

## 强奸案件被害人性品格证据的有限适用

宋远升

**内容提要:**在强奸案件中,侦控方及辩护方在证据适用方面都存在一定的困境。因为强奸案件发生的犯罪环境具有隐秘性,以及被害人与被告人之间关系可能具有隐私性,从而导致被害人与被告人之间的证据呈现一比一的特点。近几年强奸犯罪对象类型发生了变化,其中包括嫌疑人/被告人对特定身份关系人的强奸(包括对恋人、情人或者前妻的强奸),以及对特定职业女性的强奸(包括对性工作者、有偿陪侍者的强奸),这给强奸案件的证据适用造成了更大的困扰。基于查明强奸案件事实的需要,以及有效辩护、被告人获得平等审判权和对质权的需求,应在借鉴英美证据法中被害人性品格证据的基础上,确立我国强奸案件被害人性品格证据规则。然而,我国被害人性品格证据规则应当是一种有限度的、有条件的适用,这是实现被告人权利与被害人权利有机平衡的需要。

**关键词:**强奸案件 被害人性品格证据 隐私权 对质权

宋远升,华东政法大学刑事法学院教授。

### 一 问题的提出

强奸盾牌是指在性侵案件的审判中,原则上辩护人一方不得提出与被害人性有关的行为、历史或声誉的证据。美国制定“强奸盾牌条款”是一个分水岭,该条款制定前后对强奸案件被害人性品格证据的适用存在明显差别。在该条款制定以前,强奸立法是为了保护贞洁的妇女免受婚姻以外的性暴力侵害。<sup>[1]</sup> 根据普通法,最初在强奸案件审判中,被告人一方几乎可以向被害人提出任何问题。由于普通法的目的是保护女性贞操,早期强奸法几乎不为提出强奸控告的妇女提供证据保护。被害人贞洁或滥交的证据,以及性品格方面的声誉,通常都会被采信。<sup>[2]</sup> 在 20 世纪六七十年代,由于女权主义运动的推

[1] See Karin S. Portlock, The Racial Ramifications of Admitting Prostitution Evidence under State Rape Shield Legislation, 107 *Columbia Law Review* 1404, 1409 (2007).

[2] See *Teague v. State*, 67 S. E. 2d 467, 471 - 72 (Ga. 1951).

动,以及基于保护被害人隐私权等因素的考量,美国各州普遍确立了“强奸盾牌条款”,也就是除非一些特别的例外情况,在强奸案件中原则上限制被告人一方提出被害人的性品格证据。<sup>[3]</sup> 这确实有利于保护被害人隐私权,却可能会对被告人获得公平审判的权利造成损害。同时,也会面临着错案风险。如果不能公正对待强奸涉嫌犯罪者,也不利于其真正认罪和悔罪。因为,这其中涉及权利的平衡问题,或者说强奸案件被害人隐私权能否绝对超过被告人获得公平审判的宪法权利。严格的强奸盾牌条款受到了挑战。美国一些州在强调适用“强奸盾牌条款”的前提下,还确立了一系列的例外。同时,在司法适用中也对“强奸盾牌条款”进行了调整或者规避,具体体现为公开抵制、秘密变通等方式。之所以确立“强奸盾牌条款”的例外适用,主要是出于对被告人对质权等宪法权利的考虑。在现实意义上,确立“强奸盾牌条款”例外的一个直接原因就是防止强奸案件的被害人捏造事实诬告被告人。在司法实践中,并不能排除被害人具有捏造被强奸的动机。从某种意义上说,“强奸盾牌条款”的支持者自己也承认,没有绝对规则可以适用。所有这些法律都有一些例外,在某些情况下,立法者认为被害人先前性行为更具证明性而非偏见。事实上,根据“强奸盾牌条款”,几乎所有可以想到的性品格证据的使用都是具有例外的以及可以采信。<sup>[4]</sup> 这就是在美国“强奸盾牌条款”中确立一系列例外的原因,以此作为被害人与被告人利益平衡的准则。这种立法模式能够更好地协调被害人的隐私权及被告人获得公平审判权的冲突。

我国立法中并没有“强奸盾牌条款”或者强奸案件被害人性品格证据的规定,但是,这并不代表“强奸盾牌条款”或者强奸案件被害人性品格证据规则没有立法价值及实践意义。特别是在涉嫌对特定关系人(情人、恋人等)的强奸中,或者在对从事性服务或者有偿陪侍行业女性的强奸中。上述强奸类型为强奸案件的被告人/嫌疑人带来了更高的错案风险。这是因为,在上述强奸类型中,存在着男女之间由于感情破裂而报复泄愤的可能,或者由于被害人与被告人因性交易价格谈不妥而勒索的可能。可以说,上述这些案件有“真强奸”,也有“假强奸”。所谓的“假强奸”是指女性在发生性关系时并未违背其意志,其可能出于报复或者敲诈勒索钱财的目的而故意报假案。故而,如果仅由被告人承担因此带来的法律后果也是一种司法不公,也不符合刑法评价的目的。这给侦查机关的证据收集以及法官的司法判断带来很大的挑战。同时,刑事辩护律师对此也很难提出有力的辩护意见。然而,主要依靠被害人陈述来完成犯罪构成的论证显然在技术上不具有客观性及合理性,这也是我国需要建立被害人性品格证据规则的重要根据。反之,就会给侦查机关在强奸案件中留下广泛的裁量空间。也为法官裁判的恣意提供了契机。因此,即使“强奸盾牌条款”具有保护女性权利的特殊价值,如果我国借鉴引入严格“强奸盾牌条款”而不考虑例外情形,其实也蕴藏了侵犯被告人获得公平审判权的风险,同时,也有导

[3] 被害人性品格证据主要是指被害人性名誉证据以及被害人与被告人或者第三人发生性关系的性行为证据。前者主要是指从事特定职业的被害人(性工作者或者有偿陪侍者)的性名誉评价问题,后者主要是指被害人与被告人或者第三人的先前性行为能否推导出引起案发的性行为是否属于双方的合意问题。

[4] J. Alexander Tanford and Anthony J. Bocchino, Rape Victim Shield Laws and the Sixth Amendment, 128 *University of Pennsylvania Law Review* 544, 569 (1980).

致侦查、司法机关发生错案之虞。因此,我国不能采取完全排除例外的“强奸盾牌条款”的模式。基于最大限度地实现被告人利益与被害人利益平衡的需要,应确立一种原则上不适用被害人人性品格证据,在例外情形时适用被害人人性品格证据的模式,也即采行一种有限适用“强奸盾牌条款”的模式。

## 二 我国强奸案件被害人人性品格证据适用的实践维度

首先,我国强奸案件中存在被害人与被告人权利保护失衡现象。在强奸案件中,特别在近几年,涉及被害人人性品格证据的案件屡见不鲜,特别是如果被害人系从事卖淫或者有偿陪侍活动的女性时,往往存在着因为价格谈不拢等原因而导致被害人报案为强奸的情形,这就导致据此给被告人定罪失去了前提和基础。特别是在目前强奸案件定罪率非常高的情况下,给被告人权利保护带来很大的风险或者障碍。即使是被告人与被害人发生了性关系,仍然存在着其他诸多可能性。譬如,由于男女恋爱关系破裂而泄愤报复,出于经济利益原因而栽赃陷害,由于奸情暴露而采取报案的手段以掩饰自己的窘境或者获得自己家庭的谅解,等等。然而,在现实中,如果女方以强奸案件报警后,基于我国公安司法机关强烈的追诉倾向,强奸案件中的被害人与被告人之间证据一比一的困境,以及女权主义的压力(这基本属于现代社会的主流话语),最终法院基本上会将被告人的行为认定为强奸罪或强奸未遂。在笔者对山东省L市主要从事刑事辩护的十位律师的调研中,法院对这些律师代理的强奸案件定罪率达到98.36%,仅有1起案件被侦查机关撤销(见表1)。

表1 山东省L市十位律师在其代理的强奸案件中被害人品格证据适用情况

	执业年限	辩护强奸案件数量	涉及被害人品格证据的案件	提出被害人品格证据次数	被害人出庭次数	侦查、司法机关采纳、采信情况
高律师	16	13件	4件	4次	两件案件中被害人出庭	法院采信1次
李某利律师	6	6件	2件	1次	无	公安机关撤销案件1次
贾律师	19	7件	2件	无	无	无
王某洪律师	16	6件	3件	无	无	无
李某友律师	6	5件	1件	无	无	无
王某豪律师	16	6件	1件	无	无	无
黄律师	8	6件	1件	无	无	无
孙律师	10	5件	1件	1次	无	无
张律师	12	4件	2件	2次	无	无
周律师	8	3件	1件	无	无	无

其次,我国存在强奸案件中被害人性品格证据供给严重不足的现象。在笔者对山东省 L 市十位刑事辩护律师代理刑事案件的调研中得知,在该市司法辖区,2010 年之前强奸案件中的证据类型主要是以被告人供述和被害人陈述为主。在侦查案卷中,一般强奸案件中被害人的职业背景、案件发生的环境、性行为发生的体位是否能完成强奸等并不在侦查范围之内,侦查机关需要做的只是调查强奸案件是否发生、犯罪嫌疑人的行为是否违背被害人的意志、是否采取了暴力等。在山东省 L 市的强奸案件中,一直到 2010 年,才较普遍地适用了 DNA 鉴定意见这种科学证据。总体而言,在强奸案件中,辩护方能够利用的最主要的还是被告人供述和被害人陈述这两种证据,从而呈现出强奸案件辩护证据短缺的现象。其实,这也从另外一个角度说明了被害人性品格证据的重要性。起码这也是一种重要的间接证据,能够对强奸是否真正发生提供相应的证据补强。之所以如此,还是因为现在的强奸案件类型出现了相对明显的变化,强奸性工作者、娱乐场所工作的有偿陪侍女性占据了较高的比例。这些强奸案件类型在行为发生时存在着相当多的半推半就的情形,以及性交易后发生冲突的成分。因此,被害人性品格证据在强奸案件中的作用值得重视。然而,从表 1 可以看出,对于被害人性品格证据而言,仅有 4 位律师在 8 起案件中提出。其他律师或者是没有相应的线索而无法提出,或者是明知提出被害人性品格证据也不会被法官采信而不愿提出。因此,在被害人性品格证据方面,侦查机关基于严重的追诉倾向也不会提出。对于辩护律师而言,却由于缺乏相关的调查能力而难以提出被害人性品格证据,从而造成我国强奸案件中被害人性品格证据的“空心化”状态。

最后,在我国强奸案件中存在对被害人性品格证据采信或者适用严重失调现象。具体到司法语境中,对于法官而言,在对被害人性品格证据采信方面存在着一定的困境。实际上,一方面,侦控机关基于追诉需要几乎不收集、提供被害人性品格证据。另一方面,在强奸案件审理中,出于保护被害人隐私等方面的考量,基本上由女法官主持审判。基于我国司法机关惯有的追诉犯罪的思维及女性法官重视保护妇女权利的独特视角,从而造成了在强奸案件中不利于被告人的叠加效应,具体体现为强奸案件无罪判决率极低。此外,在笔者对强奸案件的调研中,还发现存在着法官对间接证据过度依赖的现象。譬如,被害人的外伤、衣服破裂、哭泣等证据均被用以证明被害人的非自愿性。诚然,这属于强奸案件直接证据供给不足前提下的一种无奈选择。然而,无论是外伤、衣服破裂还是被害人哭泣都具有高度的主观性或者可伪装性。作为鲜明对比的是,即使辩护方提出有力的被害人性品格证据的相关线索或者证据,法官也基本不会采信。<sup>[5]</sup>

### 三 英美法上被害人性品格证据适用与强奸盾牌条款

英美法系国家被害人性品格证据适用经历了曲折的发展过程。采取原则加例外方式适用被害人性品格证据的强奸盾牌条款立法模式的确立,除了有女权主义运动作为外部的推动力,也与司法实践考虑诉讼效率以及保护被告人公平审判权等因素有关。

[5] 参见宋远升著:《技术主义司法改革与法治现代化》,上海人民出版社 2017 年版,第 92 页。

### (一) 英美法系国家被害人人性品格证据适用的历史

在普通法中,强奸案件被害人先前性行为的证据最初是可以采信。早期关于强奸案件被害人人性品格证据的法律反映了一种普遍的道德氛围,在这种氛围中,女性在结婚前都应当保持贞洁。制定法律并非为了体现保护女性的骑士精神,而是出于男性保护其财产的需要。这一历史观点解释了女性在证明强奸指控时所面临的巨大困难。在维多利亚时代,英国之所以承认强奸案件被害人先前性行为的证据具有可采性,是因为当时道德氛围背后的三个因素:一是男性主导的社会担心有报复心的女性会对无辜的男性实施虚假的强奸指控;二是人们将贞节概念化为一种性格特征;<sup>[6]</sup>三是人们认为婚前性行为是不道德的。维多利亚时代总体上表现出对男性利益的普遍关注,很少考虑女性。<sup>[7]</sup>

在美国,在为保护被强奸女性而进行的改革运动之前,不守规矩的女人比贞洁的女人更可能同意性行为,是法院对强奸犯罪审判中被害人采取的普遍态度。<sup>[8]</sup> 有两种刻板印象为这种理论提供了支持:一是传统意义上,放荡的被害人由于“滥交”的天性而缺乏可信度。法官和陪审员都可能认为这样的受害者不值得相信。二是曾经同意过性行为的女性总是会同意。<sup>[9]</sup> “20世纪60年代末到70年代,一场促进妇女权利和尊严的社会运动所带来的社会习俗转变,推动了为改善强奸案件被害人待遇而进行的立法和司法改革。”<sup>[10]</sup> 在法律领域,强奸盾牌条款的确立就是其最重要的成果。强奸盾牌条款的主要内容是:在强奸案件中辩方律师不能通过介绍被害人的性历史或性名誉证据来质疑被害人的动机或表明她同意。<sup>[11]</sup> 可以说,女权主义运动的发展及影响引起人们对女性在社会中角色的态度发生了变化,女性在由男性长期主导的法律和其他职业中崛起。这种男女地位上的转变促使法律制度发生了根本性变化,其中就包括颁布“强奸盾牌条款”。在被害人人性品格证据规则发展过程中,“强奸盾牌条款”具有里程碑式的地位。该条款旨在保护刑事诉讼中强奸犯罪的被害人。在有限的例外情况下,该条款阻止被告人提出被害人的性行为、历史或声誉的证据。<sup>[12]</sup> 一般而言,“强奸盾牌条款”的目的包括五项:第一,保护强奸受害者的隐私;第二,鼓励强奸受害者站出来;第三,通过排除无关或有偏见的证据,提高强奸案件审判结果的准确性;第四,震慑。强奸盾牌条款向攻击者发出了一个明确的信

[6] See J. Alexander Tanford and Anthony J. Bocchino, Rape Victim Shield Laws and the Sixth Amendment, 128 *University of Pennsylvania Law Review* 544, 546 (1980).

[7] See Andrew Z. Soshnick, The Rape Shield Paradox: Complainant Protection Amidst Oscillating Trends of State Judicial Interpretation, 78 *The Journal of Criminal Law and Criminology* 644, 649-650 (1987).

[8] See David Ellis, Toward a Consistent Recognition of the Forbidden Inference: The Illinois Rape Shield Statute, 83 *The Journal of Criminal Law and Criminology* 395, 395 (1992).

[9] See Vivian Berger, Man's Trial, Woman's Tribulation: Rape Cases in the Courtroom, 77 *Columbia Law Review* 1, 45 (1977).

[10] Andrew Z. Soshnick, The Rape Shield Paradox: Complainant Protection Amidst Oscillating Trends of State Judicial Interpretation, 78 *The Journal of Criminal Law and Criminology* 644, 647 (1987).

[11] 参见吴慧敏:《美国强奸盾牌规则的法理基础及实践效果》,载齐延平、郑智航主编《人权研究》第20卷,社会科学文献出版社2018年版,第240页。

[12] See Lukas Saunders, Rape Shield Laws: Protecting Sex-Crime Victims Learn about What's Off-limits in Rape and Other Sex-Crime Cases (8 November 2013), <http://www.nolo.com/legal-encyclopedia/rape-shield-laws-protecting-sex-crime-victims.html>,最近访问时间[2022-05-15]。

息,潜在的强奸嫌疑人因为知道他们将因强奸而受到惩罚,从而不考虑受害者是否有过性经历。“强奸盾牌条款”还鼓励受害者举报强奸案,从而进一步实现震慑目标;第五,保护女性的自主权。“坏女孩是不公平的游戏”这一信息表明,女性对性生活方式的选择不会影响她受到“强奸盾牌条款”保护的力度。因此,女性选择性伴侣的自由不会因为这样的假设而受到阻碍。<sup>[13]</sup>

除了女权主义运动作为外部推动力之外,“强奸盾牌条款”的制定也与陪审团的非专业性及其引起的诉讼效率低下,以及被害人品格证据的弱证明力等因素有关。因此,如何更有效地保护强奸案件中被害人的利益成为相当长一段时间内社会和立法、司法领域关注的热点。禁止采信女性名誉证据可信度的影响趋势在 20 世纪 70 年代强奸盾牌条款改革开始时已经确立。<sup>[14]</sup> 1974 年美国密歇根州首次制定了“强奸盾牌条款”,并采取原则加例外的立法方式,也即除非在特定例外情况下,原则上对强奸案件的被害人品格证据不予采信。在美国联邦相关立法层面,1978 年美国国会在《联邦证据规则》(*Federal Rules of Evidence*)中增加了第 412 条,也即“强奸盾牌条款”。其主要内容包括:第一,尽管有其他法律规定,在刑事案件中,如果一个人被指控犯有《美国法典》(*United States Code*)第 18 编第 109A 章规定的罪行,则该罪行的受害者过去性行为的名誉或意见证据不具有可采性。第二,尽管有其他法律规定,在刑事案件中,如果一个人被指控犯有《美国法典》第 18 编第 109A 章规定的罪行,除了名誉或意见证据之外,受害者过去性行为的证据不具有可采性。<sup>[15]</sup> 可以说,“强奸盾牌条款”在美国影响非常广泛,到 1980 年,几乎每个州都通过了某种形式的强奸改革立法。目的是在强奸案件审判中保护女性的性隐私。

然而,基于保护被告人公平审判权的要求,即使考虑到被害人隐私权等利益的保护,也不能忽视被告人对质或者对自己不利的证据进行质证的权利,否则,将会陷入另外一个悖论之中。在美国,对“强奸盾牌条款”的质疑主要包括:第一,宪法确立了被告人与被害人或者检察官之间的对质权。“强奸盾牌条款”在屏蔽被害人不良性行为历史(乱交)的同时侵害了被告人的对质权。<sup>[16]</sup> 第二,美国宪法第五修正案保障被告人有免于自证其罪的权利。但是,“强奸盾牌条款”的审前证据开示制度——这需要被告人在审前透露某些证据及可能承认某些行为——就是需要被告人自证其罪。<sup>[17]</sup> 第三,在强奸案件中,被害人陈述成为主要的控诉性证据也易于导致被害人由于特殊原因而诬告/勒索被告人。“被害人报假案容易,而针对强奸案件指控的辩护却非常困难。”<sup>[18]</sup> 这也是美国“强奸盾牌条款”采取一系列例外的重要原因。

[13] See Sakthi Murthy, *Rejecting Unreasonable Sexual Expectations: Limits on Using a Rape Victim's Sexual History to Show the Defendant's Mistaken Belief in Consent*, 79 *California Law Review* 541, 551-552 (1991).

[14] See Karin S. Portlock, *The Racial Ramifications of Admitting Prostitution Evidence under State Rape Shield Legislation*, 107 *Columbia Law Review* 1404, 1410 (2007).

[15] See *Federal Rules of Evidence*, 28a U. S. C. § 412 (2013).

[16] See Lukas Saunders, *Rape Shield Laws: Protecting Sex-Crime Victims Learn about What's Off-limits in Rape and Other Sex-Crime Cases* (8 November 2013), <http://www.nolo.com/legal-encyclopedia/rape-shield-laws-protecting-sex-crime-victims.html>, 最近访问时间[2022-05-13]。

[17] See *People v. Blackburn*, 56 Cal. App. 3d 685 (1976).

[18] Camille E. LeGrand, *Rape and Rape Law: Sexism in Society and Law*, 61 *California Law Review* 919, 932 (1973).

## (二) 美国强奸案件被害人性品格证据的立法模式

英美法系是品格证据规则的发源地,并对此有相关详细的立法规定。相对而言,在大陆法系及我国,即使在司法实践中经常会遇到关于被害人性品格证据方面的问题,品格证据规则并没有得到关注。当然,这并不是说大陆法系没有任何相关法律规定,譬如在德国就有关于品格证据的法律规定。然而,如果从成熟程度看,模式化、精细化的被害人性品格证据规则主要体现于英美法系。一般而言,强奸案件被害人性品格证据或者“强奸盾牌条款”立法模式主要包括以下三种。<sup>[19]</sup>

第一,明确界定例外适用模式。根据该模式,在例外条款中由立法或者判例明确界定哪些被害人性品格证据具有可采性,除此以外就是法官的裁量禁区。具体适用被害人性品格证据的内容包括:一是用于证明第三人而非被告人的精液、伤害或者其他物证的来源;二是被告人可以提出与被害人过去的、经过被害人同意的特定性行为证据,证明被指控的性行为是经过被害人同意的;三是如果排除此类证据将会侵犯被告人的宪法性权利。<sup>[20]</sup>

第二,宪法最终审查模式。此模式确立了以宪法作为最终审查裁量压舱石的做法。之所以确定宪法最终审查模式,是因为如果过于精确地将采信被害人性品格证据的例外限制于一种或者几种例外情形,在其他情形中就可能会侵犯被告人的宪法权利,这主要是指被告人的辩护权及对质权。因此,就会出现宪法第六修正案规定的被告人质证权和被害人隐私权之间的冲突。“宪法禁止州颁布强奸盾牌条款限制被告提出其他可接受证据的能力。当证明价值超过了不利影响时,任何被控犯罪的人都不得被剥夺提出证据的权利。州和联邦政府不得通过立法修改证据规则,从而给被告人的自我辩护能力带来新的负担。根据这一联邦宪法标准检验强奸盾牌条款,发现其中许多都是无效的。由于性品格证据在某些强奸案件中可能具有相关性,那些包含绝对禁止的法规,肯定无法与美国宪法第六修正案相协调。”<sup>[21]</sup>可以说,“强奸盾牌条款”除了会因不合理限制被告人提出具有相关性的无罪证据的能力而违宪外,实际上被害人过往性历史在一些情形下还是有其特定的证明价值的。因此,基于权衡强奸案件被告人权利和被害人权利的需要,在美国一些州,即使不是明确列明可以采信被害人性品格证据,法官也可以借助宪法条款予以采信,这等于扩大了“强奸盾牌条款”明确界定例外模式中可以采信被害人性品格证据的范围,即扩大了法官在采信被害人性品格证据方面的裁量权,至少法官在这种模式下的裁量权要大于明确界定的例外模式。

第三,法官权衡裁量模式。这是法官根据案件的必要性决定是否适用被害人性品格证据的模式。在美国法官权衡裁量模式中,不同州的法官具体裁量方式也存在差异。作为这种模式的代表,审判法院对于性行为证据享有几乎是无拘束的自由裁量权。这种模式试图通过程序的调整以满足被害人和控方的需求,即在介绍性行为证据前进行不公开听证来决定证据是否具有关联性。这个程序鼓励司法系统仔细地衡量所涉证据的证据价

[19] 美国也有学者将其分为五种模式。See J. Alexander Tanford and Anthony J. Bocchino, Rape Victim Shield Laws and the Sixth Amendment, 128 *University of Pennsylvania Law Review* 544, 548 (1980).

[20] 参见[美]乔恩·R. 华尔兹著:《刑事证据大全》,何家弘等译,中国人民公安大学出版社1993年版,第71页。

[21] J. Alexander Tanford and Anthony J. Bocchino, Rape Victim Shield Laws and the Sixth Amendment, 128 *University of Pennsylvania Law Review* 544, 589 (1980).

值。该程序没有对性行为证据可采性的实质性限制,权力都在法官。<sup>[22]</sup> 在英国,根据《1976 年性犯罪法》(*Sexual Offences Act 1976*),禁止被告人一方提出被害人与被告人以外第三人之间的性关系来作为强奸罪的抗辩理由,却不禁止被告人一方可以提出被害人与被告人之间的性关系来作为抗辩理由。基于保护强奸案件被害人的目的,《1999 年青少年司法与刑事证据法》(*Youth Justice and Criminal Evidence Act 1999*)又进一步作出了限制,不再区分被害人与被告人的性行为 and 被害人与被告人以外第三人的性行为。<sup>[23]</sup> 在通常情况下,都不得提出有关二者的证据与问题。当然,这种禁止并不是绝对的。如果绝对禁止提出被害人的品格证据可能会根本影响案件的公正处理,因此,在满足特定条件下,也允许法官行使裁量权从而采信被害人的性品格证据。

此外,根据“自愿”及“可信”决定是否采信,也是法官权衡裁量的一种方式。在强奸案件中,“自愿”及“可信”一般都是控辩双方争议的焦点。当然,这也成为法官判断是否采信被害人过往性品格证据的重点,从而在美国部分州法院催生了根据“自愿”及“可信”来区别对待是否采信被害人过往性品格证据的模式。在加利福尼亚州等州,被害人过往性品格证据如用以证明“自愿(合意)”,该证据不可采;但若该证据是用以攻击被害人证言的可信度,该证据则可采。在内华达州和华盛顿州,情况正好相反。被害人过往性品格证据不得用于证明被害人证言的可信度,但却可以用来证明本次性行为是否自愿。<sup>[24]</sup>

## 四 美国采取原则加例外方式适用被害人 性品格证据的法理基础

美国对于被害人性品格证据规则的适用,经历了从开放式适用被害人性品格证据,到目前普遍采取的原则加例外方式适用被害人性品格证据的过程。其实,被害人性品格证据的适用及其限制与否,都与其背后的法理基础或者公共政策有着密切勾连。对于原则加例外方式适用被害人性品格证据,也即原则上不适用被害人性品格证据,例外时适用被害人性品格证据,无论是原则禁止,还是有条件适用,都从根本上改变了美国最早推定被害人性品格证据具有可采性的做法。这其中除了由于女权主义运动的影响,还可以看到其背后的法理基础所发挥的作用。

### (一) 保护被害人的隐私权

在美国最早开放式适用被害人性品格证据时期,主要是因为强奸案件的特殊性及其引起的难以辩护的特点。但是,如此则将被害人的隐私权置于极大风险之中,被害人隐私权的保障形同虚设。在美国各州立法普遍确立“强奸盾牌条款”时期,这个法律盾牌保护的就是被害人的隐私权。之所以如此,是因为开放式地适用被害人性品格证据在根本上

[22] 参见吴慧敏:《美国强奸盾牌条款的证据法分析——从密歇根州诉卢卡斯案谈起》,载易延友主编《中国案例法评论》(第一辑),法律出版社 2017 年版,第 49 页。

[23] 参见齐树洁著:《英国证据法》,厦门大学出版社 2002 年版,第 353 页。

[24] 参见王禄生:《美国“强奸盾牌条款”评析》,《比较法研究》2014 年第 3 期,第 129 页。

挑战了被害人的隐私权,而隐私权正是现代社会中公民的一项重要权利。日本学者前田雄二认为,“人,无论谁都有不愿被他人知道的一部分私生活,这些如被窥见或者被公开发表,而让很多人知道,便会觉得羞耻或不愉快,也就是说,那些希望‘沉默过去的事’如被暴露,便构成对隐私权的侵害”。<sup>[25]</sup> 即使被害人性生活混乱或者是性服务工作者,并不能因为其从事的工作而失去性自主权,更不能因此丧失隐私被保障的权利。隐私权不仅是一项部门法意义上的权利,也是一项宪法意义上的权利。剥夺被害人隐私权突破了蒙昧和文明的界限,从根本上损害了被害人的人格尊严。此外,即使从有利于查明案件事实方面考虑,公开被害人名誉证据其实对查明案件事实也是没有必要的,因为二者之间并没有太大的证明相关性,如果因此侵犯被害人以后在社会中生活的至关重要的隐私权,显然是弊大于利。在被害人隐私权保护方面,更是一种得不偿失的行为。

## (二) 避免被害人遭受二次被害

对于强奸案件的被害人而言,第一次伤害是性侵犯带来的伤害,第二次伤害则是在刑事诉讼程序中,为了证实被害人被性侵是否真实,通过质证、询问等方式让被害人再次面对先前性历史或者性行为而造成的精神伤害。强奸案件的被害人受到的二次伤害主要是被告人律师进攻性辩护所造成的结果。在庭审过程中,为了获得对自己一方当事人有利的判决结果,辩护律师往往咄咄逼人,迫使强奸案件的被害人回答那些让其尴尬的性历史,这些问题会在实质上让被害人受到伤害。<sup>[26]</sup> 当然,也不排除法官等其他司法人员询问被害人造成的影响。之所以被告人律师提出被害人具有私生活混乱等放荡、不贞的性格证据,其实是一种迂回的辩护策略,是想通过提出间接证据的方式,证明被害人在涉案中的性行为也是自愿的。因为这种人更容易接受放荡的性关系,或者间接证明被害人的强奸指控不可信。允许适用被害人性格证据的基础逻辑是,婚外或者婚前有过性生活,比一般性生活循规蹈矩或者保守的女性,具有更高的同意发生性关系的概率。<sup>[27]</sup>

如果无原则地允许被告人及其律师提出被害人性格证据,毫无疑问会将被害人陷于二次受害的境地,也会使刑事诉讼的目标发生方向性错误。美国学者伯吉斯(Ann W. Burgess)和霍姆斯特龙(Lynda L. Holmstrom)提供了一起强奸案被害人在法庭上的经历,形象地展示了许多性犯罪被害人在审判中的共同反应:“我觉得想哭,我感到受了侮辱,我讨厌被告律师的提问。我觉得有罪的被告反被律师证明是无罪的,我想被告律师真是开了一场大大的玩笑,我想他与我们谈话,就像我们是白痴,倘若我们不能记住那些要点,他就会问我们为什么记不住,虽然强奸已不可避免地发生了,但我们害怕被杀,当你产生了死亡的恐惧时,就不会再考虑别的什么了,被告律师不让我们说,我真想对他大喊:如果我是你的妻子或姐妹,你会这样对待我吗?”<sup>[28]</sup> 如此,强奸案件的被害人在遭受性侵后,又遭受到刑事程序对他们的第二次伤害。

[25] 转引自吕光著:《大众传媒与法律》,商务印书馆1981年版,第4页。

[26] See Regan Kreitzer LaTesta, Rape Shield Statutes and the Admissibility of Evidence Tending to Show a Motive to Fabricate, 46 *Cleveland State Law Review* 489, 489 (1998).

[27] 参见易延友:《英美法上品格证据的运用规则及其基本原理》,《清华法学》2007年第2期,第93页。

[28] 转引自杨志:《性犯罪视野中的品格证据研究——以英美法为中心》,《学术研究》2013年第2期,第63页。

如果允许将被害人性品格证据完全开放式地带入刑事诉讼程序中,那么,会给人这么一种印象,那就是被害人过去曾经性生活混乱,容易随便同意与他人发生性关系,从而推论出在当下的案件中也是同意与他人发生性关系的。因此被害人的品行就会成为被任意指手画脚评价的对象,会给法官留下被害人品行不良的印象,从而扰乱刑事诉讼正常的运行方向。这样人们内心可能认为被害人被性侵的遭遇是“罪有应得”。这本身不再是一种法律评价,而是一种道德评价,将本来是对被告人的刑事审判,变成对被害人的名誉审判,从而导致现代刑事审判可能发生从法律审判演变为道德审判的风险。同时,基于被告人一方对被害人过往性品格证据的诘问,导致被害人暴露于过度的羞耻之中,也会限制被害人被性侵后报案或者指控犯罪的积极性,间接地纵容或者鼓励了强奸等性犯罪的发生。

### (三) 诉讼效率的考量

即使刑事诉讼有其他价值追求,效率也无疑是重中之重。在强奸案件中,迅速推动诉讼程序进行,让案件事实及时呈现,针对案件的核心争议起诉并审判,让被强奸的女性及早恢复到平静的生活状态,是强奸案件中刑事诉讼程序的主要追求之一,也是刑事诉讼效率的奥义。然而,被害人性品格证据的提出或者适用则是与此相违背的。这是因为,在强奸案件中,诉讼的焦点是被害人是否被强奸的事实、证据及法律适用,然而,如果没有适当限制,被告人及其律师会将提出被害人性品格证据作为争议的重点,从而与公诉方在此展开过多的争议,使法官关注的重点集中到被害人品格证据方面。但是,相对而言,被害人性品格证据却属于相关性或者证明力不大的证据,品格证据的提出可能会混淆案件的争议焦点,拖延诉讼的进程,让强奸案件被害人的正义迟迟得不到实现。波斯纳曾经说过,公正的第二个含义就是效率。<sup>[29]</sup>迟来的正义非正义。对于强奸案件被害人而言,不必要的拖延本身就是一种不公正。

### (四) 女性自治地位的关注

禁止提出被害人性品格证据的做法,清晰地表明女性对性生活方式的选择不应影响她受到法律保护的程度。妇女选择性伴侣的自由不应受到这样一个假定的妨碍,即如果她一旦表示同意,她将失去拒绝的法律权利。<sup>[30]</sup>可以说,女性自治地位本身就包含着选择性伴侣的自由。对于禁止提出被害人性品格证据,其实也与保障女性的自治地位或者性自主权有着联系。因为,如果法律强制规定要求提供被害人性品格证据,那么,当被告人及其律师提出相关证据时,涉案的女性将不能拒绝这种提议,就可能因此类法律规定而影响女性选择性伴侣的自由。实际上,即使是性服务工作者也有性自主权或者自治地位,性服务工作者并不能因为其从事的工作而失去性自主权,这是女性的一项重要权利,也是女性自治地位的应有之义,是不能剥夺的。

## 五 禁止适用被害人性品格证据与基本理论的悖反

应当承认,即使美国通过“强奸盾牌条款”以确保被害人先前性名誉、性行为的隐私

[29] 参见[美]理查德·A.波斯纳著:《法律的经济分析》,蒋兆康译,中国大百科全书出版社1997年版,第31页。

[30] 参见刘宇平:《品格证据规则研究》,西南政法大学2007年博士学位论文,第39页。

权获得保护,但是,美国从禁止适用被害人人性品格证据到有限度地放开适用,即采取原则加例外的适用方式,这背后的法理基础是,被害人利益的保护也不是绝对的。并且在美国各个州,“强奸盾牌条款”在法院司法判例的冲击下实际上“充满漏洞”。这其中司法现实的需要,更是由于权衡被告人与被害人利益的需求,考虑强奸盾牌条款可能会背离对被告人重要权利的保护,包括被告人的对质权、有效辩护、知情权等问题。

### (一)与对质权原理悖反

对质权制度之内容,美国司法通说认为至少应包含如下两部分:一部分是“面对面”的权利,即使得证人作证时“目视”被告人的权利。另一部分是“交叉询问的权利”。<sup>[31]</sup>在刑事案件中,对质权在被告人权利体系中的地位举足轻重。正如美国证据法学家威格莫尔所声称的那样,在普通法中,从来没有任何一项公认的权利像对质权那样是必不可少的。<sup>[32]</sup>这也是对质权被诸多现代国家列入宪法条款的重要原因,譬如,美国宪法第六修正案明确规定了被告人对其不利证人的对质权,第五修正案和第十四修正案也明确规定了这一权利。对质权是被告人获得公平审判权的核心内容,也是支撑正当程序不可或缺的组成部分。在事实查明方面,面对不利的证人也是另一次获得明确观察的机会,这是任何其他审判方法都无法获得的。通过这种方法,将使事实的裁量者有机会观察证人的素质、年龄、教育、理解能力、行为和倾向。<sup>[33]</sup>因此,对质权不仅是实用主义方面的要求(查明案件事实),也是正当程序及人权保障的需要(价值层面)。在美国,即使“强奸盾牌条款”在保障女性的尊严及隐私权等方面价值匪浅。但是,其却与对质权之间有着比较尖锐的矛盾。易言之,“强奸盾牌条款”对强奸案件被告人的对质权形成了挑战。“从表面上看,一项限制性的‘强奸盾牌条款’剥夺了被告人在盘问中追问某些问题并从支持自己的证人那里获取证言的能力。”<sup>[34]</sup>美国宪法第六修正案保障被告人有权对不利的证人对质,并有权为自己作证。然而,“强奸盾牌条款”可能会阻止被控强奸的被告人行使宪法第六修正案规定的权利,直接体现为阻止被告人与受害人以及其他不利证人对质。这种缺乏对质的情况反过来又使被告人根据宪法第十四修正案的正当程序条款中获得公平和公正审判权利的有效保护受到质疑。<sup>[35]</sup>可见,强有力的强奸盾牌条款有助于保护受害者的隐私和尊严,会鼓励受害者举报强奸,并可能会降低涉嫌犯罪者恐吓受害者保持沉默或通过削弱真正受害者的可信度而逃避定罪的能力。然而,强有力的强奸盾牌条款也可能限制被告人进行全面辩护的能力。<sup>[36]</sup>

在我国,查明性关系是否属于自愿是认定强奸是否真正发生的重要构成要件。对于

[31] 参见郭烁:《对抗秘密取证对质权属性及范围重述》,《现代法学》2020年第1期,第46页。

[32] See Evan Y. Semerjian, The Right of Confrontation, 55 *American Bar Association Journal* 152, 152 (1969).

[33] See Anthony Gray, The Right to Confrontation in Common Law Systems: A Critical Comparison, 18 *New Criminal Law Review* 129, 135 (2015).

[34] J. Alexander Tanford and Anthony J. Bocchino, Rape Victim Shield Laws and the Sixth Amendment, 128 *University of Pennsylvania Law Review* 544, 555 (1980).

[35] See Andrew Z. Soshnick, The Rape Shield Paradox: Complainant Protection Amidst Oscillating Trends of State Judicial Interpretation, 78 *The Journal of Criminal Law and Criminology* 644, 650 (1987).

[36] See Jack E. Call, David Nice & Susette M. Talarico, An Analysis of State Rape Shield Laws, 72 *Social Science Quarterly* 763, 776 (1991).

发生性关系是否属于自愿,只有被告人及被害人最为清楚,然而,出于保护强奸案件被害人隐私等方面的考虑,一般而言,即使辩护一方掌握着涉及被害人性品格证据的重要线索而申请被害人出庭,法院出于保护强奸案件被害人特殊利益的考虑却一般不让其出庭。但是,对于强奸这种一般只有被告人及被害人才了解详情的犯罪而言,被害人不出庭不仅不利于案件事实的查明,更难以直接通过质证了解被告人与被害人发生性关系的真实原因。即使被害人有报复或者敲诈勒索等先前性历史证据也没法提出,或者说提出也难以质证。可以说,在实体意义上,这损害了法院查明案件事实的能力以及增加了错案发生的风险。在程序意义上,这直接损害了被告人宪法位阶的权利——对质权。

## (二)与有效辩护原理矛盾

有效辩护是指辩护方在有充分而完整辩护权的条件下,为实现期望达到的好的诉讼效果而勤勉和有效地进行辩护的活动。在理想的对抗制诉讼中,称职的律师能通过交叉询问证人来揭穿谎言,通过攻击指控中的弱点来削弱证据体系,更能娴熟地掌握调查技巧来帮助无辜的被告人洗脱罪名。<sup>[37]</sup> 这就是辩护律师有效辩护的价值所在。对于有效辩护而言,充分而完整的辩护权是有效辩护的核心。在接受委托后,律师有义务代表被告人以勤勉和有效的态度进行辩护。<sup>[38]</sup> 然而,在强奸案件中,即使辩护律师具有勤勉和有效的态度,在辩护技巧或者能力上也没有问题,如果辩护权方面受到严格限制,或者说并没有达到充分完整的程度,要想达到预期的好的诉讼结果也是困难重重。因此,充分完整的辩护权意味着不应严格限制辩护人一方的辩护权,否则,这种辩护不仅是不充分及不完整的,也难以达到有效辩护的目的。

在实行“强奸盾牌条款”的美国,存在着严格适用该条款与辩护律师有效辩护之间的悖论。这是和强奸案件的特殊性直接相关的。可以说,即使在普通法系国家,强奸案件也是公认的最难以辩护的案件类型之一。在强奸案件的辩护中,基于其具有“控诉易而辩护难”的特点,特别是强奸案件存在报复或者金钱敲诈的情况下更是与真正的强奸犯罪难以准确区分。这本身就构成了有效辩护的障碍。在美国制定联邦“强奸盾牌条款”之初,就存在过激烈的争议,其中反对者的争议焦点之一就是:由于“强奸盾牌条款”的例外情形过少,会对辩护方有效辩护的权利造成困扰,这也是导致 1976 年的联邦“强奸盾牌条款”草案“流产”的重要原因之一。

在我国,强奸案件被害人陈述具有天然优势,其在强奸案最终定罪中通常发挥着关键性的作用。在大多数强奸案件中,辩护律师所能依赖的主要是被告人的供述,而这种供述往往都是被告人在人身自由不能保证甚至意志自由被限制的情况下作出的,其对辩护律师的支持作用不容乐观。同时,只要强奸案件被立案,辩护方很难通过被害人陈述获得有利线索,使得我国律师在强奸案件中的有效辩护举步维艰。在我国,强奸案件中被害人的性名誉或者过往的性经历在刑事辩护中往往成为禁区。即使刑事辩护律师提出被害人性品格证据,无论是关于性名誉方面还是以往的性行为(如乱交等)方面的,最终几乎都被

[37] 参见牟绿叶:《美国有效辩护原则的当代困境》,载《北大法律评论》(第 2 辑),北京大学出版社 2017 年版,第 234 页。

[38] *People v. Kirkland*, 14 Ill. 2d 86, 150 N.J.E. 2d 788 (1958).

审判法官漠视,这就构成了我国强奸案件中进行有效辩护的形式性障碍及实质性障碍。

## 六 强奸案件被害人人性品格证据适用的本土化思考

在我国强奸犯罪处置的司法实践中,据报道显示,由于被害人人性品格证据适用与否而影响案件最终结局的并非个别情况。因此,不能忽视那部分不应当被追诉的强奸案件被告人的利益。这也说明了即使我国目前立法中没有被害人人性品格证据的规定,却存在在有限度适用被害人人性品格证据的必要性。

在表1山东省L市十名刑事辩护律师代理的强奸案件中,可以看出,在总共有61起强奸案件中,可能涉及被害人人性品格证据的案件就有18件,占调研案件总数的29.51%,这在一定程度上亦说明被害人人性品格证据的提出在强奸案件中占到了一定的比例。虽然在此方面全国的数据难以统计,然而,从全国公开报道的案例中,可以推知被害人人性品格证据规则的确立具有相应的必要性。因此,无论是在查明案件事实的实用主义方面,还是从进行有效辩护以及对质权实现等价值层面,都应在我国确立被害人人性品格证据规则。这是因为,是否发生强奸,被害人及被告人双方是否合意非常关键。然而,合意或者自愿又属于心理状态,很难证明。如果限制使用被害人人性品格证据对此方面进行补强或者印证,司法审判就可能演变为被害人的单方控诉行为,被告人只有被动地接受刑事处分而很难有还手之力。因此,基于被害人与被告人、侦控机关与辩护律师之间利益平衡的需要,同时在借鉴英美证据法的基础上,应当确立有限适用的被害人人性品格证据规则。

被害人人性品格证据规则属于舶来品。我国立法中尚未正式提出被害人人性品格证据规则,但在相关的规范性文件中,却可以看到有关被害人人性品格证据的实质性表述。譬如,1984年最高人民法院、最高人民检察院、公安部印发的《关于当前办理强奸案件中具体应用法律的若干问题的解答》的通知中指出:“有的妇女与人通奸,一旦翻脸,关系恶化,或者事情败露后,怕丢面子,或者为推卸责任、嫁祸于人等情况,把通奸说成强奸的,不能定强奸罪。在办案中,对于半推半就的问题,要对双方平时的关系如何,性行为是在什么环境下发生的,事情发生后女方的态度怎样,又在什么环境和情况下告发等等事实和情节,认真审查清楚,作全面分析,不是确系违背妇女意志的,一般不宜按强奸罪论处。如果确系违背妇女意志的,以强奸罪惩处。”该通知已经考虑到被害人人性品格证据的一些构成要件、表现形式、例外情形等要素,只是尚未形成规则。此外,即使法律中没有明文规定,也可以通过司法解释提供其他可资借鉴的法律性救济渠道。比如有的司法解释中关于以被害人过错作为量刑酌情从宽情节考量的规定,<sup>[39]</sup>都为被害人人性品格证据规则的制定或者

[39] 例如,在最高人民法院和最高人民检察院2013年《关于办理敲诈勒索刑事案件适用法律若干问题的解释》中规定:“被害人对敲诈勒索的发生存在过错的,根据被害人过错程度和案件其他情况,可以对行为人酌情从宽处理;情节显著轻微危害不大的,不认为是犯罪。”对于何为被害人的过错,最高人民法院《人民法院量刑指导意见》指出,刑法意义上的被害人过错应当具备以下三个要件:一是被害人先行实施了不当行为。这里所谓行为的不当,是指被害人所实施的行为违反法律规定,或者违背社会公德、善良风俗,但值得注意的是,在违背社会公德或者善良风俗的行为认定上不能以过高的标准来要求社会普通民众;二是被害人侵犯了被告人的正当法益或社会公共利益。被告人的正当法益或者社会公共利益,是法律所保护的;三是先行不当行为与犯罪行为之间存在关联性。

适用提供了一定的立法积累或者基础。

具体而言,参考美国被害人性格证据一般不具可采性,如果在我国被害人性格证据适用问题上而适用被害人性格证据绝对不具可采性,显然无法满足司法实践的需要。因为强奸案件具有高度依赖被害人陈述的特点,从而导致有冤枉无辜的可能性。诚然,我国强奸犯罪的判定一般不考虑被害人的性格问题,但是,在司法实践中,有的法官在审判时实际上采取迂回的方式适用了被害人性格证据。例如,在孔某强奸案中,当事妇女崔某一口咬定被强奸,但孔某在多次审讯中均明确拒绝认罪,最终审判法院通过调查发现,崔某“名誉不好”。基于此,最终孔某被判无罪。<sup>[40]</sup>即使是在美国,也并不是绝对禁止适用被害人性格证据,相反,美国各州确立了原则不适用被害人性格证据的种种例外,从而为有限度适用被害人性格证据留下了除外管道。为了更精确地查明案件事实以及提高惩治真正犯罪的准确性,以及基于平衡被害人利益和被告人利益等多方面的需要,在特定情况下,我国也应当考虑案件的实质公平,对被害人性格证据一般不具可采性规则适当放宽,确立对被害人性格证据有限适用的规则。

第一,对于强奸案件被害人先前性生活概况评价的性名誉证据禁止适用,这属于法官原则上不予采信/适用的范畴。之所以如此,主要是被害人先前性名誉证据不具备相关性,无论是证明被害人的自愿性,还是证明其陈述不具有可信性,该类证据都不具有采用价值。这是导致该类证据不具有可采性的重要原因。此外,禁止适用该类证据还出于保护性侵案件中被害人隐私权等方面的考虑。这也是目前有限适用被害人性格证据国家的普遍做法。

第二,根据被告人一方举证的证明目的,区分“自愿”及“可信”,以此决定被害人性格证据是否具有可采性。在被告人一方就被害人先前性行为提出性格证据时,如果其认为被害人与被告人先前性行为是自愿的,从而证明涉案时性行为也是自愿的,那么,该性行为证据一般不具有可采性。但是,如果该证据用来质疑被害人陈述的可信性或者指控其说谎,则是可以采信的。这是因为,如果被害人先前与被告人发生性关系时,其事前事后表现、情绪、环境等背景性因素与涉案时被害人与被告人发生性关系在相关方面具有高度一致性,那么,被害人陈述强奸的可信性本身就值得质疑。

第三,对于强奸案件被害人与第三人发生性关系的行为(比如乱交等),一般不应作为被害人性格证据的提出或者适用。然而,如果在特定案件中,被害人属于有偿陪侍者或者性服务提供者,且有通过性交易勒索他人的前科,在被告人一方提出的情况下,该性格证据具有可采性。同样,即使被害人不是有偿陪侍者或者从事性服务工作者,但是,如果其有诬告他人强奸的前例,则被害人性格证据具有可采性。之所以在上述情况下适用被害人性格证据,是因为,根据同类情形推定的道理,在类似的情况下被害人也同样有敲诈勒索或者诬告的可能性,这其实反映了被害人以特定方式行为的某种倾向或者习惯。以特定方式重复先前行为属于一种心理惯性。特别是在背景因素不变的情况下更可能如此。

[40] 参见王禄生:《美国性格证据适用之借鉴》,《法学》2014年第4期,第33页。

---

---

[ **Abstract** ] In rape cases, the prosecution and the defense are both faced with certain difficulties in the application of evidence. The secrecy of the specific circumstances involved in rape cases and the privacy of the relationship between the victim and the defendant lead to the one-to-one characteristic of the relationship between the evidence of the victim and that of the defendant. Meanwhile, the emergence of new features of rape cases in recent years, mainly involving changes in the type of object of rape crime, including the rape of a person in a specific identity relationship with the defendant (such as a lover or an ex-wife) or the rape of a person in a specific profession (such as sex worker or paid escort), has led to more troubles in the application of evidence in these cases. This change brings not only new threats to women but also a higher risk of a miscarriage of justice to the defendants or suspects in rape cases. This is because, in the above types of rape, there is a higher possibility of extortion between the victim and the defendant due to failed negotiation on the price of sex service or retaliation between a man and woman due to failed relationship. The voluntariness of the victim in rape cases is immediate or changeable. For example, the victim may give her consent to the defendant before the sexual intercourse but withdraws the consent when the sexual intercourse actually happens. In particular, there is actually a kind of half-consent behavior in rape cases. To let only the defendant bear the legal consequences in such cases is also a kind of judicial injustice, which is not in line with the purpose of criminal law evaluation. This brings great challenges to the evidence-collection by investigation organs and the judicial decision by the judges. At the same time, it also made it difficult for criminal defense lawyers to put forward effective defense opinions. Therefore, even if the “rape shield clause” has the special value of protecting women’s rights, it will lead to the risk of infringing on the defendant’s right to a fair trial, and result in miscarriages of justice by investigation and judicial organs if it is introduced into China in its strict form without exception. Therefore, China should not adopt the model of the “rape shield clause” that completely excludes exceptions. Based on the need of balancing the interests between the defendant and the victim to the greatest extent, as well as the need of ascertaining the facts in rape cases and protecting the defendant’s rights to effective defense, equal trial or confrontation in court, China should establish the rules of evidence relating to the victim’s human character on the basis of drawing on the relevant rules in the British and US evidence law and adopt a model that applies to the victim’s human character evidence only in exceptional cases, that is, a model of limited application of the “rape shield clause” .

---

---

(责任编辑:王雪梅)