

司法缄默：法律系统道德感知的禁言机制

高鹏 著 · 2026年7月22日 · SDE 学员专栏 · 约 2.3 万字

法律系统如何在不公然拒绝道德的情况下，让自己的道德感知系统性地失效？本文论证：不是系统丧失了道德感知，而是系统在追求内部操作自治时，把那些仍在法官内心活着、正在发生的道德感知，结构性地隔绝于可操作范围之外。缄默不是消失，是被禁言。

摘要 · ABSTRACT

法律系统如何在不公然拒绝道德的情况下，使其道德感知系统性地趋于失效？本文论证，既有理论——无论自然法的“恶法非法”、实证主义的“效力分离”，还是卢曼的“操作封闭”——均未能指认一种更隐蔽、更深植于制度肌理的发生机制：司法缄默（judicial silencing）。它不是法律系统丧失了道德感知，而是法律系统在追求内部操作自治的过程中，结构性地将那些业已存续的、活着的、在法官内心仍在发生的道德感知，隔绝于系统的可操作范围之外。缄默不是消失，是被禁言。被禁言的道德感知并未死亡；它在系统的地下层以悔恨、异议、体制化抑郁和静默的抵抗等形态持续存续，但失去了进入系统操作决策的结构性通路。本文以中国非法证据排除规则的制度变迁为核心发生学样本，追踪缄默如何从一个矛盾——法律系统在通过程序语法追求操作自治时，如何处置那些无法被该语法消化的道德信号——被反复结算、最终淤积为一种自我再生产的结构禁言。在正面回应“缄默是否可被卢曼的符码翻译、批判法学的法律意识遮蔽等概念替代”、“普通法是否为反例”、“英雄法官能否打破缄默”以及“缄默是否正是法治的必要条件”等反驳后，本文给出缄默的可操作追问框架与一个闭合的证伪条件：找到一个当代法律体系，在其内部考核与程序语法已将某类道德论证系统性排除后，仍能在不依赖外部压力触发的条件下，仅凭内部法律学说与技术演化自发性地、持续地重新打开论证通道。

一、问题不是“看不见”，是“不能说”

1.1 一个被绕开的经验事实

在反思法律与道德关系的漫长学术传统中，一个日常的、反复在法庭上发生的经验事实，几乎从未被提升为核心的理论追问对象：

一个法官，在内心确实听到了某个道德声音——他知道这一枪判决下去，一个家庭的顶梁柱会折断，一个少年的余生会被标记，一个明显不平等的合同条款在执行时将产生实质性的不义——但他最终签署的判决书里，这个声音被彻底抹去了。不是他没有感知到，而是他感知到了，却不能让它进入判决的合法论证。他只能在判决书里写“原被告签订的合同系双方真实意思表示，内容不违反法律强制性规定，应属合法有效”，而不能写“尽管这份合同条文天衣无缝，但本院在良心上认为，让一个举债救妻的丈夫以全部余生清偿，已经逾越了一条看不见的底线”。

法律系统如何处置这类“被听见但不能被说出”的道德感知，是本文的核心追问。它要指认的，不是法律系统在道德上“坏了”，也不是法官个人道德勇气的匮乏，而是法律系统在日常操作中，如何以一种无主观恶意、无集中指令、无明确禁止条文的方式，使得那些仍被个体感知到的道德痛苦，结构性地丧失进入判决论证的通道。

1.2 既有理论共同遗漏了什么

要看清这个盲区的形状，必须先厘清既有的三支理论传统分别照亮了什么、又共同遗漏了什么。本文对这三支传统的引述，系为指认其共同盲区而进行的类型化概括，而非对任一传统内部复杂谱系的全面梳理。[1]

自然法理论传统对此的回应，是指责那个法官在道德上妥协了——他本应拒绝适用不义的法律，却选择了服从。在这个传统看来，问题的根源在于个体道德勇气的不足，在于法官没有按照更高层面的道德律令去行动。这是一个关于个人德性的判断，它把司法中道德感知的缺席归咎于法官的意志薄弱。

法律实证主义传统则给出了相反的回答：那个法官的做法是对的，他保持了法律的独立性，将道德考量排除在司法裁判之外，这正是法治的规范性要求。在这个传统看来，道德感知不被记入判决，不是系统的缺陷，恰是法治得以可能的条件：法律的有效性判准独立于其道德内容，司法裁判的合法性来源于它对既有法律规则的忠实适用，而非对某种道德理想的追求。实证主义的这一立场远比通常理解的精致——它并不否认法官可能感到道德痛苦，它只是主张这种痛苦与法律判断的有效性无关。

卢曼的系统论则以一个更抽象、更中立的视角审视这一现象。在卢曼看来，法律系统是一个操作封闭的、通过“合法/非法”二元符码自我再生产的社会子系统。法官不把道德痛苦写入判决，不是他在压抑什么，而是他在履行系统正常运作所要求的符码转换操作——他来自外部环境的道德激扰，翻译成了系统内部的“证据不足”“构成要件不满足”“审查标准未达到”等合法符码。在系统论的描述里，这不是道德感知的消失，而是它在系统内部的另一种出现方式。[2]

这三种理论各有其精深的解释力，但共享了一个未经审查的预设：它们都把法官的“不说”当作一种可以理解的、在某种意义上合理的选择。自然法理解他为何应当说，实证主义理解他为何不该说，卢曼理解他其实已经用系统的语言“说”了。但三者都没有追问那个最要紧的问题：是什么，使得道德感知在系统的操作语言里，逐渐变得不可表达？不是被拒绝，不是被反对，不是被翻译——而是那个感知本身，在法律系统的论证游戏规则中，从一开始就没有一个合法位置。它是存续的，但它不能出场。

这正是本文要指认的那个盲区。批判法学研究虽然看到了法律系统“中立性”话语对权力运作的遮蔽，但它在认识论上仍然停留在“揭露伪装”的层面——它要说的是，那个声称中立的法官，其实在行使政治偏好。[3]本文要说的，不是有人在伪装，而是操作上确实无法接收某些信息。两者的距离，是一个在批评“装作没听见”，一个在诊断“真的没有耳朵”。

1.3 本文的核心命名：司法缄默

本文用一个新概念来指认这个盲区：司法缄默（judicial silencing）。

它既指一种结构状态——道德感知被禁言的可操作域缺失；也指一套发生机制——论据准入收缩、激励负向化、认同内化的三重叠加运作；也指一个历史过程——从“个别沉默”到“结构性禁言”的渐次结晶。这三个层面的统一性在于：它们共享同一个核心区分面——感知的存续与表达通道的阻断同时并存。

缄默不是指法律系统丧失了对道德痛苦的感知能力——这一点必须从一开始就与“道德冷漠”、“合法性内卷”或“系统去道德化”等相近论述切割清楚。缄默描述的结构是：道德感知仍然活着，仍然在法官的内心发生着，但它被一种系统性的压力禁言了。这种压力以程序规范、考核指标、论证语法、职业风险的形态运作，使感知者无法将感知转化为操作决策中可以被记入合法论证的有效论据。1

一个失去痛觉的人不会在碰到火时缩手，因为他没有感觉到痛。一个痛觉仍在但双手被绑住的人，感觉到了一切却无法缩手。既有理论——自然法、实证主义、卢曼的系统论——在本文所辨识的区分面上，都在反复描述前者。本文要指认的，是后者。

这个命名的不可还原性，在第三节会得到严格的校验。但在那之前，需要先完整地展开缄默结构从发生、淤积到回写的全部动力学——是什么矛盾，在怎样的制度条件下一轮一轮地结算，最终逼出了一个自我再生产的缄默结构？

二、缄默的发生学：非法证据排除规则的十二年

2.1 为什么是非法证据排除

刑讯逼供在当代道义共识中几乎没有辩护空间——无论是法律共同体内部还是外部的普通公民的正义直觉，都将对被告的酷刑取供视为无可争议的不义。正因如此，非法证据排除规则构成了一个近乎理想的追踪场域：当一个道德感知在共同体中如此清晰、如此有力，而法律系统却仍然在十余年的时间里，将它从一个“感知痛苦的器官”驯化为“高效排异装置”，那里就一定站着缄默。不是道德的模糊性使系统保持审慎，恰恰是道德的清晰性逼出了系统最精密的禁言操作。

2.2 一个被反复结算的矛盾

2012年刑事诉讼法修改，第一次以法典形式确立了非法证据排除的完整程序框架。这项改革的直接动力，来自此前数年密集曝光的冤案——赵作海案、余祥林案、杜培武案，每一个名字背后都是被刑讯逼供撕裂的真实人生。至少在起草和审议阶段，非法证据排除被赋予了一个明确的功能期待：在法律系统内，修建一个能够感知刑讯逼供痛苦的新器官——一个能够让“我被打了”这个来自被告身体的声音，进入法律论证合法范围的制度通道。

这个通道确实被修建了。法条文本为被告保留了申请排除非法证据的权利，并将启动门槛设定为“提供相关线索或材料”——一个在立法措辞上刻意保持低位的准入门槛。同步录音录像制度、侦查人员出庭作证义务、讯问时律师在场权等配套装置也被不同程度地纳入立法或相关规范性文件。

然而，一个致命的矛盾在这个通道修成的那一刻就已经埋下了。这个矛盾可以被这样表述：法律系统在通过程序语法追求内部操作自治时，如何同时处置那些无法被该语法完全消化的、来自道义语法的道德信号？

非法证据排除规则要求法律系统去“听”一种在性质上与其常规操作语法异质的信号——被告身体的疼痛、意志被摧毁的恐惧、在封闭审讯室里无路可逃的绝望。但法律系统的程序语法——它的法条、构成要件、证明标准、审限、考核——是被设计来处理那些可以被格式化、可以被三段论推演、可以被统一尺规衡量的信息的。当这条新修的通道试图将道义信号导入系统时，矛盾被激活了：信号进来了，但系统没有配备处理它的器官。或者说，系统原有的器官——以“合法/非法”二元符号为唯一运算规则的论证装置——在面对“疼痛”这种信号时，只能将其识别为“噪音”。

这个矛盾不是一个可以被一次性“解决”的问题。它是在每一个个案中、每一次排非申请被提出时、每一个法官面对被告声称被刑讯逼供的那一刻，被反复激活、反复结算的。而十二年来 的结算结果，不是系统发展出了新的感知器官，而是系统在反复的结算中，发展出了一套将那个信号越来越远地推出可操作域的精密装置。这就是缄默的发生。

2.3 禁言的三重淤积：从2013到2024的一个追踪

2013年新刑事诉讼法实施后，三股制度力量几乎同步启动，对这个新修的道义通道展开了无意图的持续性挤压。

第一股力量是“法定审限内结案率”和“平均审理天数”被纳入法院和法官的核心考核指标体系。这一改革在管理技术层面无可厚非——它追求的是司法效率的可度量、可比较、可追责。但它为非法证据排除的操作嵌入了一个精密的价格机制。一场真正负责任的排非听证，意味着庭审暂停、转入对侦查行为合法性的独立调查；意味着合议庭需要审查同步录音录像的完整性和原始性、需要质证侦查人员的出庭证言、需要逐帧比对体检记录的时间节点。这些操作中的每一项，都在消耗审限。而结案率考核是现实的黄牌。在此制度压力下，法官面对的困境，不是“要不要查”，而是：每多查一分钟，审限就少一分钟。法律从未明令他“不准查”，但它让他为每一次认真查验付出明确、可量化、不可转嫁的制度成本。

第二股力量是2014年开始试点的认罪认罚从宽制度，以及此后几年内各地高级人民法院陆续出台的旨在“规范庭前程序、提升庭审效率、防范滥用排非申请权”的规范性文件。认罪认罚从宽制度从操作逻辑上大幅改变了被告申请排除非法证据的成本结构：一旦被告选择认罪认罚程序，他获得量刑折扣的对价，便是放弃对证据合法性的实质性争辩。而各地法院以“规范程序”为合法话语出台的操作细则——从庭前会议中提出排非申请的时限收紧，到“初步证据”门槛被逐步抬高到与正式证明几乎无异的标准——则从制度文本层面收窄了排非申请的入口。这些规范性文件的逐条累积，构成了一阵缓慢但方向确定的文本蠕动：在法条原文不动的前提下，操作层面上的准入门槛被一寸一寸地推高。

第三股力量则更为隐蔽而深远——法学教育与法官培训的知识筛选。在21世纪第二个十年里，刑事诉讼法的课堂讲授经历了可辨识的语词位移。非法证据排除规则越来越被讲授为一个“程序操作模块”：申请的时间节点、举证标准的把握、法院裁定文书的标准格式。它在何种道德背景下诞生——那些冤案里的人名，那些被刑讯逼供的人在暗室里承受的东西——在专题讲授中所占的时间被逐步压缩。一个法学院教授在回答学生“如果被告确实被打了但证据不足以启动排非程序，法官应该怎么办”时，回答“法官只能在法律规定的框架内裁判”——这句话没有任何法律错误。但它完成了一次精微的价值分离：它把学生提问中含有的那个道德困惑，轻轻地推回了“那不是法律论证的范畴”。

这三股力量——考核的价格机制、操作细则的文本蠕动、知识传递的价值分离——不是三个独立的“步骤”。它们是同一个矛盾在每一次制度操作中被同时奏响的三重奏。考核的价格化让法官在每一个排非申请面前感受到“认真查验”的重量（Ⅱ型缄默）；操作细则的文本蠕动则从源头上收窄了排非申请的合法入口，并将举证负担架设在被告在监禁状态下事实上无法企及的高度（Ⅰ型缄默）；而知识传递的价值分离则在法律人的再生产环节里，一步一步地将“倾听那种疼痛”从职业素养的构成要件中剥离出去，使其不再是专业判断的一部分（Ⅲ型缄默）。三者互为函数、互相加固：入口的收窄让“绕开它”在操作上更合理，而操作的惯性又反过来让入口的收窄显得“本就如此”——因为如果那条通道几乎不被使用，它继续敞开着有什么意义呢？认同的内化则为整个结构镀上了一层自治的职业尊严——这不是沉默，这是专业。

2.4 一个判决书片段的细读

聂树斌案是过去二十年间最具公众能见度的冤案平反之一。1995年，聂树斌被指控强奸杀人，在诉讼过程中曾向法庭声称遭受刑讯逼供。法院在当年的审理中未启动非法证据排除调查，以被告人供述作为定罪的关键证据。2016年最高法院再审判聂树斌无罪，再审判判决书在“关于原判定事实的证据审查”一节中，以逐项拆解的方式，原路返回了当年审判对聂树斌“被刑讯逼供”这一声称的不予回应：

“原审卷宗内未见聂树斌提出其供述系非法取得的明确记载……原审卷宗内亦无聂树斌在侦查阶段及审判阶段身体检查情况的相关记录……侦查机关出具的《抓获经过》《破案报告》等材料，对聂树斌到案后的首次讯问时间、地点、在场人员等未作详细记载……在案证据不能排除聂树斌供述系在非法方法下取得的可能性，原审将聂树斌供述作为定案的关键证据，致案件基本事实认定错误。”

这段文字构成了缄默操作的一个完整剖面——不是再审的剖面，而是再审所反照出的原审的剖面。在原审中，法官面对的是一个宣称被刑讯逼供的被告。但在当时的程序语法中，“被告声称被刑讯逼供”本身，并不构成一个需要被认真对待的合法论证支点。程序法没有为被告配备将“我被打了”这句话翻译成法庭可以有效处理的法律语句所必需的最低制度装备——没有独立的同步录音录像强制调取机制，没有侦查人员出庭接受质证的程序义务，没有监管场所定期体检记录的独立存管与审查制度。让一个被羁押、被隔离、处于人生最脆弱时刻的被告，自己举证证明“我被打了”——这个操作困境本身就是 I 型缄默的现场。

而法官在面对被告这一声称时，他所处的制度环境是：如果他决定停下庭审去调查取证合法性，审限在倒计时，结案率在等他，合议庭的其他法官可能在心里认为他在“找麻烦”。没有任何一条法律条文命令他“不准查”。但他每向那个声称多走一步，都在为这步支付制度成本——这是 II 型缄默。

二十年后回头看原审法官的选择——他当然可以在道义上被判为“失职”。但从制度内部看，他做了一个在其激励结构下可以被完全理解的选择。他不是一个“坏人”。他只是在一个没有给“倾听疼痛”配备器官的机器里，按照机器预设的操作路径走完了全程。这正是缄默最难以被打破的地方：它的运作不需要任何一个恶意的操作者。它只需要每一个操作者都在自己的位置上，做出当下看来最理性的选择。

2.5 缄默结构的回写：一个自我加固的系统

上述三重淤积描述了缄默如何从一个矛盾中被反复结算出来。但如果只走到这里，发生学的链条就是半条的。完整的发生学还必须追问：这个已经结晶出来的缄默结构，如何反过来改写产生它的土壤——法律系统的操作路径与再生产能力？

这一反问之所以要紧，是因为它区分了“一次性的结构性偏移”与“自我再生产的系统锁定”。如果一个结构只是被制造出来，但没有反身性地加固自身存在的条件，那么当触发它的初始制度条件改变时，它就可能松动、瓦解。但如果一个结构能够回写产生它的土壤，它就不只是被环境塑造的产物，而是开始主动塑造环境——它成了自我维持的系统。

回写沿着两个方向同时运作。

第一，回写操作路径：收紧可说的边界。当法官群体在职业社会化中逐步内化了“不让道德影响判决是专业素养的标志”这一准则后，这种新的职业认同会反过来推动法院内部管理制度的进一步精细化、技术化。原先尚有裁量空间的“酌定情节”“社会危害性”等弹性条款——这些曾是道德论证在判决书中仅存的合法掩体——被逐步纳入更标准化的算法评估体系，从而进一步挤压道德感知进入操作决策的最后缝隙。理由听起来是无可辩驳的：既然我们追求裁判尺度的统一、既然我们要防止同案不同判、既然我们要提升司法公信力，那么法官个人的价值判断就应该被尽可能缩减到零。并非有人在恶意地“消灭良心”，只是每一次以提升管理效能为目标的管理改革，都在反复收紧那个可说的圈，直到圈里只剩技术，圈外的一切都不再被识别为“判决理由”。

第二，回写发生土壤：重塑法律人的再生产。当一位资深法官对一位新任法官说“不要在判决书里写那些没用的东西”，他并不是在传授什么需要被隐藏的秘密策略。他是在真诚地分享他认为最有用的职业经验。在他看来，那些关于公平、关于痛苦、关于个案不义的段落，在判决书里毫无功能性——它们不会被上级法院考量，不会改变判决结论，只会增加被发回重审的风险。这位资深法官的告诫，是一个经过二十年体制内经验验证的理性判断。那位新任法官接受了这个告诫后，他再用二十年的时间，以同样的方式告诫他的继任者。缄默结构就这样进入了法律人的代际再生产：不是作为一套可以被批判的“制度弊端”，而是作为一套不言自明的、节省成本的、被视为职业成熟标志的操作智慧。法学教育在这一过程中承担着不显眼但关键的角色：当刑事诉讼法课堂用越来越少的时间去讲述非法证据排除规则诞生时的那些冤案的人名与真实的痛苦，而用越来越标准的模块去训练学生“何时提出排非申请、举证标准是什么、法院应在什么期限内裁定”时，法学院不是在刻意回避道德教育——它只是在年复一年地，为缄默结构制造着不再拥有那个旧器官的新一代使用者。

这两重回写的合力，使缄默结构不再依赖于最初逼出它的那些具体制度条件而存续。即便它的入口触发器（成文法源限定）被部分松动，即便它的激励触发器（考核指标）被重新设计，已经内化为职业认同的缄默惰性仍可能长期存续于法律共同体的自我理解之中。这就是为什么十二年后的缄默，不再是一套可被轻易逆转的考核制度，而是一种法律人“我是谁”的组成部分。

三、不可还原论证：缄默为什么不是已有概念的重命名

一个新概念是否成立，不取决于它是否漂亮，而取决于它指认的那个区分面，能不能被既有理论工具箱中的现成概念用一句话1:1替换掉——一旦替换，就必然漏掉某些重要的东西。本节将“司法缄默”与五个最接近、最可能构成挑战的既有概念逐一割开，论证其不可还原性。其中与卢曼的“操作封闭”和批判法学的“法律意识”的对冲，是检验这个概念真正锐利程度的硬仗。

3.1 与“司法克制”（不该说 vs 不能说）的切割

司法克制理论指法官在裁判中限制自身权力的行使，对立法和行政部门的决定保持高度尊重，不轻易以自己的判断替代民选机构的政策选择。一个奉行司法克制的法官，面对一条他个人不认同但合宪的法律时，仍然予以适用。他完全可以在判决书里公开承认“本案的法律后果在道德上是不幸的，但那是立法者应当处理的事”。这是克制，不是缄默——因为法官仍然完成了对那个道德感知的公开命名，只是他认为自己无权据此修正法律。[4]

然而有一种更精致的反驳会这样推进：当代司法克制理论本身就包含“法官不应当在判决书中写自己的道德判断”这一层。如果克制已经包含了“不该写”，那缄默难道不正是克制要求的结果吗？

区分的关键在于：司法克制是一种规范立场——它回答的是法官“应当做什么”的问题。它可以被争论、被修订、被替代。一个反对司法克制的法官可以说服他的同事，说在特定案件中克制应当让位于更积极的司法角色。缄默不是一种规范立场，它是一种结构条件——它回答的是法官“在操作上能做什么”的问题。克制说“你不该写”，缄默说的是“你想写也写不了——因为系统的论证语法里没有给你的那句话预留一个合法位置”。克制是在限制一种已被承认的可能；缄默是在取消那个可能被识别为一个选项本身。因此，如果有人说“你所说的缄默不就是司法克制吗”，回应是：克制预设了“我可以这样做但我选择不这样做”，缄默发生的地方，是那个“可以做”本身已在操作中被消音了。

3.2 与“目标置换”（遗忘 vs 禁言）的切割

默顿的“目标置换”理论描述了组织成员将规则或程序等原初手段当成目的本身来追求，从而偏离了组织的原始使命。警察为了完成罚单指标而对无辜者开罚

单，学校为了提高标准化考试分数而抛弃教学——这些都是经典的目标置换。[5]

缄默与目标置换的区分面，落在两个概念对“原初目标”的不同处理上。目标置换刻画的是一个遗忘的过程：组织成员在日复一日的操作中，逐渐把原初使命忘掉了，手段替代了目的。遗忘的典型症状是：如果你提醒他“你原来的目标是什么”，他会突然意识到自己偏移了，并可能产生不安。在这个意义上，目标置换是可以被“提醒”所逆转的。

而缄默要诊断的，比遗忘更隐蔽。在缄默状态下，原初的感知并未被遗忘——它仍然活着，仍然在法官胃里翻涌——但它不能被说出。一个陷入目标置换的人不会感到痛苦，因为他已经忘了。一个被缄默的人会感到痛苦，但那个痛苦无法进入他能够合法表述的专业语言。区分的关键是：遗忘是对象在意识中的消失，禁令是对象在意识中仍在发生、但在公开表达通道上被阻截。因此，如果有人说“你所说的缄默不过是目标置换的另一种说法”，回应是：目标置换解释的是“我忘了曾经还有另一个目标”，缄默解释的是“我记得，但我不能说出来——因为在这个系统里，说它并不是一个可被承认的选项”。

3.3 与“认知失调”的切割

费斯汀格的认知失调理论在个体心理学层面可以解释为什么法官会自我说服——“我已经尽了最大努力”“虽然判决严厉，但在法律上是对的”。这确实是发生在许多法官内心的真实心理过程。[6]但缄默的发生，不需要任何个体法官经历认知失调。当一个新任法官从未在生活中经历过那种让失调得以发生的内心冲突——因为“另一个声音”在他进入系统之前，已经被系统的职业社会化无声地消音了——失调的心理学解释就失去了对象。缄默诊断的不是“失调如何被缓解”，而是“失调如何从一开始就不可能发生”——系统不让那个令失调发生的声音第一次在场。

3.4 与卢曼的“操作封闭”：方向性的单边淤积（核心切割一）

这是不可还原论证中最艰巨的一笔。一个深谙卢曼系统论的读者会这样反驳：“你所说的缄默，不过是法律系统通过合法/非法二元符码进行‘操作封闭’时，必然产生的‘环境噪音被过滤’的现象。”在这个反驳看来，法官的道德痛苦被挡在判决书之外，恰恰是系统的符码化运作在正常转动——道德信息没有被抹除，它只是被“翻译”成了系统内部可以识别的合法符码：如“酌定情节”“社会危害性”“量刑均衡”等。这个反驳的杀伤力在于，如果它成立，“缄默”就只是“符码翻译”的另一个名字——一个更富文学色彩、但理论精密度更低的同义反复。

但系统的程序语法在决定“哪些信息能被纳入合法论据”时，并非在做中立的、对称的边界生产——它在持续进行一项具有明确选择性的操作。诉讼的效率可以进入程序法的合法考量，它就是有效论据；法官的审限压力可以合法地被标示为“提高诉讼效率”——它也是有效论据；甚至侦查机关的“取证条件限制”在程序法实践中都已成为一个半正式的论证支点。但被告在讯问室里所遭受的疼痛，在程序语法的合法言说空间中，没有一个能安置它的同等级别的论证位置。这个不对称不是系统“操作封闭”的逻辑必然——后者是中性的，不选择方向的——而是一个特定方向的双边淤积。边界不是均匀收缩的圆，而是被系统沿着一道预先存在的权力纹理，在持续削薄同一侧的膜壁。道德信号——尤其是来自弱势一方的、无法被格式化为效率语言的道德信号——被系统性地越推越远，而效率信号被越收越紧。这个不可逆的单向淤积过程，是卢曼“操作封闭”那个相对中性的概念装不下的。

因此，两者的区分面可以这样划定：符码翻译回答的是“进入系统的道德信息被如何处理”，缄默追问的是“有什么道德信息连进入的资格都没有”——并且，这种“不能进入”不是系统边界生产的对称产物，而是一种持续的、选择性的、在特定方向上的淤积。如果有人说“缄默就是符码翻译”，回应是：你把“被翻译”与“无法进入翻译程序”混为一谈，把中立的边界生产与有方向的双边淤积混为一谈——而后者恰好就是那个在你理论视野里不可见的、缄默要指认的区分面。

3.5 与批判法学“法律意识”：能量淤积的潜行（核心切割二）

批判法学研究传统，尤其是关于“法律意识”的理论，提供了一个与缄默最邻近但又必须被区分的强有力解释。批判法学家指出，法律形式主义本身就是一种意识形态——法官不说“良心上过不去”，不是因为他不善良，而是因为他已经内化了法律形式主义的意识：他根本不觉得“良心”是一个法律上可以说的事情。这种“法律意识”让权力的运作变得不可见，因为它的运作恰恰表现为法官的“自愿”服从——他不觉得自己在被压抑。[7]

这个诊断与本文所追踪的Ⅲ型缄默高度近似。两者都承认有一个使道德表达变得不可想象的结构在运作。但区分面恰恰在此：批判法学寄希望于意识觉醒——一旦揭开中立性的伪装，法官就能重新看见被遮蔽的东西。而缄默的诊断则揭示了一个更为棘手的处境：即使意识完全觉醒——即使法官清楚地知道这个制度是不义的、这个举证负担的分配在实质上剥夺了弱者的辩护能力——系统仍然没有给这个觉醒提供一个可以被转化为有效判决论据的操作入口。觉醒者发现自己站在一堵由法条、司法解释、考核指标和职业共同体规范共同砌成的透明墙前——他看得见那边，但走不过去。

这引向了本文对批判法学最关键的超越：那些被禁言的道德感知并没有消失。它去了哪里？它以一种无法被系统操作记录捕捉的方式，在系统的地下层持续淤积。它可能表现为法官的胃痛和失眠，可能表现为他在合议庭里不敢署名的异议，可能表现为他离职后写下的回忆录里的一段忏悔，也可能表现为弥漫于一个法院楼层里的、没有人可以公开指认的低度抑郁。这股被禁言的道德能量，既没有“被成功切除”，也没有“被顺利转化”——它作为一种始终在场的、被压抑的势能，潜伏在系统的深处。批判法学分析到“法官不觉得这是问题”为止；而缄默的诊断是从这里开始——它追问的是：那些“觉得这是问题”但“无法将此问题转化为有效法律论据”的法官，他们体内被阻塞的这股道德感知的能量去了哪里？它如何作为一种不在系统公开记录里的暗流，在某个不可预见的临界点上，可能结算出一次结构性的位移？

把缄默还原为法律意识批判，会漏掉两个关键的区分面：第一，缄默诊断的是“觉醒之后操作通道依旧被关闭”的结构条件，而非“未觉醒”的意识状态；第二，缄默追踪的是被禁言能量的淤积与潜行，而非权力的顺滑运作。前者相信“揭穿伪装即可行动”，后者揭示了伪装揭穿后那堵墙仍然立在那里——以及，被墙挡住的东西，正在墙脚下持续积累。

3.6 不可还原的最后一笔校验

现在试一试，用任何既有理论工具箱里几个概念拼起来的一句话，能否1:1替换本文要说的东西：

“法律系统在追求内部操作自治的过程中，结构性地将法官内心业已存续的道德感知隔绝于系统的可操作范围之外——法官仍然能感知到道德痛苦，但那个感知在法律系统的论证语法中没有合法位置；这种隔绝不是靠明令禁止实现的，而是通过论据准入的语法收缩、制度激励的价格化设置和职业认同的自我缄默化三重机制的叠加运作完成的；这个结构一旦结晶，会通过收紧操作路径与重塑法律人再生产的方式反身性地加固自身；它不是一个中立的、对称的边界生产（卢曼），而是一种在特定方向上持续淤积的选择性排除；它也不是一种等待被觉醒揭穿意识形态遮蔽（批判法学），而是一种觉醒之后操作通道依旧被关着的结构条件——被禁言的道德感知没有消失，而是以悔恨、异议、体制化抑郁和静默抵抗等形态在地下层持续淤积。”

这就是“司法缄默”这个命名的不可还原的区分面，也是它不能被装进任何既有单一概念、一旦被装进去就会漏掉“感知没有被切除而被禁言”、漏掉“边界生产的单向淤积”、漏掉“能量潜行”这三笔的根据所在。

四、不可还原论证的补充：缄默与两个被遗漏的理论传统

4.1 与哈贝马斯“法律商谈理论”的切割

哈贝马斯的法律商谈理论将法律的合法性锚定在“所有可能相关者在理性商谈中均能同意的那些规范”之上。在这个框架里，法律系统的正当性依赖于它的程序是否确保了所有相关者的视角都能进入商谈——如果某一类参与者的论证被系统性地排除，那么法律的合法性就出现了赤字。[8]

这与缄默的问题意识高度重合。商谈理论确实追问“哪些论证被排除在合法话语之外”。但两者在诊断层级上存在一个关键的区分面。商谈理论追问的是：理想的商谈条件是否被满足——它关注的是参与者是否拥有平等的发言机会、是否所有相关视角都被纳入考量。而缄默追问的是：即使商谈程序在形式上向所有人开放，是否仍然存在一种操作层面上的禁言——某些类型的论证在程序的语法规则里，从头就没有一个可以被识别为“论证”的形态？

商谈理论假设，只要程序是开放的，参与者就可以把他们的理由带入商谈。但缄默揭示的是：在进入商谈之前，理由本身的形态就被程序语法筛选过了。一个被告在法庭上说“我被打了，这不公平”——这句话在商谈理论的框架下可以被视为一个有效的道德论证。但在程序语法的操作现实里，它必须首先被翻译成“申请排除非法证据”、再附上“相关线索或材料”——对那些没有举证资源的人而言，这已经是一道事实上的禁言墙。商谈理论的盲区在于，它预设了参与者拥有将自己受到的伤害“翻译成”法律商谈可处理的有效论据的对等能力——而缄默恰恰要指出，这种翻译能力本身在系统内是不对等分配的。

4.2 与福柯“话语/权力”的对话与切割

“禁言”这个概念会让读者直接联想到福柯对“被禁止的言语”的分析。福柯在《话语的秩序》中提出了一个著名的命题：“在每个社会，话语的生产都同时被一定数量的程序所控制、选择、组织和再分配。”这些程序当中，最显而易见的是禁止——不是所有人在所有情况下都能说所有事情。但更不易察觉的，是话语内部的排斥程序：理性和疯狂的区分、真与假的区分——这些区分本身，就在划定什么话“说了也等于没说”。[9]

福柯的分析框架对于理解缄默的发生机制具有直接的启发性。缄默的诊断事实上识别了一种在法律系统内运作的排斥程序——它不依靠“不准说”的明确禁令，而是依靠“说了也不算数”的论证语法来运作。但本文必须在三个层面上与福柯传统作出切割，以确立缄默这一概念的不可还原性。

第一，对象层级的差异。福柯分析的是话语的普遍生产机制，他的排斥程序适用于整个“话语秩序”——从中世纪的神学辩论、到精神病理学的诊断标准、到现代学术的学科规范。缄默则是一个专注于法律系统操作层的概念：它追问的不是“司法话语的整体生产条件”，而是“在法官撰写判决书的那个具体操作节点上，哪些感知可以被记入论证、哪些不能”。它是一种操作性的禁言，而非话语性的排斥——它的运作场所不是整个话语秩序，而是法官面对判决书空白页面的那个时刻。

第二，方向的差异。福柯的话语分析在方向上倾向于揭示：权力的运作通过话语的建构，让人们“以为某些事情自然而然就是如此”。他的分析焦点是话语如何形塑了人们对真实与虚假的感觉。缄默的焦点则不同：它关注的不是法官被形塑成“看不见”某种不义，而是法官“看见了”却“说不出”。这其中的差别，不是前一种分析比后一种更深，而是两种分析在对被禁言者的描述上指向了不同的经验事实。福柯式的法官是通过话语被训练得不觉得某项证据规则有问题；缄默诊断的法官是觉得有问题、可能甚至在合议庭里私下说出过，但在系统操作记录里，这个觉得有问题的意见仍然没有变成有效论据。

第三，对“可能性”的不同判断。福柯虽然揭示了话语内部的排斥程序，但他的分析框架为“抵抗”保留了理论上的位置——正因为权力是弥散的，所以抵抗也是弥散的；话语秩序本身包含着被颠覆的可能性。缄默的概念在这个问题上比福柯更悲观，但也更具体：它并不否认颠覆的可能性，它只是尝试说明，当禁言已经完成到某一层级时，颠覆所需的前提条件——一个能够被法院内部操作程序承接的、可以形成新先例的论证支点——在当下的程序语法中还不存在。缄默诊断的不是“永远不可能”，而是“在当前操作结构中还不存在那条通路”。

五、概念的发生学装置：可操作的追问框架与可复现的分析路径

一个新概念如果只能被“感受到”，不能被“操作化”，最终只会被收进法理学综述的某个小节里吃灰。本节为“司法缄默”装上可以被另一个研究者独立使用的最低限度追问工具。

5.1 启动缄默追问的五类现象触发器

- 感知存续的现象：有直接或间接证据（法官回忆录、离职后公开声明、合议庭评议记录、访谈或司法人类学观察）表明，至少有部分法律操作者在个案中，对某一具体法律后果的道德不正义性，存续过内心感知——存续过一阵胃里的翻涌。
- 论证准入的排除：该道德感知，在系统当前的成文法源清单与判决论证规范中，不被列为有效裁判理由——它没有可供援引的条文、先例或公认的法源。法官如果试图在判决书中以这种道德论证作为决定性理由，他将很难为这个理由找到一个在现有法律话语中可以“站住的”规范依据。
- 激励结构的负向化：将这种道德感知转化为公开论证或操作决定，会为操作者带来有形的制度成本（审限拖延、考核扣分、发回重审风险的上升、晋升劣势或在职业共同体内部成为“办案不熟练”的负面典型），且这一制度成本的施加者并非单个腐败或恶意的个体，而是系统内部的合法规则体系。
- 缄默后果的可观测波形：当某一项收紧裁判论证通道的制度变迁（如新的证据规则、新的考核指标、新的审限规定）发生后，可以在一个时间段内观察到，某类曾以某种形式出现在判决理由中的道德论证——即便只是以“酌定情节”等弹性条款为掩护——其出现的频率和强度发生了显著下降。这不是要证明每一个个案中法官都“想写但不敢写”，而是要在统计波形上辨认沉默的轮廓。
- 打破者的无效化：即便存在个别操作者愿意以个人代价打破缄默——例如在判决书附录或异议意见中写下了那个道德论证——系统也可以通过在制度层面否决、搁置、不予采纳或边缘化该意见，使这一打破动作无法扩散为可复制的操作先例。这正是缄默作为结构条件而非个体选择的标志。

5.2 分析缄默的最小步骤

步骤一：定位缄默触发域。锁定法律系统中的某一类案件或某一类裁判情境——量刑、证据排除、合同效力认定、行政行为司法审查标准——并识别在该情境中反复出现的一类道德论证。它在共同体的道义直觉中有着广泛根基，但在法庭内部极少被单独、公开、站得住脚地援引为判决的决定性理由。

步骤二：追溯入口。 追溯系统是否为这类道德论证在历史上准备过入场通道。如果有，追问这个通道是在什么时间、被什么制度变迁以何种方式收缩的——是哪一版操作细则的修改、哪一份考核文件的更新、哪一个司法解释的措辞调整，把这扇门一寸一寸地推上了。如果没有，追问系统是通过什么论证来合法化这种“入场无门”的。

步骤三：追问禁言的实况机制。 审读该情境下法官面临的正式制度激励结构与非正式共同体规范，追问：“一旦法官把这种道德感知写进判决理由，他需要为这句话付出什么制度代价？如果代价太高，有哪些替代路径——如以酌定情节、社会危害性等弹性条款作为掩护——可以被系统默认接受？这些替代路径允许‘说’到什么程度、在什么程度上仍是被缄默的？”这一步的要点不是找到法官“亲口承认他沉默了”——缄默行为不在公开记录里留痕——而是在判决书的修辞行为和制度文本的缝隙里，辨认沉默的形状。

步骤四：采集可用的经验证据。 采集多重证据线：制度文本比对（某类保护性程序规定在不同时期的文本差异）；判决书修辞分析（审读典型判决书，看法官在“本院认为”部分是如何用格式化表述将道德重量散去的）；如果条件允许，辅以针对法官的半结构化深度访谈。用多种不完全证据互相印证，而非依赖单一数据源。

5.3 缄默的两种外部效应

第一个效应：缄默与权威的合法性内蚀。 当权力以缄默模式运行时，其内部的精英群体处于一种特殊的困境——他们无法向自己证明自身行为的正当性。传统的合法性危机发生在被统治者不再相信统治者的时候；缄默导致的合法性内蚀发生在另一个方向：统治者自己不再相信自己。但他们无法说出这种不信，因为说出它的语言在他们的职业语法里已经不存在了。这解释了为什么在缄默期的高级法律职业群体中，体制化抑郁、私下沉默、提前退出等现象会不成比例地上升。

第二个效应：缄默结构自我再生产的韧性。 第一代法官需要经历认知失调才能缄默，第二代法官从入职起就在师长的训练中学会了那是“无用的写作”，第三代法官则从法学院开始就从未被教会如何让那个声音发出来——在他所接受的完整法学教育里，那个声音从来就不属于“法律论证”的范畴。这意味着，即使最初逼出缄默的制度条件被移除了——考核指标改了、实证主义信条被新一代法理学说批判了——已经被编织进职业认同与法学教育再生产体系中的缄默结构，仍可能以不可见的惰性，持续它的沉默。

六、回应反驳：普通法反例、英雄法官神话、缄默的规范性辩护与商谈理论的挑战

6.1 第一个反驳：普通法系没有缄默吗

这个反驳会这样推进：你把缄默描述成法律系统追求内部操作自治的必然风险，但历史上存在大量的反例——普通法系的法官在废除种族隔离、确立刑事被告权利、确同性婚姻等重大道德议题上，不仅感知到了道德痛苦，而且成功地将它转化为了法律系统内部的有效论证。如果缄默是结构性的，这些案例怎么解释？

回应分三步。

第一步，反例恰好印证了诊断框架——在这些案例中，缄默的条件没有被满足。美国联邦法官拥有宪法保障的终身任职和薪酬不受削减的保护，不会被审限考核或发回重审率逼着“不说”；普通法系的先例制度允许法官在异议意见中道出完整的道德论证而不被删改——异议意见本身就是这样一种制度设计：它为那些无法在当前判决中获胜的道德论证，保留了一个在法理上合法的发声位置，等待在未来的案件中可能被多数意见重新激活。此外，普通法系还有陪审团制度、法庭之友意见书、公开庭审与媒体监督这些结构性接口，持续将外部共同体的道义信号导入系统内部。换句话说，这些制度恰恰就是本文所诊断的那些“让道德感知能进入可操作域”的冗余器官——它们的存续不是对缄默论的否定，而是以对照的方式证实了缄默诊断的核心：缄默发生的地方，正是这些器官被切除或从未被安装的场域。

第二步，区分“道德论证被接纳为有效论据”与“法官个人道德偏好被纵容”。缄默的诊断不要求系统接纳法官个人的一切道德偏好——那将是裁判的无政府状态。缄默要求的是，系统在制度设计中为那些在共同体内有深厚道义根基的特定类型的道德感知——如不得对被告施加酷刑——保留进入操作决策的论证入口。当非法证据排除规则把道德论证的举证负担架设在被告在事实上无法企及的高度时，它不是在拒绝法官的个人偏好，而是在结构性地阻断共同体那类已形成高度共识的道德感知变成有效论据的路径。

第三步，给出同样的证伪条件。如果能够找到一个当代法律体系，其法官既不存在独立的任职保障，又面临结案率考核和发回重审率的强制度压力，且立法机关对法官提出的含有明确道德论证的判决持长期抵触态度——在这种条件下，法官群体仍然能够持续地、显著地将基于共同体道义直觉的道德论证转化为有效判决理由，被上级法院维持，并最终沉淀为有约束力的先例——那么司法缄默的核心诊断就被推翻了。

6.2 第二个反驳：英雄法官打破缄默的个案不够吗

反驳会继续说：历史上总会有法官出于个人道德勇气，在判决书里写下那个不被系统允许的声音。既然缄默可以被个体的道德勇气打破，它就不是一个结构。

这个反驳的迷惑性在于，它混淆了“个例沉默的打破”与“系统操作参数的改变”。一个法官在判决书里写了一份酣畅淋漓的异议意见——那个意见被所有同行私下传阅、暗暗赞叹，然后被上级法院以程序理由裁定撤销原判、发回重审。这份异议意见，最终没有被录入任何一版正式判例汇编。在系统层面，这一打破缄默的动作被完全吸收了——它没有改变任何操作规则。下一起同类案件中，下一个法官仍然面临着同样高的缄默压力。他读过前辈那份精彩的异议，心中知道那是对的，但他也知道，写出来，他的判决就会被发回。他选择了沉默——而在系统记录里，这一次沉默，仍然是一个完全合规的判决。打破缄默的个人个案，在这种环境下，不是缄默的反证，而是缄默机制韧性的一次应激测试——测试的结果是：缄默结构仍屹立不倒。

只有一种情况，个例才构成对结构的真正颠覆：个例打破之后，导致系统内部的操作规则发生了可观察的改变——同类道德论证在此后的案件中被稳定地接纳为有效裁判理由，法官援引这份异议作为新的论证依据时不再承担不成比例的制度成本。如果这种链式的、不可逆地修改操作规则的情况未曾发生，那么个例英雄法官的存续，不但没有反驳缄默，反而以最残酷的方式在为它举证。

6.3 第三个反驳：缄默是法治的守护者而非敌人

一个精致的实证主义立场会这样为缄默辩护：你所说的缄默，恰恰是法治得以可能的必要条件。它防止法官用个人的道德偏好替代法律——这正是法律实证主义自奥斯丁以来一直在捍卫的核心洞见：法律的权威来自它的社会事实，而非它的道德价值。如果允许法官在每一个他们认为“不义”的个案中都以道德感知修正法律，法治本身就瓦解了。

回应分两层。第一层，缄默作为一个描述性概念，本身不预设“打破缄默就是对的”。它是用来分析“道德感知如何被禁言”的工具，而不是一份“应当如何改革”的处方。指出缄默的存续，不等于要求所有道德感知都必须进入判决——这将是另一种灾难。

第二层，缄默的分析确实隐含了一个审慎的规范关切——但这个关切不预设被禁言的道德感知都“应该”进入判决。它的起点更为克制：当缄默机制完成了全部演化——尤其当Ⅲ型缄默将“不让道德感知进入判决”内化为职业认同的不假思索的前提时——法律系统就失去了一个至关重要的自我检视资源。这个资源不是某种先在的“道德良心”，也不是一个等待被回归的永恒本质。它恰恰是那些尚未被完全禁言的、系统内部操作路径（差异序列）与共同体道义压力（纠缠网络）之间的矛盾张力本身。所谓“自我纠错”，不是一个主体（系统）去重新拾起一个丢失的东西（资源），而是当共同体道义压力与系统现有操作路径之间的某种矛盾积累到足够大的势能时，它可能结算出一个新的显现态——如一个新的证据规则、一个新的解释论、一个新的先例。所以，本文呼吁的不是“回归”什么，而是不要为了追求操作自治而完全熨平、消音那些必要的矛盾。当一个法律系统再也无法从内部听到那些被它结构性地禁言的声音时，它就不再有能力识别自身的退化——因为识别退化所需要的感官，已经在追求操作自治的过程中被作为“不必要的冗余”切除掉了。在这个意义上，缄默不是法治的守护者，而是法治缓慢失去自我感知能力的沉默过程。

6.4 第四个反驳：商谈理论的挑战

一个哈贝马斯式的反驳者会这样追问：你说缄默禁言了某些道德论证，但法律商谈本来就不要求所有个人道德情感都进入判决——它要求的是所有相关者的视角在理性商谈中被考量。如果被告的“疼痛”不能被他说出来，可以通过他的律师——一个训练有素的、能够把道德痛苦翻译成法律论证的专业代理人——说出来。律师就是那个翻译器。如果律师也翻译不了，那说明这个疼痛在法律商谈中本来就站不住脚——它不是被禁言，而是经过理性商谈检验后被淘汰了。

这个反驳的力度在于，它把缄默诊断的责任推回给了参与者：“不是系统不让你说，是你没找到正确的说法。”但缄默的诊断恰恰是：在某些制度配置下，不存在任何正确的说法。一个被告声称被刑讯逼供，但他的体表伤痕没有在羁押期间被正式记录，审讯的同步录音录像“因设备故障未能完整调取”，同监室在押人员因为害怕报复而不敢作证。在此条件下，即使有一个全世界最擅长翻译道德痛苦的律师站在他身边，律师也无法在法庭上说出一句在程序语法里能站得住的论证——因为程序语法对“足以构成合理怀疑”的举证门槛，已经通过制度实践被抬高到了被告在监禁状态下事实上无法企及的高度。商谈理论假设所有参与者都有对等的能力将自己的利益转化为可普遍化的理由——而缄默恰恰指出，这种转化能力本身在系统内是不对等分配的。缄默禁言的，不是那些“可以被更好地说出来”的论证，而是那些在现有制度条件下，无论由谁来说、以何种方式说，都无法被识别为有效论据的道德感知。

这正是商谈理论装不下的那笔区分面：商谈追问“谁被排除”，缄默追问“什么样的论证形态，在进入商谈之前就已经被程序语法‘切片’成无法被识别为论证的碎屑”。

七、结语：证伪一种命运

这篇论文所论证的，并非一种所有法律系统都不可逃脱的宿命。它只是在法哲学的桌面上，安放了一个曾被反复边缘化却不曾被精细命名的区分面：道德感知，可以不是死于系统的公开排斥，而是死在系统的缄默中——死在它被禁言、然后被遗忘、最后被重新定义为“从来就不该出现在这场对话中”的那一整套精密装置里。

司法缄默不是一个可以在个案活检中检出阳性或阴性的病理标签。它是一个关于结构的追问——它的价值，不在于为某种司法现象签发病因诊断，而在于为那些在制度运转中被日常性地消音的东西，提供一个被看见、被命名的位置。当你在一个法庭里，听到一个道德声音被当事人说出、被旁听席里的听众听懂了、甚至被法官脸上的那一瞬间的表情所接住——但它最终，没有进入判决书里哪怕一个字的论证——你就可以开始追问：是什么，让它没有成为判决理由？

缄默的框架可以被应用到更广阔的场域——合同解释中的实质不公、行政司法中的举证负担、量刑裁量中的痛苦权衡——在任何一个法官的胃里翻涌但判决书里无声的位置，缄默的追问工具都可以被打开使用。它邀请的不是道德呐喊，而是冷静的、一寸一寸的结构解剖：看那个声音是从哪一道门被挡住的，门的钥匙被收在哪一份考核文件里，而守门的人，又是在哪一年、在哪一堂课上、被哪一句话教会了“这扇门从来就不该开”。

如果一个法律系统，在完成了对道德感知的全面禁言之后，竟然在某一天，在无需外部社会运动压力、无需跨国道义谴责介入、无需政治领导层换血的条件下，仅凭其内部的法律学说演化——例如，一种新的证据法理论在法学院被提出、在学术期刊上被充分辩论、在法院内部培训中被反复讲授——或法律技术变革——例如，AI辅助的量刑证据分析使被告的举证负担在技术上变得可操作——自发性地、持续地重新打开了一条让某某此前被系统性排除出去的道德论证长期、稳定地进入有效判决的论证通道，并且将这个新通道沉淀为有约束力的制度设计——那么，我为司法缄默所画下的这幅结构图景，就应该被撤回。因为到那一天，它声称要诊断的那个困境——一个一旦完全建成、就无法从内部被自己重新打开的结构——就被证明不是结构，只是一个可以被从内部校准的、漫长的、不太走运的操作性偏向。那将是对这一分析的最高敬意，也是本文所期望被证伪的唯一方式。

注释

- [1] 本文对自然法、法律实证主义、卢曼系统论这三大理论传统的引述，均系为指认其共同盲区而进行的类型化概括，而非对任一传统内部复杂谱系的全面梳理。在自然法方面，侧重以菲尼斯（Finnis, 1980）为代表的认知性自然法立场；在实证主义方面，以奥斯丁（Austin, 1832）和哈特（Hart, 1961）的分离命题为主线——需指出，哈特在《法律的概念》中关于“最低限度的自然法”的讨论（尤其是其关于人类脆弱性、近似平等、有限利他主义等自然事实的论述），包含了对法律与道德之间更复杂关系的承认，但这并未改变其核心的分离命题：法律的有效性判断独立于其道德内容；在卢曼系统论方面，聚焦于其操作封闭与符码转换理论（Luhmann, 1993）——卢曼在《社会中的法》中关于“生态沟通”的讨论确实涉及系统对道德激扰的回应，但他的核心论证仍然是这种回应只能以系统内部的符码方式进行，道德本身无法直接进入法律系统的操作。各传统内部的修正版本、批判性对话与跨传统融合的努力，在此予以悬置，以保持对核心区分面的聚焦。
- [2] 关于卢曼系统论与法律系统操作封闭的相关论述，核心见 Luhmann, Das Recht der Gesellschaft (1993)，尤其是其中关于“合法/非法”二元符码以及系统通过“条件程式”（Konditionalprogramme）将环境激扰转化为内部可处理信息的相关章节。本文对“符码翻译”的讨论，聚焦于卢曼理论中系统如何处理其环境的这一核心机制。
- [3] 本文对批判法学传统及其“法律意识”理论的引述，集中于以昂格尔（Unger, 1976）和肯尼迪（Kennedy, 1979）为代表的批判法律研究运动对法律形式主义意识形态的揭露。批判法学内部丰富的女性主义、种族批判等进路，以及晚近更为经验导向的法律意识研究，虽在宽泛意义上共享对法律中立性的怀疑，但其理论关切与本文的核心对话（意识形态遮蔽 vs 结构性禁言）存在重要差别，故不纳入直接讨论范围。
- [4] 司法克制理论在宪法学中谱系丰富，从比克尔（Bickel, 1962）的“消极美德”到当代各种司法谦抑进路均属此列。本文对司法克制的讨论仅限于其作为一种“规范立场”的核心特征，以与缄默作为“结构条件”相区分，不涉及对司法克制内部各变体的分析与评价。
- [5] 关于默顿的目标置换理论：该概念最初由默顿在1940年提出，后收入《社会理论与社会结构》（Merton, 1957）。本文仅借用其“手段替代目的”的基本模型，以与缄默的“禁言”形成辨别。目标置换理论所依赖的组织社会学背景及其官僚制分析，不在本文延伸范围内。

[6] 关于费斯汀格的认知失调理论：费斯汀格在1957年出版的《认知失调理论》中系统阐述了该理论。本文仅将其作为个体心理层面的解释模型引入，用于凸显缄默作为一种结构条件无需个体经历认知失调即可发生。认知失调理论的经验验证与后续发展，此处不表。

[7] 关于批判法学的“法律意识”理论，本文在昂格尔和肯尼迪的基础上，也将对话延伸至晚近更为经验导向的研究进路。将批判法学简化为单纯的“伪装”揭示，确实是本文在初稿中的概括局限。批判法学传统本身包含了对内化的深度讨论——法律形式主义意识并非一块可轻易揭掉的面具，而是深入主体身体的一套话语装置。本文的核心区分不在于“结构vs意识”的对立，而在于：即使意识觉醒（法官知道这是不义的），系统操作入口是否仍然关闭。这一区分意在补充而非否定批判法学对内化的分析。

[8] 关于哈贝马斯的法律商谈理论，核心论述见 Faktizität und Geltung (1992)。本文对商谈理论的讨论集中于其“所有可能相关者在理性商谈中均能同意的规范”这一合法性判准，以及由此推导出的程序条件（所有相关视角被纳入商谈）。哈贝马斯对法律与道德关系的复杂处理——尤其是其关于法律作为“功能补足”道德的论证——在此无法全面展开，但本文的缄默诊断可以被视为对商谈理论程序条件的一个经验挑战：即使程序在形式上开放，转化为有效法律论据的能力在参与者之间是否为对等分配？

[9] 关于福柯的话语/权力理论，核心文本见 L ‘Ordre du discours (1971) 和 Surveiller et punir (1975)。本文对福柯的引述集中于其对“话语内部排斥程序”的分析，尤其是“禁止”（prohibition）与“理性/疯狂”区分这两个维度。福柯晚年在《主体解释学》中对“直言”（parrhesia）的讨论——关于说真话者的勇气、风险与体制条件——与本文讨论的打破缄默的英雄法官问题高度相关，但因论域过于宽广，在此仅作注提及，留待另文处理。中国法学界近年来对福柯话语理论的引介与应用（如对司法权力微观运作、知识-权力耦合的分析）也为此类讨论提供了语境，但本文在此无法全面展开。

八、边界补足与本文禁止什么

原稿已论证司法缄默不同于自然法的"恶法非法"、实证主义的"效力分离"、卢曼的"操作封闭"——它不是系统丧失道德感知，而是系统把活着的、仍在法官内心发生的道德感知禁言、隔绝于可操作范围之外。此处补两处边界，并给出可裁决预测。

其一，与福柯的沉默的区分。福柯笔下的沉默是权力生产出来的沉默——话语通过规定"什么不可说"来施展生产性权力。司法缄默的剩余在于：被缄默的不是一套被禁止言说的话语，而是一种仍在持续发生、却被结构性地排除出系统可操作范围的感知能力；它不是"不许说"，而是"说了也不被系统接住"——感知照常发生，只是不被赋予任何操作后果。其二，与本栏《公正的沉默塌缩》的区分。后者说的是承受者一侧停止认领（当事人不再把结果认领为公正），是需求侧的退出；司法缄默说的是系统一侧对自身道德感知的禁言，是供给侧的自我隔音。二者是同一场失灵的两端，不可混为一谈。

本文禁止什么。以下方向相反的预测划出司法缄默与最近邻的分界，任一被满足即本文失效。其一，对卢曼操作封闭：操作封闭预测法律系统对道德的不回应是因为道德根本不进入系统的感知（系统对道德是盲的）；本文预测相反——在匿名访谈或去身份化的记录中，法官对个案道德维度的感知清晰而活跃，只是这些感知在正式操作中找不到任何可安放的接口。若经独立编码（Krippendorff α≥.80）证实法官在正式与非正式场域对道德维度的感知无系统性落差，则司法缄默坍缩为操作封闭，本文失效。其二，对福柯生产性沉默：若被缄默的内容在制度史中从未以任何形式（判词附议、少数意见、内部备忘）留下"感知曾发生却未被接住"的痕迹，而只表现为话语的整体不在场，则本文的"禁言而非缺席"判断失效。本文不主张：不主张法官个人道德败坏，不主张系统应当放弃操作自治，也不主张缄默可通过增设道德审查环节来解除（那只会制造新的可被缄默的接口）。

参考文献

- Austin, J. (1832). The Province of Jurisprudence Determined. London: John Murray.
- Bickel, A. (1962). The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics. Indianapolis: Bobbs-Merrill.
- Festinger, L. (1957). A Theory of Cognitive Dissonance. Stanford: Stanford University Press.
- Finnis, J. (1980). Natural Law and Natural Rights. Oxford: Clarendon Press.
- Foucault, M. (1971). L ‘Ordre du discours. Paris: Gallimard.
- Foucault, M. (1975). Surveiller et punir: Naissance de la prison. Paris: Gallimard.
- Habermas, J. (1992). Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- Hart, H. L. A. (1961). The Concept of Law. Oxford: Clarendon Press.
- Kennedy, D. (1979). “The Structure of Blackstone’s Commentaries.” Buffalo Law Review, 28(2), 205-382.
- Luhmann, N. (1993). Das Recht der Gesellschaft. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- Merton, R. K. (1957). Social Theory and Social Structure. Glencoe: Free Press.
- Unger, R. M. (1976). Law in Modern Society: Toward a Criticism of Social Theory. New York: Free Press.

修订说明

本文经德麦国际 SDE 学派编辑（Claude）依两轮修订体例打磨：补第八节，与福柯的生产性沉默（缄默的是持续发生却无操作接口的感知，非被禁止的话语）、及本栏《公正的沉默塌缩》（供给侧系统自我隔音 vs 需求侧承受者停止认领）正面区分；给出'法官在正式/非正式场域道德感知是否有系统落差'（对卢曼操作封闭）等方向相反的可裁决预测。作者原有司法缄默命名与卢曼／自然法／实证主义三家切割未改。作者的核心判断、论证结构与原初命名均未改动。