成“良家妇女”），也并不能等同于对“**butch**”的禁止就不歧视女同性恋。因为 **butch** 本身就是一个独立的单词，而不是另一个词的词根。严格来说，除非法院能够论证“**women**”或“女”作为单个词汇也不许被当成商标使用，同时论证这种限制并不对女性构成歧视，类推至 **butch** 才勉强可能成立。然而在日常生活中，有关良家妇女的词汇作为商标却是随处可见的——“好太太”牌晾衣架、“好姑娘”牌内衣，“巧媳妇”牌泡椒凤爪、“老干妈”牌辣椒酱，等等。这就暗示着商标法与主流道德在性与性别问题上是一致的：只有遵循异性婚恋规范的女性才能成为看得见的主体，才能被广泛用在商品上；娼妓和女同性恋作为不符合女性纯良、腼腆、柔美、贤惠等形象的“叛徒”，理应遭到贱斥，当然不能被注册。因此，这一类比本身就是充满对同性恋（尤其是 **butch**）的歧视的。

Von **Butch** 商标案也暴露出性倾向反歧视的困境。关于性倾向反歧视有一个很重要

37 据《王力古汉语字典》女部总论，另有十三个汉字中的女部带有贬义：姦、嬖、嫉、妒、嫖、嫖、嫖、嫖、嫖、嫖、嫖、嫖、嫖。参见，王力：《汉语音韵》，中华书局，2003年版。

的争论，那就是性倾向歧视能不能、该不该搭性别歧视的便车。³⁸之所以会有这个问题，是因为性倾向被普遍认为跟一个人自己的性别及其情欲对象的性别密切相关。因此我们才会看到 1993 年夏威夷高等法院在支持同性婚姻的时候采用的就是性别歧视进路——两个异性恋的男人也不能结婚，说明异性婚姻制度不是对同性恋的歧视，而是对性别的歧视；³⁹在欧洲人权法院 *grant* 铁路案中，原告也声称，如果自己是男性，那么她和自己的女伴就可以得到火车票优惠，因此这是性别歧视。⁴⁰然而 *Von Butch* 案恰好揭示出，性别这趟便车不是随时都能载得下性倾向的。在本案中，要想主张这是一种对女性的歧视，就必须证明与 *butch* 等价的用于男同性恋的词并没有被禁止注册成商标。当然，原告其实可以很容易地找到许多跟男同性恋有关的合法注册商标，比如，以粉红三角（同性恋的标志）为图案、*one stop gay shop* 为名称的，用于贵金属、珠宝首饰等商品的商标就顺利得到注册；也有名为“肯基佬”、“基友”、“FAG”的注册商标；甚至名为“*Sissy Boy*”（表示男同性恋中的娘娘腔）的商标也得到了注册。因此原告可以试图主张，同为同性恋者，男女在商标审查中待遇却是不平等的。然而仔细一想，这种被害妄想难道不是过度解读？更重要的是，列出与男同性恋有关的注册商标以主张反歧视，最后可能连已经合法注册的商标都因“具有不良影响”而被宣告无效，是否是一种“卖队友”的行为？建立在割裂男女同性恋基础上的性别歧视诉求真的是可欲且可行的吗？

或许本案也可以从社会性别（gender）的角度来看性别歧视，从而主张对 *butch* 的歧视并不是相较于男同性恋，而是将 *butch* 与那些符合主流社会性别期待的女人相比的（例如前文所列举的“好太太”等合法注册商标）。“*La Femme*”得以注册似乎可以进一步证明社会性别歧视的存在——同样是女同性恋，*Butch* 作为男人婆的一方看起来更加离经叛道，而 *Femme* 作为具有女性气质的一方则跟异性恋的女人没什么不同，所以两个符号作为商标，命运也截然不同。然而不得不说，这一解读仍然是一厢情愿的。当初商标局在审核 *La Femme* 时，或许完全没有查过字典，也根本没有上述考虑；何况拿 *La Femme* 商标举证也有“卖队友”之嫌，并非上策。再者，法院是否真的会走如此之远，采纳这一理由，将本来就没有牙齿的男女平等原则拓展至“任何社会性别及其表达方式都平等”？

38 参见，郭晓飞：《说不出名字的歧视——论性倾向歧视和性别歧视的关系》，载于《法制与社会发展》，2011 年第 17 期第 3 辑，第 105-117 页。

39 See, *Baehr v. Lewin*, 74 Haw. 645, 852 P.2d 44 (1993).

40 See, *Grant v. South-West Trains Ltd.* (Case C-249/96, Judgement of 17 February 1998).

如果不主张性别歧视，单纯的性倾向反歧视的话语在商标行政纠纷中也难以适用。首先，Von Butch 只是一个符号，不涉及同性性行为、同性伴侣关系的合法性问题，因此本案没有一个具体的 butch 女同性恋者因为其性倾向或性别气质遭到歧视；其次，作为商标申请人的王芳及其商品也与女同性恋群体并无直接利害关系（她本人是否是同性恋者并不是本案要考察的法律问题），因此她的起诉很可能因不具备诉讼主体资格而被驳回；另外，《商标法》作为一项行政管理法规，本来就公权力色彩浓厚，侧重于调整市场而非保障民权；更何况，我国没有任何特殊法明文禁止公权力机关对同性恋者的歧视，宪法中的平等原则也不能直接援引为诉讼中的法律依据。性倾向反歧视步履维艰，归根结底还是因为法律从来都没有正视过性倾向的问题，法律里从来都没有同性恋这一符号，毋宁说主体了——商标局怎么去歧视一群“不存在”的人？同性恋群体又怎么去反对一个“不存在”的歧视？

于是我们不得不追问，反歧视进路在任何情况下都是最合适的吗？对于本案而言，哪个更有意义，是在法庭上通过主张反歧视来引起官方注意、倡导同性恋平权，还是绝口不提同性恋，只是实用主义地参照字典打赢一场官司，然后再通过 Von Butch 商标的推广让更多人接触到 butch 这个词及其背后的群体？可以说两种方式各有利弊，前者是清晰地道出“同性恋”三个字，让它与法律正面交锋，但这种鸡蛋碰石头的做法有时也像是无谋之勇；后者不失为“留得青山在”的权宜之计，但也是极大的让步和妥协。

反歧视进路在本案中并没有成功，但至少这是值得一试的，因为我们也不能由此断言性倾向反歧视的话语在以后任何案件中都会失败。对于今后可能出现的类似案件，我们无法、也不必对应该采用何种策略做出预见性的判断。哪种法律手段更合适，甚至是否一定要诉诸法律，则需要个案分析。

五、 余论

事实上，Von Butch 商标案从头到尾都没有得到同志权益组织或活动家的关注或支持，也没有任何“撑同志、反歧视”的舆论造势。Von Butch 作为商标在某些商品上的昙花一现、原告诉状中为 butch 和同性恋群体的振臂一呼、以及一中院判决中对同性恋“具有不良影响”的评价，都如沙滩上的一张脸被迅速抹去，连一向敏感的同性恋群体都没有捕捉到任何消息。那么我们可否推断，就算 Von Butch 商标真的被合法注册，也

并不是官方放出的逐渐认可同性恋的信号弹？难道它不会像诸多“GAY”商标一样，只是另一个无心插柳的允许？它真的能够提高同性恋的可见度和被接受度吗？

或许更加简单而接近事实的解读是，就像那些无意从审查者眼皮下溜走的恶俗商标得到了注册一样，Von Butch 商标不能注册也只是一起偶然事件，它的结果跟原被告提出的论辩理由、律师和法官的性格、情感、个人经历和政治考量等诸多因素息息相关。我们所看到的案件结果也许是非常主观和随机的——同样的事实经由不一样的呈现和阐释，在不同的商标审查者或法官那里，很可能会得到不同的结果。从整体看来，目前官方在商标领域还没有对同性恋进行拉网式的规制——或许商标局根本没有把同性恋及其衍生词汇视作随时都要警惕的敏感词。也正是因为公共领域同性恋能插足的话题实在太少，官方的回应又总是犹抱琵琶，同志权益单方面倡导始终像是自说自话，才催生了本文“不得不的敏感”。⁴¹

然而无可否认，此案得以发生，除了一系列偶然因素，也是有其社会背景的。郭晓飞曾在其 2007 年出版的专著中指出：“直到现在，同性恋问题在中国法中仍然还只是同性性行为问题，仍然只是刑法的调整范围，这也是同性恋开始被法律关注的早期阶段，我们现在还没有走出这样的阶段。”⁴² 的确，我们通过媒体看到的有关同性恋的案件几乎都是同性卖淫、情杀和聚众淫乱，而更早些年同性恋几乎只和“鸡奸”或“流氓罪”有关；法律很少触及同性恋者的情感、认同和伴侣关系，更毋宁说几乎不被看见的女同性恋了。⁴³ 然而近年来，同性恋的可见度在网络和现实社会都有明显提高，而许多同性恋者也开始接纳了 gay、拉拉、同志、酷儿等身份标签，以此作为争取权利、反对歧视的阵地（甚至打破身份的呼声也不断涌现）。社会对同性恋的认知开始超出了男男性行为的范畴，同性欲望的表达、同性间的亲密关系、同性婚姻、同性恋者的游行和结社，都受到了更多的关注。那么我们是否可以说，当前法律已经开始走出只看同性性行为的

41 引自王浩，同脚注 26。

42 郭晓飞：《中国法视野下的同性恋》，知识产权出版社 2007 年版，175 页。

43 目前与同性恋（主要是行为）直接相关的规范性文件主要有：1）卫生部有关防治艾滋病的一系列部门规章，其中“男男性接触者”被划分为高危行为人群，鼓励“同性恋人群”中的积极分子进行同伴教育；2）不具有完全法律效力的行业规范《互联网站禁止传播淫秽、色情等不良信息自律规范》，第三条第 6 款，将“淫褻性地具体描写同性恋的性行为或者其他性变态行为，以及具体描写与性变态有关的暴力、虐待、侮辱行为”归为淫秽信息的一种（2004 年 06 月 10 日发布，2004 年 06 月 10 日实施）；3）中华人民共和国卫生部、国家标准化委员会发布的《献血者健康检查要求》，GB 18467-2011，第 5.2.2 条规定，有过“男男性行为”等高危行为的献血者不应献血（2011 年 12 月 30 日发布，2012 年 7 月 1 日实施）。

早期阶段？

回顾为数不多的有关同性恋的著名案件（如 1954 年的牡丹江案，1991 年的安徽无为案，2001 年的几起卖淫嫖娼案⁴⁴，2005 年薛某流氓罪申诉案⁴⁵），它们有一个共同点：官方对同性恋的态度始终是躲躲闪闪，不愿意用过多的词汇对同性恋的合法性和道德性进行探讨。而 Von Butch 案发生于 2012 年，可以想象在最近十年间，网络文化的蓬勃、同性恋者的出柜、中国人性观念的改变，都在使得法院要逃避同性恋问题变得十分不易，而要自圆其说也愈发困难。虽然在 Von Butch 商标案中，一中院对同性恋具体有什么不良影响、性倾向反歧视的判断标准等问题仍然是含糊带过，但比起过去的案件，已经不再是三缄其口的状态了。况且，宣判 Von Butch 商标不合法这一法律行为本身已然打破了法律对（女）同性恋长期以来的贱斥——这是十分吊诡的——贱斥物原本不可知、不可说、不存在，但要把 Von Butch 从商品上抹去，却必须首先让 butch 这个词及其代表的群体在法律的圣殿里反复被言说，并被认真对待。这是本案的一个积极方面。

也许正是因为看到官方“说与不说”的纠结，看到“不想放任又不能多说”是官方在同性恋问题上的阿喀琉斯之踵，看到官方只要一说话就有漏洞可抓，所以近年来才有越来越多的同性权益倡导走向了“逼官方表态”的阶段。⁴⁶ 2013 年初，同性恋活动家要求广电总局公开新的《电影审查标准》，⁴⁷ 年底长沙同性恋非政府组织又将拒绝其注册申请的民政局告上法庭，⁴⁸ 都是民间倒逼官方发声的行动。Von Butch 商标案虽然没有引起主流社会和同性恋社群的重视，但至少让同性恋身份和符号也出现在了法律视野。与此同时，官方也在不断抗拒着这种推力，尽量以沉默的姿态面对同性恋群体接二连三的诉求。⁴⁹

然而“逼官方表态”也不一定是万能药。大量与性有关的“脏标”的存在与兴盛，揭示了一个喜忧参半的事实：商标审查并不是滴水不漏的；官方的疏忽和暧昧、敏感与

44 参见，郭晓飞：《对一起同性卖淫案的法理学解读》，载于《开放时代》2004 年第 5 期，第 132-145 页。

45 参见，贾平：《存在与尊严——从薛某案看当代中国同性恋相关法律的变迁》，2008 年，青岛大学《朋友通信》项目，LGBT 法律与人权案例记录系列。

46 “逼官方表态”这一说法最早由学者郭晓飞提出，随后被一些同性恋权益倡导者引用，成为近一两年来同性平权活动的关键词。

47 参见，《内地电影人：我们要看同性恋电影》，淡蓝网（转自 VOA 中文网），2013 年 5 月 21 日 http://www.danlan.org/disparticle_43530.htm。

48 参见，《长沙一男子申请成立同性恋组织遭拒后起诉民政部门》，新华网，2014 年 02 月 20 日，http://news.xinhuanet.com/legal/2014-02/20/c_119428771.htm。

49 如长沙开福区人民法院拒绝受理长沙同志中心对民政部门提起的行政诉讼。参见《法院裁定不受理同性恋公益机构注册案》，财新网，2014 年 03 月 18 日，<http://china.caixin.com/2014-03-18/100652763.html>。

盲视的共存，让商标申请人有许多擦边球可以打。反倒是开门见山地提出注册同性恋商标，可能会让商标局有意识地擦亮眼睛，对一切跟性和同性恋沾边的词都更加苛刻。如果官方在被逼之后，明文规定同性恋商标具有“不良影响”，真的比现有的模糊兜底条款更有利吗？

由此，我们还可以进一步追问：将法律中的暧昧明晰化总是必须的吗？但是反过来，只依赖现行法律的漏洞、模糊和偶然而进行的同性恋权益运动又有多大力量？在逼官方明确表态之后，同性恋群体是否准备好了去应对官方的沉默，甚至是压制性的结果？这些问题不仅关于商标法，也关乎整个同性恋运动；与其说它们是犬儒式的怀疑，不如说是提供了一种去中心化的思路。而去中心化后的法律要如何被遵守、利用和规避，则亟待更多生活经验和运动实践的填充。