

Информационное общество и право

АЛГОРИТМЫ И ПРАВО: АНАЛИЗ, ВДОХНОВЛЕННЫЙ СУДЕБНЫМ ПРЕЦЕДЕНТОМ

Статья рекомендована к публикации членом редакционного совета М.В. Якушевым 15.05.2021.

Черешнева Ирина Анатольевна

*РАНХиГС при Президенте РФ, Институт прикладных экономических исследований, Центр технологий государственного управления, младший научный сотрудник
Москва, Российская Федерация
chereshneva-ia@ranepa.ru*

Аннотация

Алгоритмы проникают во все сферы человеческой деятельности, включая право. Стремление к автоматизации можно выразить в тезисе «слова уступают цифрам», однако рассматривать алгоритм в качестве панацеи преждевременно и даже беспечно, особенно в контексте вынесения приговора по уголовному делу, а шире – соблюдения прав человека. На основе анализа судебного прецедента о допустимости использования алгоритмической оценки риска рецидива при вынесении приговора в статье предпринята попытка поиска ответов на вопросы соотношения права и алгоритма, пределов влияния технологий на человека, принимающего решения, и способности нарушения прав человека при использовании алгоритмов. Статья подготовлена на основе научно-исследовательской работы, выполняемой в рамках государственного задания РАНХиГС.

Ключевые слова

права человека, дискриминация, оценка риска, уголовный процесс, судебная практика, право на надлежащее судебное разбирательство, алгоритм

Введение

Все чаще, когда говорится о технологиях, речь заходит об использовании алгоритмов в различных сферах деятельности, и право не является исключением. Облегчая осуществление «юридических операций», алгоритмы заключают в себе потенциальные риски, как правило, связанные с цифровым неравенством, цифровым угнетением, а также предвзятостью входных данных, трудностью в понимании того, как функционирует алгоритм. Безусловно, использование алгоритмов в области правоприменения должно быть во благо, прежде всего, человека, особенно если это касается его основных прав, в том числе права на свободу, права на судебную защиту и др. Однако мы не можем исключить и обратную сторону медали, а именно порождаемые технологией риски; тем самым, мы не вправе полностью положиться на алгоритм, «конечной» инстанцией всегда должен быть человек.

Сказанное становится особенно актуальным, и в некотором смысле даже вызывает тревогу, когда речь заходит об использовании алгоритмов органами правопорядка при выявлении, расследовании и прогнозировании преступлений (предиктивная аналитика) [1]. В этой связи наше обращение к судебной практике отнюдь не случайно и обусловлено представлением о том, что «право в жизни» выступает в качестве «лакмусовой бумажки» существующих в обществе, профессиональном и научном сообществах опасений относительно использования алгоритмов в правоприменительной практике.

Цель настоящей работы заключается в определении соотношения между технологией – алгоритмом, с одной стороны, и правом – с другой, а также перспектив использования алгоритмов

© Черешнева И.А., 2021.

Производство и хостинг журнала «Информационное общество» осуществляется Институтом развития информационного общества.

Данная статья распространяется на условиях международной лицензии Creative Commons «Атрибуция — Некоммерческое использование — На тех же условиях» Всемирная 4.0 (Creative Commons Attribution – NonCommercial – ShareAlike 4.0 International; CC BY-NC-SA 4.0). См. <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/legalcode.ru>
https://doi.org/10.52605/16059921_2021_06_84

в правоприменительной практике на основе прецедента, взятого из американской судебной практики.

Цель исследования предполагает решение следующих задач:

- определение понятия «алгоритм»;
- анализ фабулы судебного прецедента;
- исследование системы «сдержек и противовесов»;
- раскрытие пределов проникновения технологий в право;
- определение пределов влияния алгоритма на человека, принимающего решения;
- анализ использования алгоритмов в контексте прав человека.

В рамках настоящей работы была использована юридическая методология «case study»; также применялись следующие приемы научного познания: анализ, синтез, обобщение, аналогия и др.

1 Определение алгоритма

Оксфордский словарь английского языка определяет алгоритм как процесс или набор правил, которым необходимо следовать при осуществлении вычислений или других операций, связанных с решением задач с помощью компьютера [2]. В настоящее время под алгоритмом обычно понимают либо фрагмент кода, либо компьютерное приложение, которое может быть использовано в целях оказания содействия человеку в процессе принятия решений или для выполнения действий, не требующих его непосредственного участия [3]. Например, в уголовном процессе использование алгоритмов связано с принятием решений об условно-досрочном освобождении, вынесением приговоров в контексте осуществления алгоритмом оценки риска совершения обвиняемым рецидива в будущем. В свою очередь, такая оценка способна напрямую затронуть фундаментальные права человека – право на свободу, а также «вводит» в фокус внимания исследователей проблему дискриминации. Для иллюстрации данного тезиса предложим пример из американской судебной практики [4], где уже достаточно используются алгоритмы.

2 Фабула дела

В начале 2013 года Эрику Лумису (Eric Loomis) было предъявлено обвинение в совершении пяти уголовно наказуемых деяний, связанных со стрельбой в Ла-Кроссе. Несмотря на то, что Э. Лумис отрицал свое участие в перестрелке, он признал себя виновным в двух из пяти правонарушений (попытка побега от автоинспектора и управление автомобилем без согласия его владельца) [4].

В рамках процедуры подготовки к судебному заседанию сотрудником Службы исполнения наказаний штата Висконсин (Wisconsin Department of Corrections) был подготовлен предприговорный отчет о проведении расследования (presentencing investigation report) (далее – PSI) – это документ, содержащий сведения общего характера о правонарушителе, которое предоставляется суду, выносящему приговор. Помимо общих сведений об обвиняемом данный отчет также включал оценку риска COMPAS, в рамках которой алгоритмы оценивают риск совершения лицом рецидива; при этом оценка производится как на основании интервью с правонарушителем, так и на основе информации из его криминального прошлого [5]. Однако ввиду того, что методология, лежащая в основе COMPAS, является коммерческой тайной, суду сообщаются только сведения об оценке риска совершения рецидива, а не то, как была проведена оценка или каким образом был получен тот или иной результат.

При вынесении обвинительного приговора судом первой инстанции, помимо иных обстоятельств дела, была учтена проведенная при помощи алгоритма оценка риска рецидива. Последнее явилось основанием для подачи Э. Лумисом в суд первой инстанции ходатайства об оспаривании приговора ввиду нарушения его права на надлежащее судебное разбирательство. Аргументируя свою позицию, Э. Лумис сослался на то, что, во-первых, использование судом при вынесении приговора оценки COMPAS нарушает как его право на индивидуализацию наказания, так и его право быть приговоренным на основании достоверной информации, поскольку отчеты COMPAS содержат данные об определенной группе, а также ввиду того, что методология, используемая для составления таких отчетов, составляет коммерческую тайну; во-вторых, судом было нарушено право лица на надлежащее судебное разбирательство, поскольку в процессе вынесения решения вопреки Конституции США во внимание был принят гендерный фактор, который учитывался при оценке COMPAS. Судом первой инстанции данное ходатайство было

отклонено, однако Апелляционный суд штата Висконсин, удостоверив апелляцию, направил ее в Верховный суд штата Висконсин, где она была принята к рассмотрению.

В результате рассмотрения дела Верховный суд штата Висконсин постановил, что использование судом первой инстанции при вынесении приговора алгоритмической оценки риска COMPAS не нарушает процессуальных прав обвиняемого, невзирая на то, что методология, лежащая в основе проведения такой оценки, не была раскрыта ни суду, ни обвиняемому [4]. В последующем Э. Лумис обратился с жалобой в Верховный суд США, однако ему было отказано [6]. Несмотря на подобный исход дела, его анализ весьма полезен для демонстрации глубины проблемы и путей ее возможного решения. В этой связи рассмотрим подробнее аргументы Верховного суда штата Висконсин.

3 Система «сдержек и противовесов»

Судья Энн Уолш Брэдли (Ann Walsh Bradley) отклонила доводы Э. Лумиса о нарушении права на надлежащее судебное разбирательство на том основании, что использование гендера в качестве фактора для оценки риска служило недискриминационной цели повышения точности результатов оценки. Кроме того, Э. Лумисом не было представлено достаточных доказательств того, что суд первой инстанции действительно рассматривал гендер в качестве такого фактора. Ввиду того, что COMPAS использует только общедоступные данные и данные, предоставленные самим обвиняемым, суд пришел к выводу, что у Э. Лумиса была возможность опровергнуть или объяснить любую информацию, которая была включена в отчет; более того, он мог проверить точность информации, которая была использована при вынесении приговора [4].

Говоря об индивидуализации наказания, судья Брэдли подчеркнула ее значимость и признала, что COMPAS предоставляет только агрегированные данные о риске совершения рецидива среди тех групп, к которым может быть отнесен обвиняемый. Исходя из того, что отчет не является единственным основанием для принятия судом решения, приговор, в процессе вынесения которого учитывается оценка COMPAS, все равно будет достаточно индивидуализированным, поскольку суды обладают дискреционными полномочиями и информацией, необходимыми для выражения своего несогласия с оценкой, когда это целесообразно.

Однако судья Брэдли добавила, что при использовании оценок риска судьи должны действовать с осторожностью. Исходя из этого, в целях обеспечения совершения надлежащей оценки риска рецидива Верховным судом штата Висконсин были даны разъяснения нижестоящим судам при вынесении приговора с использованием алгоритмической оценки.

Так, к общим разъяснениям можно отнести запрет на использование данной оценки в отношении того, может ли обвиняемый быть лишен свободы, а также для определения тяжести приговора. Тем самым, судьи, использующие оценку риска в процессе вынесения приговора, должны объяснить отличные от такой оценки факторы, которые легли в основу принятого решения.

В свою очередь, к специальным могут быть отнесены пять письменных предупреждений для судей, которые должны включаться в предприговорный отчет о проведении расследования, если он содержит оценку COMPAS:

- 1) необходимо учитывать «проприетарный» характер COMPAS, который не допускает раскрытия процесса подсчета баллов;
- 2) баллы COMPAS не могут идентифицировать конкретных лиц с высоким уровнем риска, поскольку для подсчета используются групповая выборка;
- 3) несмотря на то, что COMPAS опирается на национальную выборку данных, не было проведено исследование перекрестной проверки населения штата Висконсин;
- 4) в научных исследованиях были подняты вопросы относительно того, что при оценке осуществляется непропорциональная классификация правонарушителей из числа меньшинств как имеющих более высокий риск рецидива;
- 5) COMPAS не был разработан для использования судьями в процессе вынесения приговоров, напротив, он был создан для Службы исполнения наказаний в целях оказания содействия при определении различного рода мер (исправление преступников, надзор, условно-досрочное освобождение), применяемых к осужденным, после вынесения приговора.

Тем самым, вынося эти предупреждения, суд ясно выразил свое желание привить как общий скептицизм в отношении точности применяемого инструмента, так и более целевой – в отношении оценки риска правонарушителей из числа меньшинств. Несмотря на то, что вышестоящий суд оставил приговор без изменений, трудности в эффективном оспаривании оценки риска все-таки были признаны судом, который указал, что инструменты оценки риска должны постоянно контролироваться, а нормы обновляться в целях обеспечения точности результатов [4].

4 Перспективы использования алгоритмов в юриспруденции

С учетом вышеизложенного закономерно возникает ряд вопросов: каковы пределы проникновения технологий в правовую ткань, как определить ту степень влияния, которую оказывают технологии на человека, принимающего решения (в данном случае судью), и может ли использование алгоритмов привести к нарушению прав человека? Попробуем на них ответить.

4.1 Пределы проникновения технологий в право

Возможность использования информационных технологий в праве обсуждается с 60-х годов прошлого века. Например, академик Д.А. Керимов еще в 1962 г. указывал на то, что «роль кибернетических машин будет состоять в выполнении наиболее трудоемких механических работ... Следовательно, кибернетическая машина не конкурент человеку, а великолепный исполнитель его воли, надежный помощник, значительно усиливающий преобразовательную силу разума... Он говорил, что в действительности компьютер и человек остаются тем, что они есть, и ни один из них не заменяет и не в состоянии заменить другого. В их взаимодействии один может «усилить» другого, но никак один не может превратиться в другого» [7].

Нам представляется, что данный тезис можно применить и к «отношениям» между технологией и правом, в рамках которых, во-первых, одно усиливает другое, а, во-вторых, как алгоритм выступает подспорьем человеку при принятии решений, так и технология всего лишь инструмент, а не альтернатива праву. В противном случае мы можем прийти к механическому пониманию права, в рамках которого «правовая система рассматривается как машина, применяющая иерархически организованный свод норм к конкретным фактам жизненной ситуации в предсказуемом и постоянном режиме без творческой интерпретации.» [8] ... «Эта идеология заставляет обывателей думать о праве почти как об инструкции по эксплуатации какого-то потенциально опасного прибора...» [8], т.е. рассматривается в качестве инструмента, а не достижения человеческой цивилизации, суть ценности.

4.2 Пределы влияния алгоритма на человека, принимающего решения

Исследования предполагают, что людям не свойственно и достаточно сложно пренебрегать алгоритмическими рекомендациями [9]. Поведенческие экономисты используют термин «якорение» в качестве описания общераспространенного явления, в рамках которого последующие решения принимаются на основе имеющихся доказательств – независимо от их слабости [10]. В контексте рассмотренного судебного казуса если судье будет представлена оценка, отражающая высокий уровень риска совершения рецидива, чем прогнозируется, то такая оценка может увеличить срок наказания, при этом «якорение» не будет приниматься в расчет [5]. Когда алгоритмы помогают человеку принимать решения, трудно определить степень влияния результатов алгоритма на окончательное решение, а также уместность «почтительного» отношения к алгоритму. Кроме того, в дополнении к воздействию алгоритма, мы не можем исключить ни существование когнитивных искажений, ни влияние истощения эго (феномен, при котором усилия воли или самоконтроль утомляют и сказываются на дальнейших решениях человека) [11] на формирование суждений.

Так, в исследовании, опубликованном в The Proceedings of the National Academy of Sciences, «участниками эксперимента стали восемь израильских судей, принимающих решения об условно-досрочном освобождении. Авторы исследования построили график доли одобренных заявлений относительно времени предыдущего перерыва на еду. После каждого приема пищи эта доля возрастает до 65 %.» [11]. Осознавали ли судьи влияние голода и усталости на их суждения? Представляется, что нет. Достаточно ли разработанных вышестоящим судом письменных предупреждений для «купирования» негативного воздействия алгоритма (в данном случае оценки рецидива) на умы судей? Скорее всего, нет, поскольку полностью свести на нет значительное внешнее и внутреннее давление невозможно.

Отметим также, что присутствие человека-оператора не гарантирует, что меры предосторожности будут эффективными. Например, возникают вопросы относительно способности оператора осмысленно понимать процесс принятия алгоритмических решений (в рассмотренном выше кейсе отмечалось, что судьи не понимают, как алгоритм принимает решение) [4], его способности определять, были ли затронуты какие-либо права человека, и в какой степени они автоматически или неосознанно подчиняются алгоритмическому решению. Различия могут возникать, например, из-за представлений о нейтральности и точности технологии и опасений идти вразрез с выводами данной технологии. Это создает риск того, что алгоритмы станут фактически единственным «лицом», принимающим решения, даже если остается некоторое участие со стороны человека [12].

4.3 Пределы использования алгоритмов в контексте прав человека

Одним из главных принципов правового государства является принцип всеобщего равенства, при этом «за “парадной” стороной равенства как принципа стоит необходимость равного обращения со всеми, или запрет дискриминации. ... Если алгоритм обеспечивает равенство, то речь идет скорее о равенстве арифметическом, о беспристрастном рассмотрении частных ситуаций, но без учета особенностей каждого случая.» [13]. В этой связи неслучайно, что для института юридической ответственности характерна индивидуализация наказания, на это обращается внимание и в доктрине, и в рассматриваемом судебном решении.

Современные алгоритмы, основанные на технологиях больших данных, поднимают вопросы относительности бесправия, поскольку (а) решения могут основываться на характеристиках группового уровня, то есть X членов группы, вероятно, будут вести себя определенным образом, в отличие от индивидуально ориентированных характеристик, то есть конкретный индивид, вероятно, будет действовать определенным образом из-за факторов, специфичных для этого индивида, и (б) решения часто основаны на корреляции, а не на причинно-следственной связи. Эти два фактора взаимосвязаны. Они указывают на то, что анализ вероятного будущего поведения правомерен только на групповом, а не на индивидуальном уровне, и что предсказания не являются определяющими в отношении того, как будет действовать конкретный индивид. Эти модели не учитывают индивидуальную свободу действий и значимость индивидуального выбора. Это, в свою очередь, вызывает озабоченность в связи с тем, что алгоритмические решения, применяемые к отдельным лицам, в некоторых случаях могут быть внутренне несовместимы с запретом произвольного вмешательства в права и свободы человека.

Данные характеристики позволяют предположить, что, хотя алгоритмы могут использоваться в качестве доказательства в рамках принятия решений, они не могут служить единственной основой для принятия решения, которое непосредственно затрагивает права человека: необходима определенная форма участия со стороны человека или надзор [12]. Кроме того, ученые предупреждают, что алгоритмические оценки часто маскируют явную дискриминацию по признаку демографического и социально-экономического статуса [14].

Заключение

Неоспорим факт того, что алгоритмы выступают хорошим подспорьем в процессе принятия решений человеком, однако невозможно полностью исключить влияние результатов работы алгоритма на окончательное решение, принимаемое человеком. В качестве иллюстрации подобного риска мы привели судебное дело, в рамках которого были затронуты вопросы использования судом при вынесении приговора алгоритмической оценки рецидива, а также своеобразная система «сдержек и противовесов» результатам оценки. При этом основной фокус последней был сосредоточен на количестве предоставляемой в суд информации, а не ее качестве, что, фактически может свидетельствовать о недостаточной эффективности выработанного механизма и потенциальной опасности использования алгоритмов в юриспруденции. Сказанное еще более остро ставит вопросы соотношения права и алгоритма, степени и масштабов воздействия алгоритма на принимаемые человеком решения, а также способности алгоритма к нарушению прав человека, в том числе дискриминации.

Литература

1. Bellovin S. M. et al. When Enough Is Enough: Location Tracking, Mosaic Theory, and Machine Learning // URL: https://digitalcommons.law.umaryland.edu/fac_pubs/1375/ (дата обращения 13.02.2021).

2. Oxford English Dictionary. Definition of algorithm // URL: <https://en.oxforddictionaries.com/definition/algorithm> (дата обращения 21.04.2021).
3. Gillespie T. The Relevance of Algorithms' // Gillespie T., Boczkowski PJ., Foot KA (eds) Media Technologies: Essays on Communication, Materiality, and Society. MIT Press. 2014.
4. State v. Loomis - 2016 WI 68, 371 Wis. 2d 235, 881 N.W.2d 749 // URL: <https://caselaw.findlaw.com/wi-supreme-court/1742124.html> (дата обращения 10.04.2021).
5. Criminal Law – Sentencing Guidelines – Wisconsin Supreme Court Requires Warning Before Use of Algorithmic Risk Assessments in Sentencing. – “State v. Loomis”, 881 N.W.2d 749 (Wis. 2016) // Harvard Law Review. 2017. Vol. № 130. P. 1530-1537.
6. Loomis v. Wisconsin, 137 S. Ct. 2290 (2017) // URL: https://www.supremecourt.gov/orders/courtorders/030617zor_6j37.pdf (дата обращения 20.04.2021).
7. Писаревский Е.Л. Цифровизация юридической деятельности в социальной сфере // Информационное право. 2018. № 4. С. 22 - 28.
8. Иванов А.Ю., Войниканис Е.А. Право четвертой промышленной революции в России: поиск точки опоры // Закон. 2018. № 5. С. 42-53.
9. Christin A., Rosenblat A., Boyd D. Courts and Predictive Algorithms // URL : https://www.law.nyu.edu/sites/default/files/upload_documents/Angele%20Christin.pdf (дата обращения 15.04.2021).
10. Mussweiler T., Strack F. Numeric Judgments Under Uncertainty: The Role of Knowledge in Anchoring // Journal of Experimental Social Psychology. 2000. Volume № 36. Issue 5. Pp. 495-518.
11. Канеман Д. Думай медленно... Решай быстро // Apple Books.
12. McGregor L., Murray D., Ng V. International human rights law as a framework for algorithmic accountability // British Institute of International and Comparative Law. 2019. Vol. № 68. Pp. 309-343.
13. Талапина Э.В. Алгоритмы и искусственный интеллект сквозь призму прав человека // Журнал российского права. 2020. №10. С. 25-39.
14. Starr S. B. Evidence-Based Sentencing and the Scientific Rationalization of Discrimination // Stanford Law Review. 2014. Vol. № 66. Issue № 4. Pp. 803-872.

ALGORITHMS AND LAW: ANALYSIS INSPIRED BY A JUDICIAL PRECEDENT

Chereshneva, Irina Anatolyevna

RANEPА, AERI, Public management technologies center, junior researcher
Moscow, Russian Federation
chereshneva-ia@ranepa.ru

Abstract

Algorithms penetrate into all spheres of human activity, including law. The pursuance of automation can be expressed by a phrase «words yield to numbers». However, considering the algorithm as a panacea is premature and even careless, especially in terms of sentencing, and more broadly – respect for human rights. Based on the legal research of a case law about use of an algorithmic recidivism risk assessment in sentencing, the article is attempted to find answers to the questions of the interrelation between law and algorithm, the limits of influence of technology on a decision-maker, and the ability to violate human rights by using algorithms. The article is based on research work in the framework of the state assignment of the RANEPА.

Keywords

human rights, discrimination, risk assessment, criminal process, case study, due process right, algorithm

References

1. Bellovin S. M. et al. When Enough Is Enough: Location Tracking, Mosaic Theory, and Machine Learning // URL: https://digitalcommons.law.umaryland.edu/fac_pubs/1375/ (accessed on 13.02.2021).
2. Oxford English Dictionary. Definition of algorithm // URL: <https://en.oxforddictionaries.com/definition/algorithm> (accessed on 21.04.2021).
3. Gillespie T. The Relevance of Algorithms' // Gillespie T., Boczkowski PJ., Foot KA (eds) Media Technologies: Essays on Communication, Materiality, and Society. MIT Press. 2014.
4. State v. Loomis - 2016 WI 68, 371 Wis. 2d 235, 881 N.W.2d 749 // URL: <https://caselaw.findlaw.com/wi-supreme-court/1742124.html> (data obrashcheniya 10.04.2021).
5. Criminal Law – Sentencing Guidelines – Wisconsin Supreme Court Requires Warning Before Use of Algorithmic Risk Assessments in Sentencing. – “State v. Loomis”, 881 N.W.2d 749 (Wis. 2016) // Harvard Law Review. 2017. Vol. № 130. P. 1530-1537.
6. Loomis v. Wisconsin, 137 S. Ct. 2290 (2017) // URL: https://www.supremecourt.gov/orders/courtorders/030617zor_6j37.pdf (accessed on 20.04.2021).
7. Pisarevskij E.L. Cifrovizaciya yuridicheskoy deyatel'nosti v social'noj sfere // Informacionnoe pravo. 2018. № 4. S. 22-28.
8. Ivanov A.YU., Vojnikanis E.A. Pravo chetvertoj promyshlennoj revolyucii v Rossii: poisk tochki opory // Zakon. 2018. № 5. S. 42-53.
9. Christin A., Rosenblat A., Boyd D. Courts and Predictive Algorithms // URL : https://www.law.nyu.edu/sites/default/files/upload_documents/Angele%20Christin.pdf (accessed on 15.04.2021).
10. Mussweiler T., Strack F. Numeric Judgments Under Uncertainty: The Role of Knowledge in Anchoring // Journal of Experimental Social Psychology. 2000. Volume № 36. Issue 5. Pp. 495-518.
11. Kahneman D. Thinking, Fast and Slow // Apple Books.
12. Mcgregor L., Murray D., Ng V. International human rights law as a framework for algorithmic accountability // British Institute of International and Comparative Law. 2019. Vol. № 68. Pp. 309-343.
13. Talapina E.V. Algoritmy i iskusstvennyj intellekt skvoz' prizmu prav cheloveka // Zhurnal rossijskogo prava. 2020. №10. S. 25-39.
14. Starr S. B. Evidence-Based Sentencing and the Scientific Rationalization of Discrimination // Stanford Law Review. 2014. Vol. № 66. Issue № 4. Pp. 803-872. (accessed on 28.02.2021).