

BUTIR-BUTIR PEMIKIRAN DALAM SEJARAH INTELEKTUIL DAN PERKEMBANGAN AKADEMIK HUKUM DAN EKONOMI

Fajar Sugianto

Dosen Pengajar Fakultas Hukum
Universitas 17 Agustus 1945
Surabaya

Abstract

This writing is intended to convey the basic ideas of what has come to be known as Law and Economics, or also commonly called Economic Analysis of Law. The subject areas of concern are central ones for the origins of law and economics which have been contributed by “the Founding Fathers”, namely, David Hume, Adam Ferguson, Adam Smith, Jeremy Bentham, Ronald Coase, Henry Simons, Gordon Tullock, Richard Posner, and Steven Shavell. Because the main object is to present the fusion of horizons between law and economics, this writing had excluded formal economic analysis as well as detailed discussion of most legal area. Like many most accepted theories of jurisprudence, Law and Economics also look to reveal the crucial and definitive aspects of the foundation of law.

Keywords: Fusion of horizons, academic recognition, Law and Economics.

PENDAHULUAN

Di abad modern ini, para pakar Hukum dan Ekonomi mengidentifikasi asal-usul disiplin Hukum dan Ekonomi bermula dari artikel Ronald Coase tahun 1960 yang terkenal berjudul “*The Problem of Social Cost*”. Dari perspektif inti pembelajaran modern, acuan ini tidak salah, namun masih diperlukan penelusuran lebih jauh terhadap asal-usul Hukum dan Ekonomi melalui butir-butir pemikiran hukum yang dilahirkan para pemikir hukum. Terutama dari mereka yang pada saat itu memiliki urgensi berbeda untuk mengkaji hukum melalui perspektif lainnya, dalam hal ini ekonomi politik. Penelusuran ini berguna untuk menemukan orisinalitas keilmuan, sekaligus mendeteksi peradaban hukum dan ilmu hukum.

Perspektif lainnya melihat karya-karya monumental Jeremy Bentham yang juga diakui sebagai fondasi keilmuan Hukum dan Ekonomi, yaitu *A Fragment on Government (1776)* dan *Introduction to the Principles of Morals*

and Legislation (1789). Fondasi ini tidak instan muncul begitu saja namun juga dituai dari butir-butir pemikiran para pemikir hukum lain. Dengan menelusuri lebih jauh tentang sejarah intelektual Hukum dan Ekonomi, diharapkan dapat membuka jalan untuk pendekatan metodologis Hukum dan Ekonomi di abad modern ini yang banyak melahirkan pakar-pakar dalam memperkaya struktur keilmuan Hukum dan Ekonomi. Perspektif-perspektif ini memainkan peranan penting dalam perkembangan hukum modern dan ilmu ekonomi sebagaimana dihasilkan oleh para kontributor berikut ini.

PEMBAHASAN

Bibit Tuai Hukum dan Ekonomi

Pada bagian ini, diperkenalkan kembali tulisan David Hume (1739), Adam Ferguson (1767), dan Adam Smith (1776) yang merupakan bibit tuai Hukum dan Ekonomi. Selain menjadi penghubung sentral antara ekonomi dan hukum, dalam konteks yang lebih luas

tulisan-tulisan ini memunculkan sisi keilmuan ekonomi politik hukum.

1. David Hume

Dalam karyanya *A Treatise of Human Nature* (1739), Hume memulai studi penulisannya dengan apa yang sekarang kita kenal *Law and Economics* melalui pernyataannya: “*that ‘tis only from the selfishness and confin’d generosity of men, along with the scanty provision nature has made for his wants, that justice derives its origin*”.¹ Menurut Hume, keadilan (*justice*) harus tetap buta, tersedia untuk semua individu dalam masyarakat, terlepas dari manfaat atau kebutuhan pribadi mereka. Apakah seseorang itu murah hati atau kikir, ia diterima sama dan dengan baik oleh keadilan, dan tetap memperoleh fasilitas yang sama, keadilan tetap berpihak kepadanya bahkan untuk hal-hal yang tidak berguna baginya.²

Atas dasar pemikiran ini, Hume membangun kerangka hukum, yang dalam banyak hal, menjadi cermin pemikiran eksponen terkemuka Hukum dan Ekonomi modern seperti Richard Epstein. Kerangka ini berawal dari pemikiran dasar bahwa kepemilikan (*possession*) dapat menjadi stabil ketika tidak diterapkan melalui pengaturan khusus tertentu namun melalui pengaturan umum yang lebih meluas ke masyarakat dan harus fleksibel. Kepemilikan ini mutlak tidak bisa ditawar ketika menyangkut hal-hal seperti rumah tinggal, pekerjaan, pengobatan, akses dan suksesi terhadap warisan.

Untuk mendukung stabilitas kepemilikan ini, Hume menegaskan akan pentingnya prinsip *voluntary alienation*. Sebab untuk memiliki, masyarakat harus mulai terbiasa dengan pengasingan dan pemindahan hak milik kepada orang lainnya. Ditambahkan: “*As these depend very much on chance, they must frequently prove contradictory both to men’s wants and desires; and persons and possessions must often be very ill adjusted*”.³ Untuk

¹Hume, D., *A Treatise of Human Nature*, P.H. Nidditch (ed.), Oxford, Oxford University Press, U.S.A., 1739, hlm. 435.

²*Ibid*, hlm. 502.

³*Ibid*, hlm. 514.

melakukan ini semua, Hume menyuarakan adanya pertukaran timbal balik (*mutual exchange*) dan perdagangan melalui kesepakatan yang telah diatur oleh hukum. Tidak kalah pentingnya bagi hukum untuk menjaga pertukaran yang tidak dapat dicapai melalui kesepakatan.

Hume juga menyadari akan pentingnya hukum kontrak untuk pelaksanaan janji, dengan alasan bahwa “*a promise would not be intelligible, before human conventions had established it; and that even if it were intelligible, it would not be attended with any moral obligation*”.⁴ Pertukaran semacam ini ditujukan untuk perbaikan ekonomi masyarakat, sehingga Hume memperhatikan masalah pertukaran ekonomi ini akibat dari kurangnya simultanitas pertukaran dan kekosongan hukum kontrak. Ia mengilustrasikan: “*your corn is ripe today; mine will be so tomorrow. ‘tis profitable to for us both that I shou’d labour with you today, and that you shou’d aid me tomorrow. I have no kindness for you, and know you have as little for me ... Here than I leave you to labour alone: You treat me in the same manner. The seasons change; and both of us lose our harvests for want of mutual confidence and security*”.⁵

Tulisan Hume menetapkan tiga dasar hukum alam setelah perdamaian dan keamanan rakyat, yaitu stabilitas kepemilikan yang pertukarannya dengan kesepakatan dan mekanisme pertukaran janji, harta benda, dan kontrak.

2. Adam Ferguson

Melalui tulisan *An Essay on the History of Civil Society* (1767), Ferguson memfokuskan perhatian pada hukum sebagai elemen fundamental dalam mengamankan dan pemeliharaan kebebasan sipil. “*Where men enjoy peace, they owe it either to their mutual regards and affections, or to the restraints of law. Those are happiest stated which procure peace to their members by the first of these*

⁴*Ibid*, hlm. 516.

⁵*Ibid*, hlm. 521.

methods: but it is sufficiently uncommon to procure it even by the second".⁶

Ia menilai bahwa hukum merupakan perjanjian yang telah disepakati oleh anggota komunitas yang sama sebagai pengaturan demi mendapatkan dan menikmati hak-hak mereka, sekaligus untuk menjaga ketenangan masyarakat. Oleh karena "*the desire of lucre is the great motive to injuries*", hukum memiliki referensi utama terhadap pengaturan harta benda dengan menentukan metode-metode cara perolehan melalui penentuan, penyampaian, dan turutan. Ia menegaskan bahwa peraturan hukum juga penting untuk membuat ketentuan yang diperlukan dalam hal jaminan keamanan perolehan harta benda.

Hak seseorang akan harta benda merupakan dasar bagi kebebasan yang sifatnya dibutuhkan: "*Where the citizen is supposed to have rights of property and station, and is protected in the exercise of them, he is said to be free; and the very restraints by which he is hindered from the commission of crimes, are a part of his liberty*". Ia kemudian menekankan akan pentingnya peraturan hukum: "*The first has left the foundation, and great part of superstructure of its civil code, to the continent of Europe: the other, in its island, has carried the authority and government of law to a point of perfection, which they never before attained in the history of mankind*".⁷

Ferguson merangsang efisiensi ekonomi dengan memberikomentar terhadap kesamaan antara aturan hukum yang diberlakukan semasa Kekaisaran Romawi dan peraturan hukum dalam *common law* Inggris: "*Under such favorable establishments, known customs, the practice and decisions of courts, as well as positive statutes, acquire the authority of laws; and every proceeding is conducted by some fixed and determinate rule*".⁸

Dari ulasan singkat di atas, dapat diketahui bahwa butir-butir pemikiran yang dilahirkan

oleh para penemu Hukum dan Ekonomi secara konsisten berpegang teguh pada prinsip-prinsip dasar hukum. Semangat mereka dalam usaha memperkenalkan efisiensi ekonomi dalam hukum dapat dilihat dari kesediaannya untuk merasionalisasi pemikiran mereka berdampingan dengan pengaturan hukum yang telah lama ditetapkan.

3. Adam Smith

The Wealth of Nations (1776) merupakan *magnum opus* Adam Smith. Ia menyadari akan pentingnya kedudukan hukum harta benda dalam menentukan sistem hukum yang berkeadilan: "*Among nations of hunters, as there us scarce any property, or at least none that exceeds the value of two or three days labour; so there is seldom any established magistrate or any regular administration of justice. Men who have no property can injure one another only in their persons or reputations. But when one man kills, wounds, beats, or defames another, though he to whom the injury is done suffers, he who does it receives no benefit*".⁹

Perhatian lain Smith ditujukan kepada kerugian terhadap harta benda: "*The benefit of the person who does the injury is often equal to the loss of him who suffers it*". Dalam keadaan seperti itu, manusia secara kolektif tidak dapat hidup harmonis tanpa adanya pengatur: "*It is only under the shelter of the civil magistrate that the owner of that valuable property, which is acquired by the labour of many years, or perhaps of many successive generations, can sleep a single night in security*". Untuk mendukung alasan ini, Smith sangat menyarakan adanya *Civil Government*, "*so far as it is instituted for the security of property, is in reality instituted for the defence of the rich against the poor, or those who gave some property against those who have none at all*".¹⁰

Ia menunjukkan bahwa sistem peradilan dapat memaksimalkan laba keuntungan. Smith mencatat: "*The judicial authority of such a*

⁶Ferguson, A., *An Essay on the History of Civil Society*, L. Schneider (ed.), New Brunswick: Transaction Publishers, U.S.A., 1980, hlm. 155.

⁷*Ibid*, hlm. 166.

⁸*Ibid*.

⁹ Smith, A., *The Wealth of Nations*, Cannan (ed.), London: Methuen, 1961, hlm. 231.

¹⁰*Ibid*, hlm. 236

sovereign, however, far from being a cause of expense, was for long time a source of revenue to him. The persons who applied to the sovereign for justice were always willing to pay for it". Bagi orang-orang yang dinyatakan bersalah, diharuskan untuk menebus kesalahannya kepada Raja sebagai balasan karena telah mengganggu ketenangan Kerajaan. Adanya administrasi peradilan mampu menghasilkan pendapatan kepada kedaulatan Kerajaan yang melindungi rakyatnya. Prinsip-prinsip keuntungan hukum seperti ini yang diperkenalkan oleh Smith khususnya melalui administrasi peradilan¹¹.

Smith juga menegaskan akan pentingnya keamanan administrasi yang terbuka untuk memaksimalkan keuntungan yang mampu dihasilkan sistem peradilan, sekaligus menghindari penyalahgunaan wewenang. Ia menambahkan: *"Those who offered large presents would obtain something more than justice, while those who offered small presents would obtain less than justice. The amercement of the guilty was also an incentive to find the defendant in the wrong regardless of the merits of the case"*.¹²

Ia juga dengan tegas mengungkap potensi tindakan koruptif terhadap pemegang kekuasaan kedaulatan ketika kekuasaan disalahgunakan. Penguasa tidak dapat dihukum untuk menebus penyalahgunaan ini, sehingga Smith menyebut para pemegang kedaulatan itu *above the law*: *"In all barbarous governments, accordingly, in all those ancient governments of Europe in particular, which were founded upon the ruins of the Roman Empire, the administration of justice appears for a long time to have been extremely corrupt"*.¹³

Titik balik administrasi peradilan terjadi pada saat supremasi kedaulatan tidak berimbang dengan pengorbanan seseorang untuk memenuhi biaya keadilan. Ketika pembiayaan supremasi keadilan dipungut melalui pajak, masyarakat akan bersikeras meminta imbalan berupa pelarangan keras terhadap tindakan

koruptif kepada setiap orang yang menjalankan administrasi peradilan. Gaji tetap yang sudah diterima mereka, terutama para Hakim, harus diformulasikan sebagai pengganti *"private emoluments"*. Ketika hal-hal ini diterima dan dimengerti, maka keadilan diberikan secara *gratis*.

Smith dengan kritis memberikan catatan: *"Justice, however, never was in reality administered gratis in any country. Lawyers and attorneys, at least, must always be paid by the parties; and if they were not, they would perform their duty still worse than they actually perform it"*. Biaya-biaya Pengadilan menurut penilaian Smith, adalah metode yang efektif untuk membiayai kebutuhan gedung Pengadilan, bahkan dapat dialokasikan kepada para Hakim, mengingat pendapatannya yang relatif rendah. Biaya seperti ini dikatakan efektif karena sebagai sumber utama dari berbagai Pengadilan di Inggris yang menekan komersialisasi Pengadilan: *"it came in many cases, to depend altogether upon the parties before what court they would chuse to have their cause tried; and each court endeavoured, by superior dispatch and impartiality, to draw to itself as many causes as it could"*.¹⁴

Smith dalam banyak hal, menjadi motor utama dalam gerakan Hukum dan Ekonomi dalam memberikan pemahaman terhadap faktor-faktor efisiensi dalam administrasi peradilan. Misalnya, dalam Hukum dan Ekonomi normatif yang masih cenderung fokus kepada komparatif pendekatan statistik tentang kesejahteraan Pareto, Smith mengesampingkan isu-isu normatif tersebut dengan tetap fokus kepada proses sentral efisiensi.

Magnum Opus Dari Jeremy Bentham

Sebagai murid Descartes, Bentham mengawali argumennya dalam *The Fragment on Government* (1776): *"The age we live in is a busy age; in which knowledge is rapidly advancing towards perfection"*. Inti temuan prinsip Bentham dikenal melalui aksioma: *"it is the greatest happiness of the greatest number that is the measure of right and*

¹¹*Ibid.*

¹²*Ibid.*, hlm. 238.

¹³*Ibid.*

¹⁴*Ibid.*, hlm. 239-242.

wrong”.¹⁵ Prinsip “*the greatest happiness principle*” atau “*the principle of utility*” yang disimpulkan oleh para pakar hukum melalui berbagai cara ini senyatanya tidak pernah diklaim oleh Bentham sebagai penemuan aslinya. Kontribusi aslinya adalah untuk memperkenalkan prinsip-prinsip aksiomatismelalui media legislasi.¹⁶

Dalam *Introduction to the Principles of Morals and Legislations (1789)*, Bentham berpendapat bahwa teori dan praktek politik dan hukum yang baik dapat direkonstruksi dari prinsip pertama, yaitu untuk menyebarkan kebahagiaan melalui kepanjangan tangan hukum. Penciptaan hukum yang tepat akan membawa kepada kebahagiaan dengan cara penalaran dari prinsip pertama tadi daripada mengadopsi setumpuk otoritas kuno yang tidak berharga lagi.

Ide sentral pemikiran Bentham adalah untuk menciptakan hukum yang mengarahkan perilaku manusia sehingga membawa kebahagiaan terbesar. Ia tidak percaya pada unsur “*invisible hand*” hukum. Kebahagiaan terbesar akan dicapai jika hukum mampu mengakomodir kepentingan pribadi manusia yang melekat pada setiap manusia. Oleh karena itu ia menegaskan akan pentingnya *punishment and rewards* kepada legislator untuk membujuk sekaligus mengarahkan manusia untuk tertarik kepada perintah hukum. Bentham juga menggaris bawahi tentang dampak dari berbagai Peraturan perundang-undangan dalam mengukur tingkat kebahagiaan manusia¹⁷.

Dalam perkembangan ilmu ekonomi modern, teori Bentham tentang utilitas itu dapat terukur dalam skala cardinal dan dapat diper-

bandingan antar individu. Teori ini juga berevolusi, terutama dalam bidang Hukum dan Ekonomi modern yang dimotori kembali oleh Richard A. Posner, yang ikut merehabilitasi aksioma Bentham, meskipun dalam bentuk yang lebih dimodifikasi dan disejajarkan sebagai prinsip normatif yang dapat disandingkan dengan analisis hukum. Cara kerja keilmuan semacam ini sekarang dikenal dengan sebutan *economic analysis of law*.

Kontribusi Ronald H. Coase

Dalam esai yang terkenal, “*The Nature of The Firm*” (1937), Coase mencermati mengapa perusahaan berinteraksi dalam pertukaran ekonomi dan mengapa perusahaan-perusahaan yang muncul tersebut ukurannya bervariasi. Perjuangannya untuk mendapatkan jawaban membawa Coase mengupas biaya transaksi.

Ia berargumentasi bahwa jika struktur kepemimpinan, seperti pada perusahaan, dikatakan berhasil apabila ia mampu bertahan dari gejolak harga dengan cara pengalokasian sumber daya. Pengalokasian ini harus terjadi, karena biaya struktur kepemimpinan dalam usaha harus lebih kecil dari biaya-biaya mekanisme gejolak harga. Ia juga membentuk analisis tajam terhadap implikasi biaya transaksi yang menentukan ukuran perusahaan, serta perubahan ukuran, dan relevansi biaya transaksi dalam menentukan produk marginal. Perusahaan yang pada awalnya terbentuk dalam ukuran besar akan mengecil apabila biaya transaksinya besar. Sebaliknya, perusahaan yang kecil akan menjadi besar jika mampu mengecilkan semaksimal mungkin biaya transaksinya.

Coase mengemukakan bahwa perusahaan-perusahaan dari semua bentuk dan ukuran bergabung dalam ekonomi pasar bebas. Karena itu ia menyimpulkan bahwa tingginya biaya transaksi adalah lazim dalam interaksi ekonomi pasar, tinggal bagaimana mereka mengefisiensikannya.

Pada Tahun 1960, Coase meluncurkan esai terkenal lainnya “*The Problem of Social Cost*” yang berkaitan dengan perilaku perusahaan komersial yang berdampak buruk pada orang lain. Inti lain dari esai ini adalah sanggahan terhadap pemikiran Pigou tentang kesejahteraan-

¹⁵ Bentham, J., *A Fragment on Government*, in Burns, J.H. and Hart, H.L.A. (eds), Cambridge: Cambridge University Press, London, 1988, hlm. 3.

¹⁶ Harrison, R., *Introduction to J. Bentham*, in *A Fragment on Government*, 1988 edition, vi-xxiii, Cambridge: Cambridge University Press, London, 1988, hlm. 3.

¹⁷ Bentham, J., *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, General Historical Collection, British Library, London, 1823, ed. 2005, hlm. 121-133, 218-224.

an ekonomi sebagaimana dituangkan dalam *The Economics of Welfare* (Pigou, 1920).

*“The traditional approach has tended to obscure the nature of the choice that has been made. The question is commonly thought of as one in which A inflicts harms on B and what has to be decided is: how should we restrain A? but this is wrong. We are dealing with a problem of a reciprocal nature. To avoid the harm to B would inflict harm on A. the real question that has to be decided is: should A be allowed to harm B or should B be allowed to harm A? the problem is to avoid more serious harm”.*¹⁸

Ia menambahkan bahwa sistem harga di pasar ekonomi akan bekerja lancar jika tanpa biaya. Pendapat ini ia ilustrasikan melalui ternak yang tersesat merusak ladang orang lain untuk menunjukkan optimalisasi nilai produksi. Untuk itu ia akui bahwa perlu untuk mengetahui pihak mana yang bertanggung-jawab, apakah kewajiban jatuh pada petani atau peternak, *“... since without the establishment of this initial delimitation of rights there can be no market transactions to transfer and recombine them”*. Ia mengembangkan argumentasinya dengan melihat kepada sejumlah kasus penting *common law* di Inggris dan di Amerika.

Coase memperluas analisisnya dalam pengambilan keputusan. Berangkat dari sudut pandang memaksimalkan nilai produksi, dengan asumsi biaya transaksi adalah nol, maka keputusan untuk menghadapi Pengadilan dalam memutuskan tugas dan kewajiban tidak akan memengaruhi hasil akhir: *“It is always possible to modify by transactions on the market the initial delimitation of rights. And, of course, if such market transactions are costless, such rearrangement of right will always take place if it would lead to an increase in the value of production”*.¹⁹

Pada bagian IV easinya, Coase secara eksplisit menolak asumsi tidak realistis tentang tidak adanya biaya dalam interaksi

transaksi pasar. *“These operations are often extremely costly, sufficiently costly at any rate to prevent many transactions that would be carried out in a world in which the pricing system worked without cost”*.²⁰

Dalam keadaan seperti itu, Coase dengan jelas menegaskan bahwa putusan Pengadilan, misalnya dalam memberikan perintah atau memaksakan kewajiban membayar ganti rugi dapat mengakibatkan hasil yang memandulkan nilai produksi. Proses internalisasi faktor-faktor eksternal walaupun berpotensi untuk meningkatkan nilai produksi dibandingkan dengan hasil pasar, Coase berpendapat tidak selalu demikian caranya. Bahkan Peraturan perundang-undangan dapat dibenarkan pengaturannya dengan alasan efisiensi, dengan alasan untuk menghindari kegagalan pasar.

“The kind of situation which economists are prone to consider as requiring corrective Government action is, in fact, of the result of Government action. Such action is not necessarily unwise. But there is a real danger that extensive Government intervention in the economic system may lead to the protection of those responsible for harmful effects being carried too far”.²¹

Esai ini memberikan tiga kejelasan. Pertama, Coase tertarik untuk mendudukan hukum secara eksklusif dan melihat dampaknya kepada sistem ekonommi, dan tidak sebaliknya. Tulisan-tulisannya tidak membahas masalah bagaimana Peraturan hukum dapat dirumuskan untuk tujuan memaksimalkan nilai produksi, meskipun ia memunculkan efisiensi *common law* bahwa hakim sebagai corong Undang-Undang: *“judges appeared to show a better understanding of the economic problem than did many economists”*.²²

Kedua, argumen Coase tentang timbal balik tidak hanya melemahkan analisis ekonomi Pigou, tetapi juga meragukan cara *common*

¹⁸Coase, R.H., *The Problem of Social Cost*, Journal of Law and Economics 3, Chicago: The University of Chicago Press, U.S.A., 1960, hlm 2.

¹⁹*Ibid*, hlm. 15.

²⁰*Ibid*.

²¹*Ibid*, hlm. 28.

²²Coase, R.H., *Law and Economics at Chicago*, Journal of Law and Economics 36 (1) Pt 2, 239-54, Chicago: The University of Chicago Press, U.S.A., 1993, hlm. 251.

law tentang hukum kausalitas sebagai acuan pembagian tanggung jawab. Ia menempatkan biaya transaksi sebagai beban penyesuaian kepada “*the least cost avoider*” dalam menentukan kewajiban, bukan serta merta selalu mengacu kepada kausalitas.

Ketiga, cara pandang Coase lebih bersifat positif. Cukup ironis ketika Coase menjadi terkenal sebagai pencetus biaya transaksi nol ditolak Stigler (1966) yang membantah bahwa *The Coase Theorem* tidak realistis: “*under perfect competition private and social cost will be equal*”. Williamson (1993) menambahkan bahwa penekanan yang berlebihan terhadap biaya transaksi ini membuat para sarjana Hukum dan Ekonomi menjadi lupa pada hakikat hukum normatif dan dampak peraturan hukum terhadap kinerja ekonomi.

Pada Tahun 1991, penghargaan *The Nobel Prize* dalam ilmu ekonomi diberikan kepada Coase yang tidak hanya sebagai contributor terhadap sains, tetapi juga mengukuhkan pengakuan disiplin ilmu baru yang memperluas domain ilmu hukum dan ilmu ekonomi.

Para Utilitaris Abad Modern

1. Henry Simons

Esai Simons “*A Positive Program for Laissez Faire*” (1934) walaupun diakui oleh para pakar Hukum dan Ekonomi sebagai salah satu karya akademik modern Hukum dan Ekonomi, tulisannya lebih ke arah filsafat politik daripada ekonomi. Karya ini lebih mendekati ke wujud penyaluran para intervensionis, misalnya dalam menegaskan bahwa: “*the state should face the necessity of actually taking over, owning, and managing directly, both the railroads and the utilities, and all other industries in which it is impossible to maintain effectively competitive conditions*.”²³ Terhadap industri lain, Simons berpendapat: “*there still remains a real alternative to socialization, namely the establishment and*

²³Simons, H., *A Positive Program for Laissez-faire: Some Proposals for Liberal Economic Policy*, H.D. Gideonse (ed.), 1948, Chicago: Chicago University Press, U.S.A., 1934, hlm. 11-12.

preservation of competition as the regulative agency”.²⁴ Untuk mencapai tujuan ini: “*the US antitrust laws should be deployed The Federal Trade Commission must become perhaps the most powerful of our governmental agencies*”.²⁵

Terlepas apakah The Federal Trade Commission melakukan hal-hal yang ia sarankan, Simons tetap memberikan pendapat empirik untuk menyelidiki kemungkinan dampak dari reformasi ekonomi terhadap efisiensi ekonomi melalui peraturan hukum.

2. Gordon Tullock

Kontribusi pertama Tullock kepada Hukum dan Ekonomi diberikan melalui buku pertamanya, *The Logic of the Law* (1971) yang menurut catatan akademik merupakan buku pertama tentang Hukum dan Ekonomi. Ia secara eksplisit berangkat dari kegagalan ajaran Bentham terhadap kegagalan sistem hukum di Inggris dengan mengklaim bahwa “*Since we now have a vast collection of tools that was not available to Bentham, it is possible for us to improve on his work. Hopefully this discussion, together with empirical research, will lead to significant reforms*”.²⁶

Perangkat (*tools*) yang menjadi perhatian Tullock adalah ajaran tentang kesejahteraan ekonomi baru, yang pada intinya merupakan ajaran prinsip Pareto didukung dengan prinsip kompensasi potensi oleh Kaldor-Hicks. Dengan tetap fokus kepada kerangka pemikiran yang tidak jauh berbeda dalam *The Calculus of Consent* (Buchanan dan Tullock: 1962), ini kali ia mengemukakan bahwa beberapa usaha reformasi akan ditolak *ex post* oleh mereka-mereka yang mendapatkan keuntungan dari keadaan *status quo*.

Sedasar dengan pemikiran ini, Tullock memperkenalkan prinsip-prinsip dasar hukum dan menunjukkan apa yang akan terjadi ketika meninggalkan hakikat dasar hukum pidana

²⁴*Ibid*, hlm. 12.

²⁵*Ibid*, hlm. 19.

²⁶Tullock, G., *The Logic of the Law*, Basic Books, New York, U.S.A., 1971, hlm.xiv.

dan perdata sebagai pembetulan terhadap inti-inti ajaran moral Bentham. Dalam sebuah diskusi yang lebih luas, ia juga mengupas tentang konsep dan penerapan efisiensi ekonomi Pareto dengan sistem *common law* di Amerika Serikat terhadap penegakkan hukum, pelaksanaan hukum kontrak, tindak pidana perampokan dan pembunuhan, dan efektivitas penjatuhan hukuman bagi *repeat offenders*.

3. Richard A. Posner

Posner menjadi motor penggerak Hukum dan Ekonomi sejak buku *Economic Analysis of Law* yang kali pertama dipublikasikan pada tahun 1973. Tidak jauh berbeda dengan para pakar Hukum dan Ekonomi lainnya, ia mengembangkan ajaran-ajaran pasca-Coasian dan ilmu ekonomi. Salah satu hal yang menarik di dalam karya-karyanya, Posner tidak pernah lepas untuk mengembangkan analisisnya secara normatif dan empiris. Bobot pengkajian hukum di dalam *Economic Analysis of Law* nya lebih menonjol dibandingkan dengan analisis predeterminasi ekonomi. Selain memang pada hakikatnya *Economic Analysis of Law* merupakan analisis hukum yang menggunakan bantuan ilmu ekonomi dalam memperluas dimensi hukum, Posner tidak pernah secara formal mendapatkan pendidikan di ilmu ekonomi. Sejak 1983, ia menjabat sebagai dosen senior di University of Chicago Law School dan sebagai hakim di US Court of Appeals, Seventh Circuit.

Dalam hal keterkaitan sisi keilmuan antara ilmu hukum dan ilmu ekonomi, Posner memaparkan bahwa pada dasarnya ilmu ekonomi merupakan ilmu pengetahuan tentang pilihan rasional di tengah-tengah keterbatasan sumber daya yang diinginkan manusia. Tugas ilmu ekonomi untuk menggali implikasi-implikasi terhadap dasar pemikiran bahwa manusia sebagai makhluk rasional selalu menginginkan perbaikan dikehidupannya, tujuan dan kepuasannya di dalam perbaikannya tersebut dapat dikatakan kepentingan pribadi. Keberadaan hukum di tengah-tengah kehidupan ini, pada dasarnya sebagai perangkat peraturan atau sanksi-sanksi yang bertujuan untuk mengatur perilaku-perilaku manusia yang pada hakikatnya berkeinginan untuk peningkatan kepu-

asannya, sebagaimana hal ini menjadi bagian dari ekonomi. Hukum karena itu, dibuat dan digunakan untuk tujuan meningkatkan kepentingan umum seluas-luasnya.

*“... economics is the science of rational choice in a world-our world-in which resources are limited in relation to human wants. The task of economics is to explore the implications of assuming that man is a rational maximizer of his ends in life, his satisfactions-what we shall call his “self interest. Law is basically a set of rules and sanctions which are attended for the regulation of the behaviour of persons whose primary instinct is to maximize the extent of their satisfactions, as measured in economic terms. Law is, therefore, created and applied primarily for the purpose of maximizing overall social utility”.*²⁷

Posner menarik kesimpulan bahwa *Economic Analysis of Law* merupakan pendekatan yang didasari oleh rasionalitas manusia sebagai makhluk hidup yang secara alamiah mencari kepuasan di dalam kegiatan mereka, di sini melibatkan pilihan. Bahwa oleh karena itu, kegiatan-kegiatan yang dapat memuaskan mereka sehingga mendapatkan keuntungan, baik bersifat moneter dan atau non-moneter ini dikatakan rasional.

Posner dengan tegas tidak sependapat dengan pemikiran normatif Bentham: *“Bentham’s major weakness as a thinker were the sponginess of the utility principle as a guide to policy, his lack of interest in positive or empirical analysis, and his excessive, if characteristically modern belief in the plasticity of human nature and social institutions”.*²⁸ Untuk mendukung alasannya ini, ia mencari prinsip alternatif yang menurutnya *‘that supports Blackstonian rights and other stabilizing features of social structure’*.²⁹

²⁷Posner, R.A., *Economic Analysis of Law*, 7th ed., Aspen Publishers, New York, U.S.A., hlm. 3, 249-256.

²⁸Posner, R.A., *The Economics of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, Massachusetts, U.S.A., hlm. 42.

²⁹*Ibid*, hlm. 47.

Posner menanggapi kerangka pemikiran utilitarianisme ini dengan konsepnya sendiri. Berawal mula dari pengertian dasar bahwa pada dasarnya manusia sebagai makhluk hidup adalah *homo economicus*, artinya dalam mengambil tindakan untuk pemenuhan kebutuhan ekonomisnya, mereka mengedepankan nilai ekonomis dengan alasan-alasan dan pertimbangan ekonomis. Dalam melakukan semuanya itu, manusia selalu diberi pilihan untuk mendapatkan kepuasan atau kebahagiaan ekonomis yang pada akhirnya ditujukan kepada peningkatan kemakmuran (*wealth maximizing*), sehingga dapat dikatakan manusia merupakan makhluk yang memiliki rasionalitas baik dari segi moneter atau non-moneter untuk meningkatkan taraf hidup mereka (*rational maximizers*).³⁰

Dengan adanya rasionalitas yang melekat pada masing-masing individu, manusia diberi pilihan dan akan memilih pilihan mereka yang dirasa dan diyakini akan memberikan hasil yang lebih memuaskan untuk mereka dengan mendapatkan lebih dari apa yang mereka inginkan dan harapkan. Kepuasan manusia berawal dari suatu keinginan. Untuk mengetahui tolak ukur suatu keinginan, Posner mengemukakan bahwa setiap keinginan manusia dapat diukur dengan mengetahui sampai sejauh mana individu itu bersedia untuk mendapatkannya, baik dengan uang, tindakan, maupun kontribusi lain yang dapat dilakukannya. Jadi, keinginan seseorang ialah sama dengan apa yang mereka bersedia untuk mendapatkannya. Parameter kesediaan manusia itu dapat dilihat dari kesiapan mereka sampai dimana mereka mau berkontribusi untuk menepatkannya, baik untuk *individual achievement* atau *social goals*.³¹

Posner menambahkan bahwa konsepsi *Economic Analysis of Law* dapat dijadikan

³⁰May & Brown, *Philosophy of Law, The Economic Analysis of Law*, Wiley-Blackwell, U.K., 2010, hlm. 129.

³¹Untuk elaborasi tentang peburan keilmuan antarail mu hukum dan ilmu ekonomi, baca: Fajar Sugianto, *Economic Analysis of Law*, Seri I: Pengantar, Seri Analisis Ke-ekonomian Tentang Hukum, Prenada Kencana Media, Jakarta, 2013.

suatu pendekatan untuk menjawab permasalahan hukum dengan mengutarakan definisi berbeda dan asumsi-asumsi hukum yang berbeda pula untuk mendapatkan gambaran tentang kepuasan (*satisfaction*) dan peningkatan kebahagiaan (*maximization of happiness*). Pendekatan ini erat kaitannya dengan keadilan di dalam hukum. Untuk melakukannya, maka hukum dijadikan *economic tools* untuk mencapai *maximization of happiness*.³² Pendekatan dan penggunaan analisa ini harus disusun dengan pertimbangan-pertimbangan ekonomi dengan tidak menghilangkan unsur keadilan, sehingga keadilan dapat menjadi *economic standard* yang didasari oleh tiga elemen dasar, yaitu nilai (*value*), kegunaan (*utility*), dan efisiensi (*efficiency*) yang didasari oleh rasionalitas manusia.³³ Berdasarkan konsep dasar ini, konsepsi yang dikembangkan oleh Posner kemudian dikenal dengan *the economic conception of justice*, artinya hukum diciptakan dan diaplikasikan untuk tujuan utama meningkatkan kepentingan umum seluas-luasnya (*maximizing overall social utility*).

The economic conception of justice menjadi acuan untuk menilai sampai sejauh mana dampak pemberlakuan suatu ketentuan hukum/peraturan perundang-undangan kepada masyarakat luas. Dari sini dapat lebih mudah diketahui reaksi masyarakat dan kemanfaatan yang mampu diberikan oleh ketentuan hukum / peraturan perundang-undangan tersebut.

“... we can easily predict what reactions people may have to a proposed act by simply measuring, in economic terms, how much people will get of what they desire from the proposed act”³⁴.

Melalui konsepnya ini ia lebih jauh berpendapat bahwa orang akan mentaati ketentuan hukum apabila ia memperkirakan dapat memperoleh keuntungan lebih besar daripada melanggarnya, demikian pula seba-

³²Bushan J. Komadar, *Journal: The Raise and Fall of a Major Financial Instrument*, University of Westminster, 2007, hlm. 1.

³³Richard A. Posner, *loc cit*, hlm. 15.

³⁴*Ibid*, hlm. 249.

liknya. Dengan kata lain, orang akan membawa setiap permasalahan hukum ke depan persidangan jika ia akan mendapatkan keuntungan (moneter dan atau non-moneter) daripada melaksanakan kewajiban hukumnya.

Kontribusi Posner lebih focus ke arah efisiensi ekonomi untuk menjelaskan hukum (*common law*). Sehingga menurutnya, jika hukum itu lebih diketahui maka akan lebih mudah mengkaji implikasi perkembangannya. Untuk mempertahankan inti pendiriannya, Posner mengembangkan Hukum dan Ekonomi melalui bukunya *The Economics Justice* (1981).

Posner mendefinisikan efisiensi sebagai “*exploiting economic resources in such a way than human satisfaction as measured by aggregate consumer willingness to pay for goods and services is maximized*”. Usaha efisiensi yang seperti ini dikatakannya sebagai usaha peningkatan kesejahteraan (*wealth maximization*). Walaupun definisi ini dikatakan sempit, Posner hingga sekarang terus membangun analisisnya (bahkan memperluas konsep utilitas) dari berbagai macam topic pembahasan, misalnya pembahasan tentang pengesahan perkawinan homoseksual di Massachuset³⁵.

4. Steven Shavell

Sedikit berbeda pandangan dengan Posner dalam melihat bentuk keadilan melalui perspektif Hukum dan Ekonomi, Shavell menggunakan model-model ekonomi dalam melihat efek hukum melalui hitungan matematis.

Model-model (pada dasarnya disusun berdasarkan penerapan teknik-teknik statistik dan ekonometri) bertujuan untuk membuat prediksi kuantitatif. Biasanya, model merupakan representasi matematis berdasarkan teori-teori ekonomi. Model-model yang berbasis matematis, statistik dan ekonometri ini

membantu mendeterminasi ketepatan prediksi sehingga kuantifikasi ketepatan suatu prediksi menjadi sama pentingnya dengan prediksi itu sendiri.

Dalam banyak hal, prediksi perhitungan matematis semacam ini dapat dijadikan pengganti kekakuan bahasa hukum. Misalnya dalam melihat nilai pelaksanaan dan biaya pembuatan kontrak (*Value of performance and production cost*), Shavell menjabarkan formulasinya: *Assume that a risk-neutral buyer and a risk-neutral seller have met; the seller faces uncertain production cost c , which he will learn before he decides whether to produce; v is the certain value of performance to the buyer; and the parties are symmetrically informed. The Pareto efficient outcome is for the seller to produce if and only if $c < v$. (That is, in a complete contract, with terms for all contingencies, performance would be required if and only if $c < v$; a change in the contract price would compensate a party for agreeing to alter a term from any initially considered contract under which performance does not occur if and only if $c < v$.) In the absence of contract enforcement, then (amplifying on section 4.1.3) there would be too little production because the buyer would only pay the seller for actual delivery of the good and cannot guarantee the price. In particular, supposing that the seller would obtain a fraction α of the surplus from a transaction (α reflects bargaining strength), he would obtain a price of αv . (After the seller produces the good, the surplus from the transaction would be v , presuming for simplicity that the custom good has no alternative value for the seller.) Thus, the seller would decide to produce only when $c < \alpha v$, rather than whenever $c < v$. Suppose now that there is contract enforcement and that the parties are not able to renegotiate before the seller decides whether to produce (an assumption that is relaxed below). If c is verifiable by the tribunal, the parties could write a complete contract specifying performance if and only if $c < v$. The parties would want a damage measure d for breach of this contract to be sufficiently high to induce performance when $c < v$, and thus any d exceeding c would work. If c is not*

³⁵Dalam hal ini ia menggalilebih dalam menaikkan konsep utilitas sebagai salah satu acuan pikir gagasan pengesahan perkawinan homoseksual.

Untuk laborasibaca: Fajar Sugianto, *Economic Approach To Law*, Seri II, Seri Analisis Keekonomian Tentang Hukum, Prenada Media Kencana, Jakarta, 2013.)

verifiable, the parties are able to write an incomplete contract specifying "The seller shall deliver the good to the buyer, who will pay price p at the outset," accompanied by damages d for seller breach. Under such a contract, the seller will perform when $c < d$ and will commit breach otherwise.⁹⁰ If the expectation measure is employed, that is, $d = v$, the seller will perform if and only if $c < v$, so that performance will be efficient.⁹¹ If damages d exceed v , there will be excessive performance, as there will be if there is specific performance. If d is less than v , there will be too little performance. If, instead, it is assumed that the buyer and the seller can renegotiate their contract after c becomes known but before the seller decides whether to produce, then, given symmetric information, it is natural to suppose that there will always be Pareto efficient performance, regardless of d . Let us also note that if the buyer's value v is uncertain as well as the seller's production cost c , the major difference in the outcome is that, since v cannot be prescribed as damages in the contract, v must be verifiable for the expectation measure $d = v$ to be applied by the tribunal (c still need not be verifiable).³⁶

Pada dimensi hukum pidana, Shavell menyusun analisis hukum melalui perhitungan matematis dalam mencermati kecelakaan sepihak, tingkat perawatan, dan tingkat aktivitas (*unilateral accidents, level of care, and level of activity*) sebagai berikut:

Now let us reconsider unilateral accidents, allowing for injurers to choose their level of activity z , which is interpreted as the number of times they engage in their activity (or if injurers are firms, the scale of their output). Let $b(z)$ be the benefit (or profit) from the activity, and assume the social object is to maximize $b(z) - z(x + p(x)h)$; here $x + p(x)h$ is assumed to be the cost of care and expected harm each time an injurer engages in his activity. Let x^ and z^* be optimal values. Note that x^* minimizes $x + p(x)h$, so x^* is as described above in section 2.1.1, and z^* is*

determined by $b'(z) = x^ + p(x^*)h$, which is to say, the marginal benefit from the activity equals the marginal social cost, comprising the sum of the cost of optimal care and expected accident losses (given optimal care). Under strict liability, an injurer will choose both the level of care and the level of activity optimally, as his object will be the same as the social objective, to maximize $b(z) - z(x + p(x)h)$, because damage payments equal h whenever harm occurs. Under the negligence rule, an injurer will choose optimal care x^* as before, but his level of activity z will be socially excessive. In particular, because an injurer will escape liability by taking care of x^* , he will choose z to maximize $b(z) - zx^*$, so that z will satisfy $b'(z) = x^*$. The injurer's cost of raising his level of activity is only his cost of care x^* , which is less than the social cost, as it also includes $p(x^*)h$. The excessive level of activity under the negligence rule will be more important the larger is expected harm $p(x^*)h$ from the activity.³⁷*

PENUTUP

Tidak sedikit para ahli hukum mengklaim bahwa hukum dan ilmu hukum selalu berevolusi, senantiasa mengalami perkembangan serta relevansinya pada situasi aktual. Untuk menguji kemampuan evolusi ini, hukum dan ilmu hukum perlu dikaji dan dicermati lebih luas melalui sudut pandang ekonomi. Keterbatasan hukum normatif dalam menjelaskan suatu konsep, misalnya konsep efisiensi yang menjadi obyeknya, penguraiannya tidak seluas konsep efisiensi dalam ilmu ekonomi. Tidak jarang karena keterbatasan bahasa atau pernyataan hukum positif tidak mampu menjelaskan konsepnya sendiri, sehingga untuk itu memerlukan bantuan ilmu-ilmu yang lain seperti ilmu ekonomi, ilmu kedokteran, dan lain sebagainya.

Ditinjau secara keilmuan, ilmu hukum dan ilmu ekonomi merupakan ilmu pengetahuan yang senantiasa mengalami perkembangan dan kemajuan relevansi pada situasi aktual. Keduanya bersinergitas, saling mengisi, dan tidak berdiri sendiri dalam memecahkan suatu

³⁶Shavell, S., *Foundations of Economic Analysis of Law*, The Belknap Press of Harvard University Press, Massachusetts, U.S.A., 2004, hlm. 338-342.

³⁷*Ibid*, hlm. 178-182.

permasalahan secara holistik. Melalui sudut pandangnya sendiri, dimensi dan cara-cara berbeda, Hukum dan Ekonomi dalam mencermati hukum dan ilmu hukum hanya mencari letak kesalahan atau menggali kekurangan, atau memangkas bobot hukum, namun untuk lebih dapat menkonkritkan problematika hukum, sekaligus memperluas domain-domain hukum. Di dalam usaha-usahanya itu, cara-cara pencermatan Hukum dan Ekonomi ditawarkan untuk mendiagnosis persoalan sekaligus menawarkan alternatif pemecahan.

DAFTAR PUSTAKA

- Bentham, J., 1823, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, General Historical Collection, ed. 2005, British Library, London.
- , 1988, *A Fragment on Government*, in Burns, J.H. and Hart, H.L.A. (eds), Cambridge: Cambridge University Press, London.
- Buchanan, J.M dan Tullock, G., 1962, *The Calculus of Consent*, Ann Arbor, University of Michigan Press, U.S.A.
- Bushan J. Komadar, 2007, *Journal: The Raise and Fall of a Major Financial Instrument*, University of Westminster, London.
- Coase, R.H., 1960, *The Problem of Social Cost*, Journal of Law and Economics 3, Chicago: The University of Chicago Press, U.S.A.
- , 1993, *Law and Economics at Chicago*, Journal of Law and Economics 36 (1) Pt 2, 239-54, Chicago: The University of Chicago Press, U.S.A.
- Ferguson, A., 1980, *An Essay on the History of Civil Society*, L. Schneider (ed.), New Brunswick: Transaction Publishers, U.S.A.
- Harrison, R., 1988, *Introduction to J. Bentham*, in *A Fragment on Government*, 1988 edition, vi-xxiii, Cambridge: Cambridge University Press, London.
- Hume, D., 1739, *A Treatise of Human Nature*, P.H. Nidditch (ed.), Oxford, Oxford University Press, U.S.A.
- May & Brown, 2010, *Philosophy of Law, The Economic Analysis of Law*, Wiley-Blackwell, London.
- Posner, R.A., 1981, *The Economics of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, Massachuset, U.S.A.
- , 2007, *Economic Analysis of Law*, 7th ed., Aspen Publishers, New York, U.S.A.
- Shavell, S., 2004, *Foundations of Economic Analysis of Law*, The Belknap Press of Harvard University Press, Massachussets, U.S.A.
- Simons, H., 1934, *A Positive Program for Laissez-faire: Some Proposals for Liberal Economic Policy*, H.D. Gideonse (ed.), 1948, Chicago: Chicago University Press, U.S.A.
- Smith, A., 1961, *The Wealth of Nations*, Cannan (ed.), Methuen, London.
- Stigler, G.J., 1966, *The Theory of Price*, 3rd ed., New York: Macmillan, U.S.A.
- Sugianto, Fajar, 2013, *Economic Analysis of Law*, Seri I: Pengantar, Seri Analisis Keekonomian Tentang Hukum, Prenada Kencana Media, Jakarta.
- , 2013, *Economic Approach To Law*, Seri II: Pendekatan Ekonomi Kepada Hukum, Seri Analisis Keekonomian Tentang Hukum, Prenada Media Kencana, Jakarta.
- Tullock, G., 1971, *The Logic of the Law*, Basic Books, New York, U.S.A.
- Williamson, O.E., 1993, *Transaction Cost Economics Meets Posnerian Law and Economics*, Journal of Institutional and Theoretical Economics, 149 (1), Hamburg, Jerman.