

道德向法律的转化与制度专业化假说

张清津

摘要:个体选择和社会选择都是基于理性的,作为公共选择的制度的产生旨在增进社会福利。制度大致可分为道德和法律两部分。道德和法律的分野也是理性的结果,即:当某项社会约束的整体社会收益大于执行成本时,宜于采用法律的形式;否则,则宜于采用道德的形式。道德与法律的分界并非一成不变,而是受到专业化分工水平的制约。社会分工程度越高,则个体搭便车动机越强,采用法律约束就越有利。随着社会分工水平的日益加深,有一个原属于道德范畴的社会约束转化为法律约束的趋势,即制度专业化趋势。制度专业化会造成更大范围内的制度趋同。

关键词:制度的理性;道德与法律的分界和转化;制度专业化;制度趋同

DOI: 10.19836/j.cnki.37-1100/c.2024.04.016

一、引言

制度演化是一个很有研究潜力的领域。道德和法律的转化无疑就是这样一个制度演化现象,虽然我们对此已经见闻良多,但用一个新的视角来审视,可能会得出非常有趣的结论。

法律与道德都是人们耳熟能详的词汇,但却很少有人深思道德与法律之间的复杂关系。比如,随地吐痰并非良举,但何以不用法律禁绝之?对道德和法律之间的这种模糊认识也体现在学界和政界,比如“依法治国”和“以德治国”之争,好像道德和法律不能共存并行一样。此外,随着新的法律不断颁布,法律的数量也随之增加。例如,自改革开放以来,中国就新出台了大量的法律法规^①。当面临某一社会难题时,也有呼声通过出台法律来解决。

性骚扰事件就是一个典型案例。性骚扰是一个不绝于世的道德问题,却长期属于道德约束领域。美国依据1964年的《民权法案》第七章最早将性骚扰上升为刑事案件,但直到1984年才有关于性骚扰的诉讼^②。虽然在2001年中国就有了有关性骚扰的诉讼^③,但直到2005年才在《中华人民共和国妇女权益保障法》修订中,增加了“禁止对妇女实施性骚扰”的条款(第40条)。

像性骚扰这样原本归由道德约束的事件,转化为法律约束后,法律裁决面临着举证难的问题^④。也许是基于性骚扰案件受害人所遭受的伤害要轻于强奸案,故它一直归道德领域约束。那么将类似于性骚扰这样的道德约束转化为法律约束,其正当性何在?用经济学方法来解析道德与法律之间的关系,会给人更深刻的洞见。道德与法律之间的转化是制度演化的重要内容,厘清二者之间的交互关系是对制度演化理论的重要探索。同时,道德和法律又是社会须臾难离的社会约束,特别是在中国当

本文在写作过程中得到了山东社会科学院王娜博士的帮助,特此致谢!同时感谢审稿人提出的有价值的修改建议。

作者简介:张清津,山东社会科学院农村发展研究所研究员(济南 250002; 2281815670@qq.com)。

① 《改革开放40年党领导立法的创新实践》, http://www.npc.gov.cn/npc/c12434/wgggkf40nlfjgs/202108/t20210823_313150.html, 访问日期:2024年5月5日。

② 胡田野:《美国性骚扰法律制度及其借鉴意义》,《河北法学》2004年第6期。

③ 《一审败诉坚决上诉 中国首例性骚扰案“全程回放”》, <http://news.sina.com.cn/s/2002-01-01/434362.html>, 访问日期:2024年5月5日。

④ 《法学专家:“职场性骚扰”案败多胜少原因在于难取证》, <http://finance.sina.com.cn/roll/20100723/14458357531.shtml>, 访问日期:2024年5月5日。

下各种学派和思想纷呈的社会转型期,传统的社会约束失效而新的约束尚待建立或完善,对道德和法律的准确把握有助于重建秩序和完善社会治理。

研究道德和法律关系的文献汗牛充栋^①,最早可以追溯到斯密、休谟和边沁^②。近期研究道德与法律关系的文献,主要来自于法学家。对于道德与法律的关系,大致有包容、无涉、交叉三种说法^③。

包容说更看重道德与法律的同一体性,例如,富勒用义务的道德和愿望的道德来概括法律与道德的区别,又说法律既要符合指向实体目标的外在道德,又要符合决定程序正当性的内在道德,显然他认可道德与法律的同一体性^④。庞德指出了道德与法律的相互融通的关系。他认为,要理解道德与法律的关系,在很大程度上取决于对法律的理解。他认为,起初道德与法律是混为一体、不分彼此的,后来二者分道扬镳,法律成为“藉由组织化政治团体所进行的社会控制”,但道德始终贯彻于法律之中^⑤。关于法律的道德性,苏力在进行中西比较后提出了一个有趣的观点,即西方人眼中的法律之道德性是探讨法律本身是否符合道德,而中国人所谓的法律之道德性,却往往注重法官的道德水准^⑥。

无涉说则更强调二者的差异。分析实证主义法学更强调法律对于维护社会秩序的作用^⑦。凯恩论述了道德和法律不同的制度特征,指出了虽然法律是以道德为基础的,但法律显然有非常正式的执行机构,所以确定性和精确性更强;而道德却大多没有正式的执行机构,所以存在着很多争议^⑧。屈永华从儒家孝道的法律化,看到了道德与法律分界的意义和影响。中国历史上屡次试图用法律规范来促进孝道的尝试,效果都不理想。一是因为孝道的检测成本问题使得类似法律条文事实上无法贯彻,二是孝道法律化扭曲了人的偏好,助长了机会主义行为,使有些人为了获得褒奖之利而事孝过度^⑨。范进学比较详尽地介绍了道德与法律的差异与关系。但他的论述主要不是针对道德和法律作为不同社会约束的制度化合野。例如,他在论述道德和法律的矛盾时,其所指是道德判断与法律裁定之间的矛盾,而不是道德约束与法律约束之间的矛盾^⑩。

交叉说则似乎是在协调前两个观点,承认道德与法律对于维护社会秩序都有不可或缺的作用。崔永东和龙文懋看到了道德约束向法律约束转化的问题^⑪,吴汉东看到了道德与法律调控范围交叉、社会功能互补的特性^⑫。

道德和法律问题也引起了经济学家的研究兴趣。Zamir和Medina将道德与法律作为自变量纳入经济分析。他们所看重的是道德与法律对结果的影响,而不是着眼于道德和法律本身^⑬。Shavell研

① 波斯纳:《道德和法律理论的疑问》,北京:中国政法大学出版社,2001年,第3—167页;范进学:《道德与法律》,北京:北京大学出版社、上海:上海交通大学出版社,2012年,第1—49页。

② 斯密:《道德情操论》,蒋自强等译,北京:商务印书馆,1997年;休谟:《道德原则研究》,曾晓平译,北京:商务印书馆,2001年;边沁:《道德与立法原理导论》,时殷弘译,北京:商务印书馆,2000年。

③ 李寿初:《道德与法律的关系类型辨析》,《文史哲》2011年4期。

④ 富勒:《法律的道德性》,郑戈译,北京:商务印书馆,2005年,第6—11页。

⑤ 庞德:《法律与道德》,陈林林译,北京:中国政法大学出版社,2003年,第1—55页。

⑥ 苏力:《中、西法学语境中的“法律道德性”》,《国家检察官学院学报》2005年第5期。

⑦ 沈宗灵:《现代西方法理学》,北京:北京大学出版社,1992年,第143页。

⑧ 皮特·凯恩:《法律与道德中的责任》,罗李华译,北京:商务印书馆,2008年,第11—20页。

⑨ 屈永华:《从儒家孝道的法律化看法律维护道德的限度》,《法商研究》2013年第5期。

⑩ 范进学:《法律与道德》,第1—43页。

⑪ 崔永东、龙文懋:《从中西立法看道德的法律化》,《政法论坛(中国政法大学学报)》2003年第1期。

⑫ 吴汉东:《法律的道德化与道德的法律化——关于法制建设和道德建设协调发展的哲学思考》,《法商研究(中南政法学院学报)》1998年第2期。

⑬ Zamir E., Medina B., “Law, Morality and Economics: Integrating Moral Constraints with Economic Analysis of Law”, *California Law Review*, 2008, 96, pp. 323-379.

究了道德、法律与社会福利^①的关系,他认为道德范畴的应用条件是那些道德本身无须法律辅助就作用良好、运用法律不如道德效果好的事件^②,而法律范畴的适用条件是道德作用不良、需要法律强制的事件,还有部分范畴是需要道德和法律共同作用的^③。Shavell对道德和法律的分类所依据的主要是作用效果,而不是成本收益分析,而且道德有效就用道德、失效就用法律的说法,无异于同义反复。

早期的法经济学分析都着重于法律的效果^④。现在法经济学承认法律的产生是基于成本收益的考量,并服从供求规律。它认为法律的成本包括立法成本、司法成本、行政执法成本、守法成本和救济成本^⑤。波斯纳认可作为社会约束的道德和法律的效用,认可用成本收益分析来看待制度。他认为道德和法律作为社会约束是连续的,而不是像大多数学者认为的那样是两种截然不同的东西。他也提到了专业化分工对制度转化的影响^⑥。但波斯纳和大多数法经济学研究者都没有采用专业化分工的分析框架来看待道德与法律的分界和转化。

因为忽略制度变迁的成本,法学界对于道德与法律关系的论述有如下不足:第一,概念界定不清。包容、无涉和交叉三种学说,都只看到了道德和法律关系的局部,它们都没有明确地区分广义的道德和狭义道德。包容说所谓的道德,侧重于广义道德;而无涉说所谓的道德,则侧重于狭义道德。第二,虽然有些学者模糊地意识到道德与法律的分野有成本因素,但绝大多数文献都缺乏成本收益分析。第三,对道德与法律的转化认识不足。交叉说看到了道德与法律的区分和转化,但对转化机制语焉不详。

经济学界对道德与法律的研究虽然文献不多,但却触及了核心要素,即制度的成本。虽然有些学者已经留意到了道德与法律的分野是基于成本收益分析,但其研究仍有如下不足:一是他们眼里的制度效益只是一个笼统的概念,而不是基于个体福利的精确计算;二是其效益概念没有把外部效益包含在内,这显然无法道出法律产生的真谛;三是未论及道德与法律转化的动力机制。

个体选择和社会选择都是理性的,制度的产生是个体选择基础上形成的公共选择。其中暗含着另外三个假定:一是假定个体能够达成一致使得个体理性能够顺利形成集体理性,即社会选择是一个理性权衡的过程;二是社会福利是能够被感知和度量的^⑦;三是从长期来看制度的产生都具有正效益,也就是说,所形成的制度都是好制度。本文尝试利用成本收益分析以及分工理论,厘清道德和法律关系及其转化机制。首先,以个体理性为基础,论证道德与法律的分野是基于成本收益考量。其次,拓展了制度的效益范围,把外部效益纳入制度效益。第三,首次提出制度专业化趋势,并指出了这个趋势背后的动力机制是社会分工深化。

本文分为以下几个部分:第一部分论述基于理性的制度分类,即法律从道德中分离出来是基于成本收益的权衡;第二部分论述社会分工深化诱发制度分界的变迁;第三部分指出了制度演化的一个重要现象,即部分道德约束转化为法律约束的制度专业化趋势;最后是结语。

二、道德向法律的转化:基于制度专业化假说

诺斯将制度划分为正式约束和非正式约束两类,其中正式约束主要是政府和机构所制定的各类

① 涉及非物质的价值,本文采用“福利”而非“效用”。

② Shavell S., “Law versus Morality as Regulators of Conduct”, *American Law and Economics Review*, 2002, 4(2), pp. 227-257.

③ Shavell S., “Economic Analysis of Welfare Economics, Morality and the Law”, NBER Working Paper, 2003, No. 9700.

④ Kaplow L., Shavell S., “Economic Analysis of Law”, in Feldstein M., Auerbach A. J.(Eds.), *Handbook of Public Economics*, Amsterdam: Elsevier, 2002, pp. 1661-1784.

⑤ 冯玉军主编:《法经济学》,北京:中国人民大学出版社,2013年,第115—119页。

⑥ 波斯纳:《道德和法律理论的疑问》,第128—133页。

⑦ 很多人对主观感受和金钱价值之间的置换提出了质疑,此非本文论述的范围,但本文认可个体对此有明确的感知和确认。比如某人花钱去夜总会消费,他显然认为所获快乐的价值大于所耗金钱。

法律、规章和规制等,而非正式约束则主要是惯例、习俗、道德等^①。诺斯的制度定义非常类似于我们通常所谓的道德和法律范畴,正式约束的骨干是法律,而非正式约束的骨干则是道德。所以,粗线条地讲,社会制度大体分为道德和法律两类。社会何以把制度分为道德和法律两种不同的制度呢?解释这个问题正是这一部分的任务。

(一)法律从道德中演化出来

实际上,道德有广义的和狭义两种。作为广义的道德,就是人类所追求的“善”^②。我们常说某种做法符合道德,即指其符合人类对善的需求,这里的道德就是广义的道德。从这个意义上说,法律也是广义道德的一部分,因为法律也追求善的目标^③。“有些法律理论家认为道德原则是法律的一部分,并希望对法律争议直接运用道德理论。”^④如果一个法律判决与道德原则相背,法官定会对此感到相当困惑。

而狭义道德,就是通常我们所认为的跟法律相对应并一起构成社会约束的道德。我们有理由认为,很大一部分法律都是从广义的道德中分离出来的。只有法律从广义的道德中分离出来并日益显示出其重要性以后,才形成了法律和(狭义的)道德截然两分的格局。富勒就提出了“义务的道德”和“愿望的道德”两个概念,前者主要是指法律范畴,后者则指向道德范畴^⑤。本文此后所言道德,皆指狭义道德。

法律起源于广义的道德。而狭义道德,则跟法律一起构成了完整的制度约束。其构成可以参见图1:

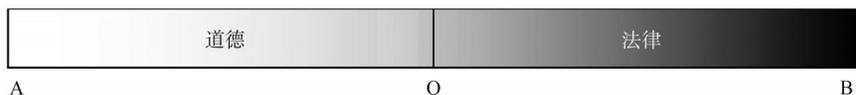


图1 道德与法律分界及演变图

(资料来源:作者自制。)

图1中由A到B颜色由浅入深,表示道德逐渐向法律演变。O是道德与法律的分界线,O左边颜色浅的表示道德,右边颜色深的表示法律。法律和道德还有相当部分的重叠^⑥,此处略而不论^⑦。所以,作为社会约束,道德和法律是一个连续的谱系,二者都是用来约束人类行为以符合社会规范和需要的制度。人类社会在漫长的发展过程中,逐渐将法律从道德之中分离出来,并设立专业化的机构来执行。

(二)道德和法律的个体成本收益权衡

道德和法律都具有降低交易成本的作用,而道德跟法律相比又没有执行成本或者成本相对较低,

① 参见韦森:《再评诺斯的制度变迁理论》,《经济学》(季刊),2009年第2期。

② “道德从本质上是善的……是对人的福利有利的。”参见 Shavell S., “Economic Analysis of Welfare Economics, Morality and the Law”, NBER Working Paper, 2003, No. 9700。

③ 富勒:《法律的道德性》,第13页。

④ 波斯纳:《道德和法律理论的疑问》,第106、109页。

⑤ 富勒:《法律的道德性》,第6页。

⑥ 波斯纳:《道德和法律理论的疑问》,第128页。

⑦ “在法律发展的初期——我们称之为前法律阶段或原始法阶段——宗教、法律和道德不分彼此地混杂在一种简单的社会控制中”,“我经常感到在履行司法职务的过程中,不可抗拒地被内在于案子的正义所吸引,并带着倾向——有时还有决心——将判决置于绝对公正之上。在执业过程中,我常常感到一种坚韧的自信:只要对案子的审理在道德上是正确和公正的,就一定会取得成功,即便会遇到很大的技术困难;而且结果通常能支持那种自信。”参见庞德:《法律与道德》,第37、52—53页。另见皮特·凯恩:《法律与道德中的责任》,第31—34页;约瑟夫·拉兹:《法律的权威:关于法律与道德论文集》,朱峰译,北京:法律出版社,2021年,第282—288页。

那么法律存在的经济学依据何在呢?答案是法律在增加社会成本的同时,也增加了个体违法的成本。

假定社会侵害是一个理性行为,即为了获益。侵害行为所获好处包括金钱 M 和精神愉悦 H ^①。假定侵害成功的概率为 v ^②。假定侵害行为所可能招致的成本有:肉体惩罚 P (比如监禁)、金钱损失 F (比如各类损害赔偿和罚款)、社会压力 D ^③和良心自责 B ^④。侵害行为被发现的概率为 u 。假定此处所有的收益和成本(无论是物质的还是精神的)都可以转化为可以统一度量的快乐值^⑤。

在道德约束领域,由于没有专业的执法机构以及相应的强制性的惩罚,所以在侵害行为可预期的成本中,肉体惩罚 P 和金钱损失 F 都不存在。社会压力 D 跟被发现的概率 u 密切相关,而良心自责 B 则跟被发现的概率关系不大。在道德领域,侵害行为成功的概率都比较高^⑥,所以概率 v 忽略不计。因此,在单纯由道德约束的领域,侵害行为的均衡点为:

$$Du + B = M + H \quad (1)$$

等号左边是成本,右边是收益。其中 $u \in (0, 1)$ 。

需要说明的是,这个方程式仅指一般情况。在道德领域的很多特定的侵害行为,都需要根据特定的情况来调整方程式。比如,一个可能会随地吐痰的行为人 A ,其收益中就不包括金钱 M ,只有随地吐痰所获得的便利 H 。而如果该行为者并不认为随地吐痰是一个非道德行为,他也不会为此产生良心自责,故其成本中也不会包含 B ,他是否会实施随地吐痰行为,仅仅取决于方程式 $Du = H$ 。假定行为人为 A 实施随地吐痰行为时处于大庭广众之中,则他被发现的概率 u 为1,他是否实施随地吐痰行为取决于他所取得的便利与众人谴责的眼光之间的权衡。如果他很在意众人的谴责,即当 $D > H$ 时,他不会随地吐痰,否则,如果 $D < H$,他就会随地吐痰。相反,如果行为人为 A 处于一个夜深人静的场合,则 $u = 0$,在良心自责 B 缺席的情况下,他为了便利而注定会随地吐痰。

而在道德与法律共同作用的领域,侵害行为的均衡点则为:

$$(P + F + D)u + B = (M + H)v \quad (2)$$

等号左边是成本,右边是收益。其中 $u \in (0, 1); v \in (0, 1)$ 。

当 $(P + F + D)u + B > (M + H)v$ 时,由于成本大于收益,则侵害行为不会发生,而当 $(P + F + D)u + B < (M + H)v$ 时,由于收益大于成本,则侵害行为必然发生。

① 社会侵害的获益多种多样,大致可以分为物质收益和精神收益。比如偷盗、抢劫、诈骗等都是为了获得物质上的收益,而偷窥、强奸、名誉损害等,则主要是为了获得精神上的愉悦,随地吐痰和乱扔垃圾则是贪图便利。实际上,很多收益都兼具物质和精神两方面,为了分析方便,我们简化为物质和精神两种收益。另外,所谓的精神方面的收益也包含复杂的成分,比如强奸所获收益,既有肉体上的快乐,也有精神上的愉悦。像仇杀、不涉及财务的名誉侵害等侵害行为,也归入精神收益。复仇、因嫉妒而败坏别人名声所获得的快感,是一种心理上的感觉。在市场经济环境中,财物都是可以定价的,物质收益都可以用金钱来衡量,所以物质收益在本文中简化为金钱。实际上在很多经济学家眼里,精神收益也可以定价,科斯定理就是基于这种假定。但本文还是把金钱收益和精神收益区分开来。

② 此处侵害行为的成功率不包括侵害行为事后被警察侦破的概率,仅仅是侵害行为发生时的成功率。不同的侵害行为,具有不同的成功概率。强奸有强奸未遂,偷盗和抢劫所获财物数额可能差别非常大,甚至可能空手而归,远低于侵害者的预期。事实上在侵害行为发生之前,侵害实施者都有个概率估算。比如入室盗窃和入室抢劫者几乎事先都要踩点,偷盗和抢劫者都会寻找那些看似有钱且反抗能力弱的人实施侵害。图财的绑架案所侵害的几乎都是有钱人。这都是为了增加侵害行为成功的概率。很显然,侵害者只有在预期侵害行为成功率很高时才会实施侵害。几乎没有抢劫案发生在警察身上,因为抢劫警察的成功率太低了。由此可见侵害者对侵害行为的成功率是有预期的。

③ 社会压力包含名誉上的损失。在熟人社会,社会压力是抑制侵害行为发生的主要机制。参见费孝通:《乡土中国》,上海:上海人民出版社,2013年,第6—88页。

④ 在有来世(afterlife)的宗教社会,个体的来世收益取决于现世的表现,侵害行为必然招致来世收益的减损。但此处忽略不计。

⑤ 很多人对于物质收益和精神收益之间的换算有质疑,有关回应参见黄有光:《福祉经济学——一个趋于更全面分析的尝试》,张清津译,大连:东北财经大学出版社,2005年。

⑥ 比如随地吐痰、撒谎等违反道德的行为,都是能够轻易实施的。

(2)式也需要根据具体的侵害行为而进行调整。比如一个强奸行为,其收益中就不包含金钱收益 M ,而只有 H 。强奸行为发生取决于 $(P+F+D)u+B=Hv$ 。而偷盗和抢劫行为,侵害者虽然可能会因获得的财物而产生精神快乐,但其实施侵害的主要目的是获取财物,其所获收益主要是财物。所以,偷盗、抢劫、诈骗等以非法获取财物为目的的侵害行为,其均衡点为 $(P+F+D)u+B=Mv$ 。

通过(1)式和(2)式比较可见,单纯由道德约束的领域相较于道德与法律共同约束的领域,侵害行为的成本中少了肉体惩罚 P 和金钱损失 F ,侵害成本要低很多。对侵害行为所增加的两项成本,即肉体惩罚 P 和金钱损失 F ,是法律产生的重要依据。如果社会压力 D 和良心自责 B 足以阻止行为人实施侵害,则无须法律充当社会约束;而当社会压力 D 和良心自责 B 低到无法约束行为人的侵害行为时,社会就需要出台法律来提高侵害的成本。

以性骚扰案为例,由于性骚扰行为没有金钱收入,所以性骚扰行为如果单纯由道德约束,则其发生的均衡点为: $Du+B=H$ 。由于性骚扰事件发生的隐蔽性,被发现的概率 u 往往会比较低。而且在超越熟人圈的现代社会,有大量需要跟陌生人打交道的场合,传统的社会压力效力减损了许多,所以 Du 的值会非常低,甚至会降到零。在此情况下,性骚扰发生的均衡点简化为 $B=H$ 。这就意味着,性骚扰侵害行为是否发生,完全取决于潜在侵害者的良知。可见在单纯由道德约束的情况下,性骚扰的成本会非常低。

但性骚扰事件转化为法律约束后,成本之中就增加了肉体惩罚和金钱惩罚,因为性骚扰严重者是要受刑罚处理并作精神赔偿的。在此情况下,性骚扰发生的均衡点就变为: $(P+F+D)u+B=H$ 。同时,现代技术的发展也提高了举证的便利。所以,新增加的成本肉体惩罚 P 和金钱惩罚 F ,以及被发现的概率 u 值的增高,大大提高了性骚扰侵害的成本,对潜在侵害者会产生威慑和阻吓作用。

其中侵害行为被发现的概率 u 非常重要。贝克尔认为,在违法的成本中,被发现的概率相对于惩罚力度要重要得多。在法律明示不得违法的情况下,仍有很多违法现象发生,就是违法者预计被发现概率会非常低^①。

其中的良心自责 B 也是一个颇具研究潜力的问题。人的良心来自于人类不能侵害同类的本能和社会教化两个方面。假定个体在本能方面不会因种族而产生差异,则社会教化成为良心自责的决定性因素。在一个教化良好的社会,良心自责足以强大到阻止绝大多数人实施侵害行为,这是法律正常运行的一个不可或缺的基础,这里也体现了广义道德的社会意义。如果广义的道德失效,即良心自责弱化到无法阻止绝大多数人实施侵害行为,则再严苛的法律也无法维持社会安全和稳定。

(三)道德和法律的社会成本收益权衡

既然个体违反法律的成本大大高于违反道德的成本,法律对侵害行为的阻吓作用也远大于道德,那么社会为何不把诸如随地吐痰之类的侵害行为用法律来制止反而诉诸道德呢?这是因为,在社会层面上,法律的制订和执行是有成本的,有时候这种成本会非常大^②,以至于用法律来约束一些微小的侵害行为是不经济的。

“法律的遵守不是理所当然的。一部分公共资源和私人资源通常用来防止犯罪和逮捕罪犯……法律的执行需要借助于一定规模的资源与惩罚。”^③例如,要确定一个不动产,就要涉及边界的划分,土地丈量、登记、注册、公示等一系列的活动,还有处理侵权行为的司法成本。中国的农村土地确权颁

① 一个有趣的案例是,很多酒驾者明知违法而故犯,大多数是出于不可能被发现的侥幸心理。

② 法律的成本大致包括立法成本、司法成本、执法成本、守法成本、救济成本等。参见冯玉军主编:《法经济学》,第115—119页。

③ 加里·S·贝克尔:《人类行为的经济分析》,王业宇、陈琪译,上海:上海三联书店出版社、上海人民出版社,1995年,第55—56页。

证,就产生了大量的成本。在很多地区,农村土地确权颁证的成本达到了15元/亩左右^①。而一套法律制度得以顺利运行,还需要有立法机关、公安局、法院、监狱等机构。其中很多程序费时、费力、费钱,如一项疑难案件,需要警察花费大量的人力、物力、财力才能够破案。2022年,中国公共安全方面的财政支出达到了14420.19亿元,占当年财政支出总额的5.53%^②。

社会之所以将制度划分为道德和法律两大类,是基于成本收益的考虑。当制度的效益大于制度创立和执行的成本时,建立一项制度就是有利的。因为把一项原本属于道德范畴的社会约束转变为法律是需要成本的,所以,只有当法律的效益大于制订和执行成本时,这些法律才有存在的意义。例如,几乎所有的社会都把凶杀、偷盗、抢劫等犯罪行为以法律的形式加以禁止,就是因为这些犯罪行为所造成的社会危害(社会成本),要远远高于制止这些行为会带来的成本。相反,各个社会都不会以法律的形式来禁止随地吐痰、乱扔烟头,就是因为上述行为所带来的社会危害相对比较小,而制止这些行为的代价却很大,不值得成立专门的机构来制止这些行为^③。

假定制定某项法律的成本为 C_g ,法律的年度执行成本为 C_h ;而该项法律的年度直接收益(亦即如果没有该法律而造成的直接损害)为 E_x ,年度间接收益(即法律的外部性)为 E_y 。假定成本与收益都可以用金钱来衡量,且假定该法律在不同年份的执行成本和收益都是相同的,则该项法律产生的均衡点为:

$$\frac{1}{n}C_g + C_h(q) = E_x + E_y \quad (3)$$

(3)式中的 n 为该项法律的有效年限。虽然法律的制订成本可能发生在一年或几年,但法律一旦成文就可以执行很多年,所以要把制订成本均摊到各年份。如果法律有效期足够长,即 n 的数值足够大,则(3)式中 $\frac{1}{n}C_g$ 的值会非常小,可以忽略不计。

(3)式中 E_x 是所避免的违法案件数量和直接受益人数量的函数; E_y 是所避免的违法案件数量和间接受益人数量的函数。此处假定可能发生的违法案件受害人与所避免的违法案件的受益人是相等的。有时候单个案件直接受害人的数量可能比较大,如“9·11”事件所直接伤害的人数就很多。但更多的时候,单个案件直接受害人的数量会比较小或等于1。例如,室外盗窃的对象大多数时候都是个人,入室盗窃的直接受害者是家庭成员。单个案件间接受害人的数量大多数情况下都远大于直接受害人,如一个入室盗窃案发生后,直接受害人是家庭成员,但案发后整个社区都会人心惶惶,所以间接受害人是整个社区的人。

一项法律的出台需要综合考虑和权衡成本结构和收益结构。正是基于成本和收益的考虑,社会约束被划分成了法律和道德。法律和道德之间的界限可能并没有想象得那样清晰,但这种划界却是很重要的^④。属于道德范畴的事件不能用法律手段来处理,反之亦然。例如,酗酒和婚外性行为是每个社会都不希望有的。但大多数社会也不会采用具有强制效力的法律来禁止酗酒和婚外性行为,一方面是这两种行为对社会的危害并不是太大,另一方面是如果采用法律手段,成本可能太高^⑤。

(四)法律是专业化制度

法律一旦从道德中分离出来,就有了与道德不同的特征和机理。首先,法律比道德的确定性更

① 作者就农村土地确权颁证等问题,2015年在山东境内的德州、滨州、济南、潍坊等地进行了调查。土地确权颁证的成本各地虽有所差异,但大致都在15元/亩左右。

② 数据来源于《中国统计年鉴2023》,北京:中国统计出版社,2023年。

③ 冯玉军:《法经济学》,第123—125页。

④ “如果义务的道德向上伸展出它的恰当领域,强制性义务的铁腕就可能抑制试验、灵感和自发性。如果愿望的道德侵入义务的领地,人们就会根据他们自己的标准来权衡和限定他们的义务。”参见富勒:《法律的道德性》,第34页。

⑤ 如果靠法律强制来根除酗酒和通奸,不仅面临着搜集证据的困难,而且由此带来的社会恐慌和伤害可能远远高于根除酗酒和通奸所带来的好处。参见边沁:《道德与立法原理导论》,第357页。

强,对于很多有关责任的问题,法律都有明确的答案。虽然有些侵害因为侵害手段微妙而捉摸不定,但总的来说,法律一般会有一套精细完整的程序来保证其确定性^①。法律往往都有相当精细的程序来保障其约束力,对于违法者有非常细致的惩罚标准。例如,对于盗窃行为,不同盗窃数额有着非常确定的差别化的处罚。根据《中华人民共和国刑法》第264条,盗窃数额1000元以上不满1500元的,仅处罚金;而盗窃公私财物价值满6万元,可判处有期徒刑十年。贝克尔认为,犯罪也是一种旨在获利的经济行为,很多法学家也持同样的观点^②。对于潜在的违法者来说,面对相关法律条文,计算违法成本会更容易。法律的效力,也许正是靠这种明确宣示的违法成本来吓阻潜在的违法者实施违法行为。相反,对于确实违反道德的责任则很容易存在争议。例如,对于旁观者是否有救助遇难者的义务,就言人人殊。道德对于违反者的惩罚程度也差异很大。例如,不同的人对待说谎行为的态度就会有很大不同,有的人可能非常厌恶,有的人可能就无所谓。需要说明的是,在法治尚未被完全接受之前,普遍存在着用私刑处置刑事案件的情况。孔飞力阐述了18世纪的中国南方对巫师的私刑处置情况,有的被扭送官府,有的则被打死^③,可见非法治的惩罚差距很大。即使在现代,虽然偷盗行为在大多数地区都已经被列入法律惩戒的范畴,但在某些地方仍然以非专业化手段来对待偷盗者,其惩罚方式和力度也与专业化的法律大相径庭^④。

其次,道德不像法律那样有专业的执法机构。违反道德规范可能导致制裁,但它们通常没有一个正式的道德执行机构来实施。而法律不仅有专业的执法机构来实施,而且执法机构还可以合法地使用暴力以维护法律的权威^⑤。执法人员都必须接受过专业训练并具有相应的专业技能。例如,警察、法官、律师,无不必须具备专业技能。相对于道德,专业化执法机构的执法能力更强,执法手段也更先进。比如电子定位设备,只有执法人员才能使用。专业化执法能够极大地提高违法行为被发现的概率 u ,从而提高违法行为的成本。

最后,法律和道德的执行机制是不一样的。法律靠强制和惩罚来维持其效力,而且有一套严格的执行程序,以维护形式上的正义;而道德则多靠奖赏来张扬其价值^⑥。违反法律者必定会受到惩罚,法院一旦判决,违法者就没有逃脱的余地。但道德领域的约束就无法靠强制性措施来维持。虽然道德和法律都具有降低交易成本的作用,但由于道德约束缺乏可预期的惩罚机制,所以对于任一理性个体来说,违反道德所付出的成本是比较低的。而一项制度由道德转化为法律后,由于拥有了惩罚机制,个体违反该法律的成本也随之提高。可见法律较之于道德,对搭便车和试图实施社会侵害的个体有更大的阻滞作用,这也是制度专业化的重要动因。

道德和法律之间的边界是一直在变化的。其变化的机制何在?这正是下文的任务。

三、分工深化诱发制度分界变迁

道德与法律的边界一直在变化之中。虽然偶尔也会有某些法律约束转化为道德约束的情况,例

① 庞德:《法律与道德》,第109页。

② 例如,贝卡利亚就认为,“只有犯罪与刑罚衔接紧凑,才能指望相联的刑罚概念使那些粗俗的头脑从诱惑他们的、有利可图的犯罪图景中立即猛醒过来”。参见贝卡利亚:《论犯罪与刑罚》,黄风译,北京:中国大百科全书出版社,1993年,第57页。

③ 孔飞力:《叫魂:1768年中国妖术大恐慌》,陈兼、刘昶译,上海:上海三联书店、北京:生活·读书·新知三联书店,2014年,第15—22页。

④ 在当今世界,仍然有些国家存在私刑。参见张文娟:《暴民私刑、自媒体与印度的国家应对》,《世界知识》2019年第20期;王逸:《巴基斯坦总理对滥用私刑“零容忍”》,《环球时报》2022年2月15日,第5版。

⑤ 皮特·凯恩:《法律与道德中的责任》,第19页。

⑥ 富勒:《法律的道德性》,第37页。

如,美国1933年废止禁酒令^①和2013年中国废止劳教法^②,但变化的基本趋势是部分道德约束转化为法律约束,各国法律数量都在增加就是明证。在图1中,就是中间的分界线会逐渐向左移动,导致道德和法律的范畴此消彼长。由于法律是一种专业化制度,我们将越来越多的道德约束转化为法律约束的现象,称之为制度的专业化。前面已经说过,道德转化为法律是一个基于成本收益权衡的理性行为,越来越多的道德约束转化为法律约束,或者是因为违法行为的危害性增加,或者是因为执法成本下降。违法行为危害的增加主要体现在犯罪率上升方面,导致犯罪率上升可能有收入差距的拉大^③、失业率上升^④、人口流动^⑤、城市人口增加^⑥等原因。而科技进步无疑提升了对犯罪行为的监控、预防和破案率。但失业、收入差距拉大、人口流动、城市化、科技进步等因素都不是第一动因,第一动因是社会分工和专业化。失业、收入差距拉大、人口流动、城市化、科技进步等因素,都是工业革命所推动的复杂的社会分工体系中所产生的现象,是社会分工的因变量^⑦。

理性个人总是具有“搭便车”激励。随着分工水平的提高和市场范围的扩大,个体搭便车的激励和违法动机也会增强。

一方面,产业分化会提高违法收益,刺激犯罪动机。产业分化会促进人口流动,推动城市化,二者都会增加违法收益,同时降低被发现的概率。刘生龙等已经证实了人口流动频率的提升会导致犯罪率升高^⑧。城市化也会导致犯罪率提高,城市财产的聚集会导致犯罪收益增加;而且城市人口数量众多,犯罪行为被发现的难度增大。犯罪收益的增加和被发现概率的降低显然会刺激犯罪率提升。

另一方面,分工深化往往会改变社会形态,促进社会转型。其中前现代向现代社会的转型就是一个典型的例子。无论是西方还是东亚各国,几乎都经历了或正在经历一个由前现代的相对封闭型社会向开放的、流动性更高的现代社会转型的过程。在这个过程中,现代政府逐渐建立并得到完善,法律逐渐超越道德和宗教,成为社会治理的主要手段^⑨。在社会转型过程中,往往会出现传统的社会约束失效,新的社会约束尚未建立的制度变动期。在这个时期,社会整体道德水平会出现滑坡现象,导致人们靠社会良心建立起来的自我约束能力被削弱。

在社会转型时期,与快速的产业分化相伴随的往往是犯罪率的快速上升^⑩。英国在1805—1842年间,犯罪数量增加了6倍,法国在19世纪中叶犯罪的年均增长率达到了30%^⑪。改革开放后,中国一改过去计划经济模式,开放市场,使得分工水平有了迅速的提高。分工水平提高的主要标志是产业分

① 王胜:《美国禁酒令入宪与废止的历史》,《法制与社会》2017年第6期。

② 刘小冰、许丽君:《论法律制度废止时的制度善后——以劳教制度被废止过程为分析对象》,《南京大学法律评论》2015年第1期。

③ 徐宏发:《收入差距、威慑效应与犯罪率研究——基于1991—2010年的实证分析》,《中国人民公安大学学报(社会科学版)》2014年第1期。

④ 章元、刘时菁、刘亮:《城乡收入差距、民工失业与中国犯罪率的上升》,《经济研究》2011年第2期。

⑤ 参见刘生龙、张君忆和高宇宁:《跨省移民与犯罪:来自中国的实证证据》,《学术研究》2018年第5期;宋践:《论社会分化与犯罪——兼评社会结构转型理论和二种犯罪成因说》,《江苏公安专科学校学报》2000年第6期。

⑥ 吕逸竹:《城市人口上升对犯罪率的影响》,《经济资料译丛》2016年第2期。

⑦ 杨小凯对此有详尽论述,他分析了因为分工而导致的货币、城市和企业的产生、劳动力流动、交易方式的变化以及组织和制度安排的变化等。Yang X., *Economics: New Classical Versus Neoclassical Frameworks*, Malden: Wiley-Blackwell, 2001; 杨小凯、黄有光:《专业化与经济组织——一种新兴古典微观经济学框架》,北京:经济科学出版社,1999年,第208—273页。

⑧ 刘生龙、张君忆和高宇宁:《跨省移民与犯罪:来自中国的实证证据》,《学术研究》2018年第5期。

⑨ 亨利·皮朗:《中世纪欧洲经济社会史》,乐文译,上海:上海人民出版社,1964年,第8—12页;托克维尔:《旧制度与大革命》,冯棠译,北京:商务印书馆,1992年,第64—65页。

⑩ 张玮:《平安建设与社会治安研究》,济南:山东人民出版社,2012年,第105页。

⑪ 秦立强:《社会稳定的安全阀:中国犯罪预警与社会治安评价》,北京:中国人民公安大学出版社,2004年,第6—9页。

化,但这一改变并未减少犯罪^①。这种变化在中国农村表现得特别明显,农村分工水平的提高,不仅改变了农村传统的村庄文化,而且导致了农村阶层迅速分化。与此同时,农村原有的社会约束弱化甚至失效,道德水平也急剧下降,农村的政治和经济秩序都出现了某种程度的混乱,违法案件呈上升趋势^②。

将中国改革以来产业分化状况与公安机关立案的刑事案件作一对比,就可以看出二者之间的关系。改革开放以来,中国的社会分工和产业分化主要体现在二、三产业的快速发展。随着二、三产业产值的逐渐提高,刑事民事案件总体都呈显著上升趋势。国内生产总值二、三产业之和从1980年的3228.1亿元增长到了2000年的85562.8亿元,2021年的1060584.2亿元,分别增长了25.5和327.5倍。虽然公安机关立案的刑事案件近年有所下降,但人民法院审理一审案件却一直呈增长态势,从1980年的76.35万件增长到2000年的535.63万件和2021年的1822.69万件,分别增长了6倍和22.9倍^③。虽然二、三产业增长的倍数和法院一审案件增长的倍数不对等,但二者都呈增长态势。这种情况在其他国家也曾经出现过。

可见经济发展并不能阻止或减少犯罪。甚至在很多经济增长较快的国家,犯罪也出现了快速增长的趋势。波斯纳还从另一个侧面指出了产业分化与搭便车增加之间的关系。他指出了旁观者越多而受害人得到救助的可能性就越小这样一种现象,并解释说这是因为旁观者提供救助的成本是一样的,但旁观者越多,则提供救助所获得的收益就会越少。这是社会交往范围的扩大会使搭便车行为增加的动机之一^④。

Henrich等人在实验中发现,在规模较小的社会或社区中人们更多地依靠声誉来约束自己的行为,因为大家都相互熟悉,不恰当的行为被发现的概率比较高。反之,在规模较大的社区或社会中,因为交往范围远远超出了熟人圈子,需要大量地和陌生人打交道,不恰当的行为——亦即搭便车和违法行为——被发现的概率大大降低,则需要依靠惩罚机制来维持社会秩序^⑤。贝克尔认为,惩罚的约束力取决于惩罚的力度和被发现的概率,其中被发现的概率所起的作用远远大于惩罚力度^⑥。很显然,基于最大化动机,被发现概率的降低会提高搭便车和违法的激励。

可见随着产业的分化和社会分工程度的加深,制度的边界也会不断变迁。把更多的原属于道德范畴的社会约束转化为法律成为一件有利的事,这一变动趋势可以被称为制度专业化。

四、制度专业化趋势

制度专业化与全社会的分工深化和专业化趋势是相伴而生的:分工深化推动了城市化和更多的人口流动,导致搭便车和违法犯罪的激励上升,使得用越来越多的专业化制度来约束个人行为对社会愈加有利。实际上,专业化的执法部门本身已经成为社会专业化的一部分,而且专业化执法的范围也越来越大,社会也因制度专业化而获得了好处。

专业分工与制度专业化的关系,可以从道德和法律在个体和社会两个层面上的权衡来说明。

第一,在个体层面上,随着产业分化,增加了社会交往的距离和频率,侵害行为被发现的概率降低,导致侵害行为的成本降低,收益增加。有必要通过提高制度专业化水平,通过专业化执法来提高 u 的数值。

① 陈成文:《论社会转型中的犯罪问题》,《求索》1996年第6期。

② 张清津:《转型期村庄的文化变迁——基于专业分工的分析》,《东岳论丛》2013年2期。

③ 数据来自《中国统计年鉴》。

④ 波斯纳:《道德和法律理论的疑问》,第34、38—41页。

⑤ Henrich J., Ensminger J., McElreath R., et al., "Markets, Religion, Community Size, and the Evolution of Fairness and Punishment", *Science*, 2010, 327(5972), pp. 1480-1484.

⑥ 加里·S.贝克尔:《人类行为的经济分析》,第63—66页。

第二,分工水平的提高和相应的市场范围的扩大,延长了信息链,扩大了事件的社会效应。在现代社会,大范围的分工促进了物质、商品、人力在更大范围内的频繁流动,而且推动了信息在全球范围内迅速流动和扩散。例如,发生于美国纽约的“9·11”事件超越纽约和美国,成为一个世界性事件,导致世界很多国家都追加了反恐投入。信息链的延长意味着受某个事件间接影响的人数越来越多,使越来越多的道德约束转化为法律对社会来说越来越划算。

第三,技术的进步也在很大程度上降低了执法的成本。交通的发展、侦查技术的进步以及全球范围内的信息化,都极大地提高了执法人员的执法能力。例如,电子眼、指纹比对和DNA比对技术极大地提高了警察的破案能力。信息化与相应的信息共享技术,也提高了犯罪的成本。网上追逃使得犯罪嫌疑人潜逃的成本越来越高。手机等电子设备的录音、录像功能,也减少了证据采集成本,类似性骚扰这样受困于举证难的侵害案件,降低了举证成本。甚至人脸识别技术也可以用来破案^①。高科技的应用降低了执法成本,从而起到了促进制度专业化的作用。

值得注意的是,技术进步不仅降低了法律的执行成本,而且还可以借以弥补道德约束力的不足。例如,便后是否冲水无疑是个道德问题,电子感应的自动冲水装置就解决了这个难题。

可见,随着社会分工深化,将更多的非正式约束转化为由专业化执法的正式约束,是一个必然趋势。其实从制度层面讲,从传统社会向现代社会的转变,就是将越来越多的非正式约束转化为正式约束的过程^②。在世界范围内,19世纪后半期是法律的成熟期,在这一时期,很多原属于道德范畴的社会约束都被纳入了法律的范畴^③。虽然 Greif 认为在前现代欧洲,在没有一个有效地执行合同法的机构的情况下,因为存在着一种非正式约束即“社会责任制度”(community responsibility system),商人们仍然能够有效地履行合同,从事超越个人关系的贸易^④。但在前现代的相对封闭的经济形态中,社会约束机制也以惯例、习俗等非正式约束为主^⑤。直到商业逐渐发达,市镇逐渐形成进而进入资本主义社会,现代社会才开始形成,社会约束机制也从非正式约束为主转化为以法律为主体的正式约束^⑥。在现代社会,显然需要更多的由专业执法机构执行的制度来约束个体行为。现代社会已离不开社会分工和交换,而市场交换行为则须臾离不开制度的约束^⑦。实际上,社会的道德法典就体现在人类合作行为中^⑧。

中国农村随着分工深化也出现了制度专业化现象。例如,在传统中国农村,很多民事纠纷都是由本地乡绅调解的,但随着法律意识的提升,越来越多的纠纷都通过诉讼来解决。110报警电话的设立,使得公权力介入农村的民事纠纷的成本降低^⑨。

制度专业化是全社会分工深化和专业化程度提高的一部分,社会也从制度专业化过程中获得了好处。

① 2014年9月10日,江苏省第一次应用人脸识别技术成功破案。参见《高科技破案:我国首例人脸识别破案》,http://china.findlaw.cn/fagui/p_1/380336.html,访问日期:2024年5月5日。

② “公众所关心的不仅是不要发生犯罪,而且还关心犯罪对社会造成的危害尽量少些。因而,犯罪对公共利益的危害越大,促使人们犯罪的力量越强,制止人们犯罪的手段就应该越强有力。”参见贝卡利亚:《论犯罪与刑罚》,第65页。

③ 庞德:《法律与道德》,第48页。

④ Greif A., “Institutions and Impersonal Exchange: From Communal to Individual Responsibility”, *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 2002, 158(1), pp. 168-204.

⑤ 道格拉斯·诺斯:《西方世界的兴起》,厉以平、蔡磊译,北京:华夏出版社,2009年,第15—17、39—49页。

⑥ 道格拉斯·诺斯:《西方世界的兴起》,第38—129页;道格拉斯·诺斯,《经济史中的结构与变迁》,陈郁、罗华平等译,上海:上海三联书店、上海人民出版社,1994年,第150页。

⑦ “资本主义的经济组织是由交换决定的。因此,这样一种社会的法律和政治制度中都必然渗透着源自于交换的观念。”参见富勒:《法律的道德性》,第31页。

⑧ 波斯纳:《道德和法律理论的疑问》,第42页。

⑨ 张清津:《农村分工深化与社会结构变迁》,《理论学刊》2014年12期。

一方面,制度专业化极大地提高了执法效率。让训练有素的专业人员来执法,无疑提高了执法效率,毕竟非专业人员执法可能会把事情弄糟^①。

另一方面,制度专业化增加了确定性,有利于降低交易成本。制度专业化所带来的确定性主要体现在惩罚的精确性上。道德领域的非正式约束,在被发现的概率和惩罚力度上有很大的不确定性。例如,对于婚外性行为,不同的案例中惩罚措施各不相同。相反,法律对各种违法行为的惩罚不仅是明确宣示的,而且在法律所及的范围内是同一的。在违法行为被发现的概率和惩罚力度两个方面,专业化执法都极大地提高了确定性。这种确定性的增加,使得潜在的违法者很容易预计到违法的成本。

在世界范围内,专业化制度与非专业化制度相比有更高的同一性。例如,对通奸的处理方法的差异可能远大于对强奸处理方法的差异,因为前者属于道德范畴,而后者属于法律范畴。专业化制度趋同的背后逻辑是,专业化制度是基于成本收益权衡而产生的,所以专业化制度的演化过程中也有降低成本的激励。亦即专业化制度的制订和执行是有效率考量的。这种制度效率的考量无疑会造成不同制度之间的比较和竞争,从而促使成本更低的制度在竞争中胜出,使好的制度在更大的范围内被模仿和传播。

历史上制度专业化的案例不胜枚举。例如,上文提到的性骚扰现象。隐私法案也是一个从道德约束转化为法律约束的案例。在经济日益虚拟化的时代,社会变化日新月异,如何把一些新生的事务(比如网络交易)由道德约束转化为法律约束,是一个值得研究的课题。

五、结语

制度具有理性特征,道德和法律是一个连续的谱系,二者的分野是基于成本收益分析形成的:由于法律的制订和执行需要成本,当法律产生的收益大于成本时,一项社会约束才可能从道德转化为法律。这种转变背后的力量是社会分工深化,分工越发达,搭便车和犯罪动机就越强,犯罪的社会危害就越大,从而使越来越多的社会约束从道德转化为法律成为一件有利可图的事,此现象即为制度专业化趋势。

此外,制度专业化会导致制度趋同:不同国家和民族之间法律的差异,远远小于道德的差异。制度专业化的成本收益权衡使得专业制度比较容易分出优劣,客观上促进了制度竞争和好制度的传播,从而促成了法律制度的趋同趋势。

需要说明的是,虽然本文假定制度分为道德和法律两部分,但实际上在一般情况下,道德和法律是共同起作用的。此外,如何在法律形成的过程中避免恶法的出现,也是一个值得进一步研究的问题。

The Change from Morality to Law and the Hypothesis of Institutional Specialization

Zhang Qingjin

(The Institute of Rural Development, Shandong Academy of Social Sciences,
Jinan 250002, P.R.China)

Abstract: The formal and informal institutions, as defined in New Institutional Economics, can be simply expressed as law and morality. In comparison with morality, the law has the following

^① 波斯纳:《道德和法律理论的疑问》,第145页。

features: first, it provides more certainty, as the same offenses typically have similar penalties and enforcement; second, it is performed by specialized institutions and officials, such as police, judges, and lawyers; third, it is enforced through penalties, while morality is enforced through both penalties and rewards.

According to criminal economics, individuals who violate the law or morality aim to benefit from their actions, with the cost being the potential penalties incurred. The penalties for violating the law include physical punishment (imprisonment), financial loss (financial compensation), social pressure, and conscientious self-blame. However, the penalties for violating morality only include social pressure and conscientious self-blame. It is evident that the cost of violating the law is much larger than that of violating morality.

The division of social constraints into law and morality is based on a cost-benefit analysis. It is profitable to create an institution only when its benefit is larger than the cost of creating and enforcing it, and vice versa. The reason for leaving some constraints in the scope of morality is that the enforcement of law incurs costs. Creating a law is significant only when its benefit is larger than the cost of legislation and legal enforcement. For example, the reason that murder and robbery are prohibited by law in almost every part of the world is that the harm of these crimes is so significant that the benefit of preventing them far outweighs the cost of the relevant law enforcement. Conversely, to prevent spitting through law is not profitable because the harm of spitting is minimal, and the cost of stopping it is significant.

The dividing line between law and morality is not fixed but changes with the deepening of the social division of labor. The general trend is that more and more moral constraints will be transformed into legal constraints as the social division of labor deepens. There are two motivations for this change: First, the deepening of labor division promotes population mobility and increases opportunities for contact between strangers, decreasing the effectiveness of traditional morality, which is more effective in communities. A good example is sexual harassment, which occurs less frequently in communities and more frequently in railway stations, airports, and malls, where there are many strangers. Second, the division of labor promotes technological progress, which decreases the cost of law enforcement. For instance, digital devices make it easy to record sexual harassment and decrease the cost of obtaining evidence. This paper refers to the phenomenon of moral constraints being transformed into legal constraints as institutional specialization.

Keywords: Rationality of institutions; Division and changes of morality and law; Institutional specialization; Convergence of institutions

[责任编辑:丁培卫 王玲强]