

ЭТИЧЕСКИЕ АСПЕКТЫ ИСПОЛЬЗОВАНИЯ ПОВЕДЕНЧЕСКИХ МЕТОДОВ В ПРАВОВОМ РЕГУЛИРОВАНИИ

М. Л. Давыдова

Волгоградский государственный университет
Волгоград

Умное регулирование подразумевает такое выстраивание регуляторной политики, которое позволяет достичь максимального эффекта минимальными средствами, включая как традиционные средства правового регулирования, так и нерегулятивные средства правового воздействия. Среди последних большое внимание привлекают поведенческие методы, позволяющие направить поведение людей в определенное русло без установления прямых обязанностей и стимулов. Особенно активно подобные инструменты применяются в условиях цифровизации правового регулирования, когда появляется техническая возможность широкого использования различных информационных стратегий (установление выбора по умолчанию, система оповещений, напоминаний, повышение наглядности и доступности правовых норм, автоматическое информирование о последствиях поведения и т.п.). Такие методы («подталкивание») вызывают в науке дискуссии в связи с тем, что часто выглядят как манипулирование социальным поведением со стороны государства. В статье предпринимается попытка провести границу между подталкиванием и манипуляцией, раскрыть этические аспекты использования поведенческих методов в правовом регулировании.

Ключевые слова: правовое регулирование, поведенческие идеи, подталкивание, манипуляция

ETHICAL ASPECTS OF USING BEHAVIORAL METHODS IN LEGAL REGULATION

M. L. Davydova

Volgograd State University
Volgograd

Smart regulation involves building a regulatory policy that allows you to achieve maximum effect with minimal means, including both traditional means of legal regulation and non-regulatory means of legal influence. Modern law-making experts pay much attention to behavioral methods that allow influencing people's behavior without establishing direct responsibilities and incentives. Such tools are especially actively used in the context of digitalization of legal regulation, when it becomes technically possible to widely use various information strategies (establishing default choices, alert systems, reminders, increasing the visibility and accessibility of legal norms, legal design, automatic notification of the consequences of behavior, etc.). Such methods ("nudging") cause discussions in legal science, ethics and philosophy due to the fact that they often look like manipulation of social behavior by the state. The article attempts to draw the line between nudging and manipulation and to reveal the ethical aspects of the use of behavioral methods in legal regulation. It is shown that openness and completeness of information, reliance on experiment when choosing methods of influence, as well as the presence of ethical requirements for the procedure for conducting experiments and for all stages of approbation of regulatory decisions make it possible to avoid deception and protect against manipulation in legal regulation.

Keywords: legal regulation, behavioral insights, nudging, manipulation

Умное регулирование подразумевает такое выстраивание регуляторной политики, которое позволяет достичь максимального эффекта минимальными средствами, включая как традиционные средства правового регулирования, так и нерегулятивные средства правового воздействия [1]. Конкретный перечень используемых средств, а также возможные их комбинации становятся, в этом контексте, предметом особого внимания [2].

Для целей настоящего исследования наибольший интерес представляют две группы таких средств. Первая из них связана с процессами цифровизации. В последние годы появился целый ряд новых понятий, отражающих применение цифровых технологий в различных сферах человеческой деятельности [3]: FinTech (финансовые технологии), MadTech (маркетинговые и рекламные технологии), InsurTech (страховые технологии), PropTech (технологии в недвижимости), MedTech (медицинские технологии), EdTech (образовательные технологии) и др. Многие из этих понятий имеют прямое отношение к правовому регулированию: RegTech (регулятивные технологии), SupTech (надзорные технологии), Legal Tech

(юридические технологии), Govtech (правительственные технологии). Позволяя автоматизировать процессы создания и исполнения правовой нормы, контроль и обратную связь в процессе регулирования, цифровые технологии поднимают правовое регулирование на новый уровень. В частности, в ряду преимуществ Govtech, как правило, перечисляются:

- максимальная прозрачность и цифровая запись всех операций, создающие условия для исчерпывающего контроля;
- ускорение и снижение затрат на осуществление всех процессов, в том числе тех, которые касаются граждан;
- предоставление быстрых, гибких, удобных и полностью доступных услуг, обеспечивающих безупречный гражданский опыт общения с местной, региональной и национальной администрацией [4].

Вторая группа средств умного регулирования, о которой пойдет речь ниже, включает так называемые поведенческие идеи (Behavioural Insights), т. е. выводы поведенческих и социальных наук, в том числе теорию принятия решений, психологию, когнитивные науки, неврологию, теорию организационного и группового поведения, которые применяются правительствами с целью повышения эффективности государственной политики [5]. Наиболее часто при описании таких методов употребляется термин «подталкивание». Это подход, который использует позитивное воздействие, чтобы незаметно влиять или направлять отдельных лиц или организации в процессе принятия ими решений... Подталкивание, выстраивает архитектуру выбора, таким образом, чтобы побуждать людей принимать лучшие решения, не ограничивая их свободу выбора [5].

Идея подталкивания возникла в рамках поведенческой экономики, которая, начиная с 80-х гг. XX века [6, 7], активно исследует проблемы рационального экономического выбора и факторы, ему препятствующие (мотивацию и когнитивные способности индивида, устойчивые поведенческие реакции, влияние социальной группы, ограниченность информации, типичные для человеческого мышления ошибки и т. п.). Понимая механизм действия этих факторов, можно выстроить архитектуру выбора таким образом, чтобы повысить вероятность принятия наиболее рациональных и выгодных для самого индивида решений. Концепция либертарианского патернализма (Р. Талер, К. Санстейн [8]) исходит из того, что обязанность обеспечить условия для такого выбора должна лежать на государстве. Роль последнего заключается в том, чтобы, не ограничивая свободу людей, не навязывая им те или иные варианты поведения, подтолкнуть их к правильному выбору.

В числе инструментов подталкивания множество таких, которые становятся доступными, благодаря широкому применению информационных технологий. Это различные информационные стратегии, установление выбора по умолчанию, система оповещений, напоминаний, повышение наглядности и доступности правовых норм, информирование о последствиях поведения и т. п.

Значительное количество экспериментов по внедрению поведенческих методов в правовое регулирование доказывает эффективность такого метода воздействия в сфере защиты прав потребителей, охраны окружающей среды, энергосбережения, финансов, налогообложения, здравоохранения и многих других [5]. Это привело к широкому использованию подталкивания в регулятивной практике многих государств. Одновременно это породило дискуссию об этической стороне подталкивания [9] и о границе между подталкиванием и манипуляцией [10, 11].

Не имея возможности раскрыть все аспекты этой сложной дискуссии, остановимся на вопросе о соотношении подталкивания с манипуляцией, так как именно от решения этого вопроса во многом зависят дальнейшие этические оценки поведенческих методов, используемых в правовом регулировании.

В самом общем виде манипуляция представляет собой специфическую форму духовного управления, которое выражается в форме скрытого, анонимного господства, осуществляемого ненасильственным путем [12]. При этом манипулируемый добровольно совершает действия, необходимые манипулятору. Сказанное позволяет выделить основные признаки манипуляции, отличающие ее от других способов властного и невластного воздействия:

- ненасильственный характер;
- скрытый характер;
- корыстный характер.

Каждый из этих признаков может быть использован в качестве критерия сравнения манипуляции и подталкивания и потенциально, если отличия окажутся значительными, выступить критерием разграничения этих двух понятий.

Ненасильственный характер иногда рассматривают в качестве основного критерия отличия манипуляции от других способов управления. Абсолютизация такого противопоставления приводит порой к слишком категоричным и упрощенным трактовкам. К примеру, любое ненасильственное воздействие приравнивается к манипуляции [12]. По нашему мнению, это неверно: ненасильственное воздействие может носить как открытый, так и тайный характер. Если цели управляющего не скрываются, и его воздействие открыто направлено на получение конкретного результата, то говорить о манипуляции нет оснований. Так, классикой теории административного права является деление методов управления на принуждение и

убеждение [13]. Последнее включает, в частности метод поощрения, который не предполагает никакого скрытого влияния, открыто стимулируя то поведение, которое является желательным, с точки зрения государства.

Вероятно, следует признать, что ненасильственный характер является важным, но не определяющим критерием для характеристики манипуляции. Последняя не предполагает использования прямого властного давления, но далеко не каждое ненасильственное воздействие можно признать манипулятивным.

Что касается сопоставления манипуляции и подталкивания, следует признать, что ненасильственный характер может выступать здесь не критерием отличия, а общим признаком. Поведенческие методы основаны на предоставлении возможности для свободного выбора, чтобы побудить людей добровольно организовывать свое поведение тем или иным образом.

Вторая особенность манипуляции связана с наличием у манипулятора *корыстной цели*, точнее с его ориентацией на собственные цели, а не на мнение объекта манипуляции.

На первый взгляд, отличия от подталкивания здесь достаточно наглядны. Концептуально использование поведенческих методов в правовом регулировании необходимо для преодоления иррациональности в поведении людей, заставляющей их совершать невыгодные для себя поступки [8]. Таким образом, регулирование направляется на защиту интересов людей, а не на воплощение корыстных устремлений регулятора.

На практике, однако, подталкивание далеко не всегда осуществляется ради защиты интересов отдельной личности. Целый ряд общественно-полезных целей фактически требует от личности альтруистического поведения, отказа от собственной выгоды. Как подчеркивают исследователи, меры по защите окружающей среды или поддержка согласия на донорство органов, которые реализуются с помощью подталкивания, не имеют отношения к экономической рациональности [14]. А в призыве отказаться от собственного интереса ради общественного при желании всегда можно усмотреть корыстный манипулятивный интерес регулятора.

Можно сделать вывод, что использование критерия «корыстности» цели носит ярко выраженный оценочный характер, что не позволяет объективно разграничить на основании данного критерия манипуляцию и подталкивание.

Третий признак манипуляции – *скрытый, тайный характер*. Манипулируемый при этом не знает о самом факте оказания воздействия на него или об истинных целях такого воздействия. В отличие от этого, подталкивание, как правило, предполагает открытость информации, поддерживает осуществление человеком сознательного выбора в ситуациях, когда обычно он не задумывается о последствиях своего поведения [8]. Эта теоретическая конструкция, однако, не всегда реализуема на практике.

Начнем с того, что подталкивания, используемые в современной регулятивной практике, многочисленны и неоднородны. Специалисты выделяют два вида подталкиваний: коммуникативные (рассылка напоминаний, составление рейтинга качественных продуктов и пр.) и ситуационные (установление выбора по умолчанию, перестановка продуктов в магазине и т. п.) [15]. Только первая группа строится на предоставлении информации, призванной активизировать рефлексивную систему в сознании человека. Вторая группа средств стремится воздействовать на автоматическую систему мышления, т. е. на выбор, который человек совершает, «не думая». Разумеется, сказанное выше об открытости воздействия имеет отношение лишь к первой названной группе. И не потому, что во втором случае информация скрыта, а потому что желания воспринимать ее у субъекта заведомо нет.

Во многих случаях степень открытости вмешательства оценить очень сложно. Какое воздействие следует считать скрытым: то, про которое субъект не знает или не хочет знать, не предпринимает достаточных для этого усилий? Большинство людей безразлично относится к информации, восприятие которой требует от них дополнительных (временных, интеллектуальных и пр.) затрат. Гарантированно донести информацию можно лишь повышая ее наглядность, выводя на первый план минимум необходимых данных. Но парадокс заключается в том, что такой метод несовместим с требованием полноты информации. Другими словами: мы можем подробно изложить всю значимую информацию, но тогда никто не станет читать слишком объемный текст. Или можно выбрать и наглядно представить минимум самых важных сведений. Но сам выбор того, на какие сведения следует обратить особое внимание, таит в себе опасность волюнтаристских либо корыстно мотивированных решений.

Возможно, приведенные отличия манипуляции от подталкивания следует рассматривать не в качестве жестких критериев, позволяющих во всех случаях однозначно разграничить два этих понятия, а в качестве общих принципов, ориентиров, которым необходимо следовать, чтобы подталкивание не скатилось в манипуляцию. Открытость и полнота информации здесь является ключевым элементом. Помимо открытости информации, препятствием для манипуляции выступают: научная обоснованность выводов и опора на эксперимент при выборе методов воздействия, наличие этических требований к порядку проведения эксперимента и ко всем этапам апробации регулятивных решений [16]. Соблюдение этих требований в процессе умного регулирования должно быть направлено на то, чтобы избежать обмана, поставить защиту от манипуляции.

Исследование выполнено за счет гранта Российского научного фонда № 21-18-00484 «Правовые средства умного регулирования в условиях больших вызовов» (<https://rscf.ru/project/21-18-00484/>).

ЛИТЕРАТУРА

1. Давыдова М. Л. «Умное регулирование» как основа совершенствования современного правотворчества // Журнал российского права. 2020. № 11. С. 14-29. DOI: 10.12737/jrl.2020.130.
2. Gunningham N., Sinclair D. Smart regulation // *Regulatory Theory: Foundations and applications* / Drahos P. (ed.). Canberra, Australia: The Australian National University, 2017. P. 133-148 DOI: 10.22459/RT.02.2017.08.
3. Davydova M. L. Formation and Normalization of Legal Terminology in the Field of Digital Technologies // *Vestnik Volgogradskogo gosudarstvennogo universiteta. Seriya 2. Yazykoznanie* [Science Journal of Volgograd State University. Linguistics]. 2020. Vol. 19. No. 4. P. 52-63. DOI: 10.15688/jvolsu2.2020.4.5.
4. What is GovTech and why it is in the spotlight // *Electronic IDentification*, 2020, October 26. URL <https://www.electronicid.eu/en/blog/post/what-is-govtech/en> (дата обращения: 15.04.2023).
5. Behavioural insights and public policy. Lessons from around the World. Paris: OECD Publishing, 2017. DOI: 10.1787/9789264270480-en.
6. Khaneman D., Tversky A. Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk // *Econometrica*. 1979. Vol. 47. № 2. P. 91-263.
7. Thaler R. Toward a Positive Theory of Consumer Choice // *Journal of Economic Behavior & Organization*. 1980. Vol. 1. № 1. P. 39-60.
8. Талер Р., Санстейн К. Архитектура выбора. Как улучшить наши решения о здоровье, благосостоянии и счастье / пер. с англ. Е. Петровой; [науч. ред. С. Щербakov]. М.: Манн, Иванов и Фербер, 2017.
9. Bovens L. The Ethics of Nudge // *Preference Change: Approaches from Philosophy, Economics and Psychology* / Grüne-Yanoff T., Ove Hansson S. (eds). Berlin, New York: Springer, 2009. P. 207–219.
10. Wilkinson T. M. Nudging and manipulation // *Political Studies*. 2013. Vol. 61. Iss. 2. P. 341–355. DOI: 10.1111/j.1467-9248.2012.00974.x.
11. Nys T. R., Engelen B. Judging Nudging: Answering the Manipulation Objection // *Political Studies*. 2017. Vol. 65. Iss. 1. P. 199-214. DOI: 10.1177/0032321716629487.
12. Князева И. В. Историческая эволюция форм манипуляции общественным сознанием // *Научные ведомости Белгородского государственного университета. Серия: Философия. Социология. Право*. 2010. № 20 (91). С. 220-225.
13. Стариков Ю. Н. Административное право: В 2 ч. Ч.2 Книга вторая: Формы и методы управленческих действий. Правовые акты управления. Административный договор. Административная юстиция. Воронеж, 2001. 432 с.
14. Zorzetto S., Ferraro F. Legislation and Nudging. Towards a Suitable Definition // *Conceptions and Misconceptions of Legislation* / Oliver-Lalana A. (eds.). *Legisprudence Library*. Vol. 5. Cham: Springer, 2019. P. 107-129. DOI: 10.1007/978-3-030-12068-9_5.
15. Dowding K., Oprea A. Reconsidering Nudges and Manipulation // *British Journal of Political Science*. 2020. Vol. 53. Iss. 1. P. 204-220. DOI:10.1017/S0007123421000685.
16. Tools and Ethics for Applied Behavioural Insights: The BASIC Toolkit. Paris: OECD Publishing, 2019. DOI: 10.1787/9ea76a8f-en.