根据《刑事诉讼法》（简称《刑诉法》）、最高法院《关于适用<中华人民共和国刑事诉讼法>的解释》（简称《刑诉法解释》)、“两高三部”《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》（简称《非法证据排除规定》）、“两高三部”《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》（简称《死刑案件证据规定》）、最高法院《关于建立健全防范刑事冤假错案工作机制的意见》（简称《防范错案意见》）、最高法院《关于全面推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革的实施意见》等法律、司法解释和司法文件的规定，非法证据排除涉及到以下五十余种情形：

|  |  |
| --- | --- |
| **第一类  犯罪嫌疑人、被告人供述** | **依  据** |
| 1 | 采用刑讯逼供等非法手段取得的犯罪嫌疑人、被告人供述。使用肉刑或者变相肉刑，或者采用其他使被告人在肉体上或者精神上遭受剧烈疼痛或者痛苦的方法，迫使被告人违背意愿供述的，应当认定为刑事诉讼法第五十四条规定的“刑讯逼供等非法方法”。 | 《刑诉法》第54条、《非法证据排除规定》的规定、《死刑案件证据规定》第19条、《刑诉法解释》第95条 |
| 2 | 采用刑讯逼供或者冻、饿、晒、烤、疲劳审讯等非法方法收集的被告人供述，应当排除。 | 《防范错案意见》第8条1款 |
| 3 | 采取刑讯逼供、暴力、威胁等非法方法收集的被告人供述，应当予以排除。 | 《审判中心改革意见》第21条 |
| 4 | 除情况紧急必须现场讯问以外，在规定的办案场所外讯问取得的供述。 | 《防范错案意见》第8条2款 |
| 5 | 未依法对讯问进行全程录音录像取得的供述。 | 《防范错案意见》第8条2款 |
| 6 | 不能排除以非法方法取得的供述，应当排除。 | 《防范错案意见》第8条2款 |
| 7 | 讯问笔录没有经被告人核对确认的（讯问笔录没有经被告人核对确认并签名（盖章）、捺指印的） | 《刑诉法解释》第81条、《死刑案件证据规定》第20条 |
| 8 | 讯问聋、哑人，应当提供通晓聋、哑手势的人员而未提供的。 | 《刑诉法解释》第81条、《死刑案件证据规定》第20条 |
| 9 | 讯问不通晓当地通用语言、文字的被告人，应当提供翻译人员而未提供的。 | 《刑诉法解释》第81条、《死刑案件证据规定》第20条 |
| 10 | 讯问笔录填写的讯问时间、讯问人、记录人、法定代理人等有误或者存在矛盾，不能补正或者作出合理解释的。 | 《刑诉法解释》第82条 |
| 11 | 讯问人没有签名，不能补正或者作出合理解释的。 | 《刑诉法解释》第82条 |
| 12 | 首次讯问笔录没有记录告知被讯问人相关权利和法律规定，不能补正或者作出合理解释的。 | 《刑诉法解释》第82条 |
| **第二类  证人证言、被害人陈述** | **依  据** |
| 13 | 采用暴力、威胁等非法手段取得的证人证言、被害人陈述。 | 《刑诉法》第54四条、《非法证据排除规定》的规定第1、2条、《死刑案件证据规定》第12条第1款 |
| 14 | 处于明显醉酒、麻醉品中毒或者精神药物麻醉状态，以致不能正确表达的证人所提供的证言，不能作为定案的根据。 | 《死刑案件证据规定》第12条第2款 |
| 15 | 证人的猜测性、评论性、推断性的证言，不能作为证据使用，但根据一般生活经验判断符合事实的除外。 | 《死刑案件证据规定》第12条第3款 |
| 16 | 询问证人没有个别进行的。 | 《刑诉法解释》第76条、《死刑案件证据规定》第13条。 |
| 17 | 书面证言没有经证人核对确认的。没有经证人核对确认并签名（盖章）、捺指印的书面证言。 | 《刑诉法解释》第76条、《死刑案件证据规定》第13条。 |
| 18 | 询问聋、哑人，应当提供通晓聋、哑手势的人员而未提供的。 | 《刑诉法解释》第76条、《死刑案件证据规定》第13条。 |
| 19 | 询问不通晓当地通用语言、文字的证人，应当提供翻译人员而未提供的。 | 《刑诉法解释》第76条、《死刑案件证据规定》第13条。 |
| 20 | 询问笔录没有填写询问人、记录人、法定代理人姓名以及询问的起止时间、地点，不能补正或者作出合理解释的。 | 《刑诉法解释》第7条、《死刑案件证据规定》第14条。 |
| 21 | 询问地点不符合规定的，不能补正或者作出合理解释的。 | 《刑诉法解释》第77条、《死刑案件证据规定》第14条。 |
| 22 | 询问笔录没有记录告知证人有关作证的权利义务和法律责任，不能补正或者作出合理解释的。 | 《刑诉法解释》第77条、《死刑案件证据规定》第14条。 |
| 23 | 询问笔录反映出在同一时段，同一询问人员询问不同证人，不能补正或者作出合理解释的。 | 《刑诉法解释》第77条、《死刑案件证据规定》第14条。 |
| 24 | 依法应当出庭作证的证人没有正当理由拒绝出庭或者出庭后拒绝作证，其庭前证言真实性无法确认的，不得作为定案的根据。经人民法院通知，证人没有正当理由拒绝出庭或者出庭后拒绝作证，法庭对其证言的真实性无法确认的，该证人证言不得作为定案的根据。经依法通知不出庭作证证人的书面证言经质证无法确认的，不能作为定案的根据。未出庭作证证人的书面证言出现矛盾，不能排除矛盾且无证据印证的，不能作为定案的根据。 | 《防范错案意见》第13条、《刑诉法解释》第78条第3款、《死刑案件证据规定》第15条第1款、《死刑案件证据规定》第15条第3款。 |
| **第三类  物证、书证** | **依  据** |
| 25 | 在勘验、检查、搜查过程中提取、扣押的物证、书证，未附笔录或者清单，不能证明物证、书证来源的，不得作为定案的根据。 | 《刑诉法解释》第73条第1款、《死刑案件证据规定》第9条第1款 |
| 26 | 物证的照片、录像、复制品，不能反映原物的外形和特征的，不得作为定案的根据。 | 《刑诉法解释》第70条第2款、《死刑案件证据规定》第8条第1款 |
| 27 | 书证有更改或者更改迹象不能作出合理解释，或者书证的副本、复制件不能反映原件及其内容的，不得作为定案的根据。 | 《刑诉法解释》第71条第2款、《死刑案件证据规定》第8条第2款 |
| 28 | 对物证、书证的来源、收集程序有疑问，不能作出合理解释的，该物证、书证不得作为定案的根据。 | 《刑诉法解释》第73条第3款、《死刑案件证据规定》第9条第3款 |
| **第四类  鉴定意见** | **依  据** |
| 29 | 鉴定机构不具备法定资质，或者鉴定事项超出该鉴定机构业务范围、技术条件的。 | 《刑诉法解释》第85条、《死刑案件证据规定》第24条第1款 |
| 30 | 鉴定人不具备法定资质，不具有相关专业技术或者职称，或者违反回避规定的。 | 《刑诉法解释》第85条、《死刑案件证据规定》第24条第1款 |
| 31 | 送检材料、样本来源不明，或者因污染不具备鉴定条件的。 | 《刑诉法解释》第85条、《死刑案件证据规定》第24条第1款 |
| 32 | 鉴定对象与送检材料、样本不一致的。 | 《刑诉法解释》第85条、《死刑案件证据规定》第24条第1款 |
| 33 | 鉴定程序违反规定的。 | 《刑诉法解释》第85条、《死刑案件证据规定》第24条第1款 |
| 34 | 鉴定过程和方法不符合相关专业的规范要求的。 | 《刑诉法解释》第85条、《死刑案件证据规定》第24条第1款 |
| 35 | 鉴定文书缺少签名、盖章的。 | 《刑诉法解释》第85条 |
| 36 | 鉴定意见与案件待证事实没有关联的。 | 《刑诉法解释》第85条、《死刑案件证据规定》第24条第1款 |
| 37 | 违反有关规定(鉴定规定)的其他情形。 | 《刑诉法解释》第85条、《死刑案件证据规定》第24条第1款 |
| 38 | 经人民法院通知，鉴定人拒不出庭作证的，鉴定意见不得作为定案的根据。 | 《刑诉法》第187条、《刑诉法解释》第86条 |
| **第五类  勘验、检查、辨认、侦查实验等笔录** | **依  据** |
| 39 | 勘验、检查笔录存在明显不符合法律、有关规定的情形，不能作出合理解释或者说明的，不得作为定案的根据。 | 《刑诉法解释》第89条 |
| 40 | 辨认不是在侦查人员主持下进行的。 | 《刑诉法解释》第90条第2款 |
| 41 | 辨认前使辨认人见到辨认对象的。 | 《刑诉法解释》第90条第2款 |
| 42 | 辨认活动没有个别进行的。 | 《刑诉法解释》第90条第2款 |
| 43 | 辨认对象没有混杂在具有类似特征的其他对象中，或者供辨认的对象数量不符合规定的。 | 《刑诉法解释》第90条第2款 |
| 44 | 辨认中给辨认人明显暗示或者明显有指认嫌疑的。 | 《刑诉法解释》第90条第2款 |
| 45 | 违反有关规定、不能确定辨认笔录真实性的其他情形。 | 《刑诉法解释》第90条第2款 |
| 46 | 侦查实验的条件与事件发生时的条件有明显差异，或者存在影响实验结论科学性的其他情形的，侦查实验笔录不得作为定案的根据。 | 《刑诉法解释》第91条第2款 |
| **第六类  视听资料、电子数据** | **依  据** |
| 47 | 视听资料、电子数据经审查或者鉴定无法确定真伪的。 | 《刑诉法解释》第94条、《死刑案件证据规定》第28条 |
| 48 | 对视听资料、电子数据的制作和取得的时间、地点、方式等有异议，不能作出合理解释或者提供必要证明的（制作、取得的时间、地点、方式等有疑问，不能提供必要证明或者作出合理解释的。） | 《刑诉法解释》第94条、《死刑案件证据规定》第28条 |
| **第七类  综合** | **依  据** |
| 49 | 证明被告人自首、坦白、立功的证据材料，没有加盖接受被告人投案、坦白、检举揭发等的单位的印章，或者接受人员没有签名的，不得作为定案的根据。 | 《刑诉法解释》第110条 |
| 50 | 对来自境外的证据材料，提供人或者我国与有关国家签订的双边条约对材料的使用范围有明确限制的；或者材料来源不明或者其真实性无法确认的，不得作为定案的根据。 | 《刑诉法解释》第405条 |
| 51 | 现场遗留的可能与犯罪有关的指纹、血迹、精斑、毛发等证据，未通过指纹鉴定、DNA鉴定等方式与被告人、被害人的相应样本作同一认定的，不得作为定案的根据。 | 《防范错案意见》第9条1款 |
| 52 | 涉案物品、作案工具等未通过辨认、鉴定等方式确定来源的，不得作为定案的根据。 | 《防范错案意见》第9条1款 |
| 53 | 证据未经当庭出示、辨认、质证等法庭调查程序查证属实，不得作为定案的根据。证据未经当庭出示、辨认、质证等法庭调查程序查证属实，不得作为定案的根据，但法律和本解释另有规定的除外。 | 《防范错案意见》第12条1款 |
| 54 | 采取技术侦查措施收集的证据，除可能危及有关人员的人身安全，或者可能产生其他严重后果，由人民法院依职权庭外调查核实的外，未经法庭调查程序查证属实，不得作为定案的根据。 | 《防范错案意见》第12条2款、《刑诉法解释》第63条 |

实际操作中应注意的几个问题：

1．威胁方法取得的口供。刑诉法第50条、第54条规定“严禁以威胁的方法收集证据”，“采用威胁方法收集的证人证言、被害人陈述，应当予以排除”，但未能明确以威胁方法收集的犯罪嫌疑人、被告人供述能否作为非法证据排除。在实践中，个别侦查人员为取得嫌疑人的有罪供述，讯问中宣称“如不认罪将抓捕你的家属、查处亲友的企业”等，有的还辅以取保候审、判处缓刑等引诱认罪。针对此情况，最高法院《关于全面推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革的实施意见》第21条明确要求“采取刑讯逼供、暴力、威胁等非法方法收集的言词证据，应当予以排除”。这里的“言词证据”，即包括犯罪嫌疑人、被告人供述。

2.重复性非法言词证据的排除。被告人在侦查阶段作出多次认罪供述，其中第一次认罪供述被认定为通过刑讯逼供方法取得，依法予以排除，那么，后续取得的被告人重复性供述是否都应当依法予以排除？对该问题不能一概而论。如果被告人及其辩护人主张，没有第一次遭受刑讯逼供的影响，被告人不会作出后续的重复性认罪供述，因此申请法院排除所有的认罪供述，人民检察院就需要提供证据证明，第一次刑讯逼供对被告人所造成的影响在此后的各次讯问中已经消除，否则就将影响到所有认罪供述的可采性。例如，被告人是在甲地被抓获，甲地公安机关在当地对被告人进行第一次讯问，期间存在刑讯逼供等非法取证行为，导致被告人作出认罪供述；但随后被告人就被押解回乙地羁押，乙地公安机关从未对被告人有刑讯逼供等非法取证行为，被告人仍然作出多次认罪供述。此种情形下，被告人在乙地公安机关接受讯问时，最初影响其自愿供述的因素已经不复存在或者不再有控制作用，因此，其在乙地公安机关作出的认罪供述具有可采性。相反，如果始终由同一侦查主体对被告人进行讯问，那么，最初的认罪供述一旦被认定为通过刑讯逼供方法取得，由于刑讯逼供对被告人的心理影响始终存在，对被告人后续作出的多次重复性认罪供述是否采用就要相当慎重。通常，应综合考虑违法取证手段的性质及严重程度、取证主体的改变情况、特定的讯问要求等因素综合来确定是否排除。

3．非法物证、书证的排除。根据刑诉法的规定，排除物证、书证需要满足以下条件：（1）收集物证、书证不符合法定程序；（2）可能严重影响司法公正；（3）不能补正或者作出合理解释。

关于“可能严重影响司法公正”。司法解释规定“应当综合考虑收集物证、书证违反法定程序以及所造成后果的严重程度等情况作出认定。”由于物证、书证的客观性较强，通常是定案的重要证据，因此，实践中对物证、书证的排除要持慎重的态度。一般认为，非法证据排除规则所关注的对象是基本人权，如果收集实物证据的行为故意违反法定程序，并且侵犯了宪法规定的公民隐私权、财产权、通信自由权和通信秘密权等基本人权，就可以被视为严重影响司法公正。但实践中对于非法实物证据的排除，还要考虑被告人罪行的严重性，注意维持国家利益、社会公共利益与人权保障之间的适度平衡。对于恐怖活动犯罪、黑社会性质组织犯罪以及杀人犯罪、绑架犯罪等危害国家安全和社会稳定的严重刑事犯罪，侦查机关可能基于维护国家安全和社会公共安全的必要，在特定情况下违反法定程序收集实物证据，实践中对此类非法实物证据是否予以排除应特别慎重。

关于“补正或者作出合理解释”。对于非法实物证据，法律并未实行绝对排除，而是允许进行补正或者作出合理解释。实践中，需要区分不同情况作出处理。对于普通刑事案件，侦查人员在非紧急情况下故意违反法定程序收集实物证据，严重侵犯公民的财产权和隐私权等基本人权，非法取得的实物证据应当依法予以排除。如果侦查人员是在紧急情况下违反法定程序收集实物证据，例如紧急情况下的无证搜查，就需要对相应的情况作出合理的解释；如果不能作出合理的解释，违法收集的实物证据应当依法予以排除。

4．严格区分非法证据与瑕疵证据。如果仅仅是证据收集程序、方式存在瑕疵，不符合法律的规定，例如，收集调取的物证、书证，在勘查笔录、提取笔录上没有侦查人员等相关人员签名的，不能作为非法证据予以排除。

5．防止两种两不当倾向：一是放纵严重违法取证行为，对严重损害司法公正的非法证据不予排除；二是非法证据排除泛化，只要侦查机关在取证过程中有违反刑诉法规定的情形，比如违反《刑事诉讼法》第116条关于“二人”讯问的规定，只有一个侦查人员进行讯问的，就予以排除。这两种做法都不符合刑事诉讼法规定的精神。