

利な点」とが比較される。しかし人は損失回避ゆえに、不利な点の方を利点よりも高く評価してしまう。そのために変化をしないという判断、即ち現状を好む方向に偏るという訳である。

「不作為性向」(omission bias)とは、「作為」(commission)によって誤謬を犯すよりも、「不作為」(omission)による誤謬の方を好むという性向である¹²⁸⁾。選択肢が一つの場合より二つの場合の方がこの性向が強まると言われる。この性向により、予防接種を受けさせない危険が非常に増大すると危惧される。即ち、不作為性向は、自分の子供に対して危険を課するような積極的な手段を採りたくはない(ought not to take affirmative steps)という「倫理ヒューリスティック」(moral heuristics)を表し¹²⁹⁾、“裏切り”への嫌悪と不作為性向は密接に関係している¹³⁰⁾。つまり「不作為」よりも「作為」の方を、人は倫理的に非難する性向がある¹³¹⁾。たとえば、死を望む患者の要望に従って生命維持装置を付けず(更には付けていたものを外すことさえも)、安楽死のために注射を打つという作為よりは法的にも許容されている。また、殺人(作為)は許されなくても、死にかかった人を助けなく(不作為)でも責任がない。(前掲、第一部、第Ⅱ章「第二節 過失責任」内の「8.『ノンフィザンス(不作為)』と『ミスフィザンス(失当な行為)』」の項にて説明した通り、不作為の場合に注意義務違反が課されるのは例外である。)

たとえば¹³²⁾事例1として、暴走したトロッコ(手押し車)がそのまま進行すれば5人の命が奪われると仮定する。しかし路線を変えれば、トロッコは違うレーンに進み、その先に居る一名が死ぬことになる。これに比べて事例2では、

暴走トロッコの先に5人の命が危うくなっている点は同じであるけれども、その5人を助けるためには一名の人間(赤の他人)をレーンに投げ出して進行方向を変えるしか手段が無いと仮定する。多くの回答者は、事例1では一名の命を犠牲にするオプションを選ぶけれども、事例2では一名を投げ出すことを躊躇してしまうと指摘されている。

以上の、「現状執着偏見」等の傾向ゆえに、人は、自らの利益に反する選択判断や行動を採ってしまう。この問題を是正するための方策の一つとしては、前述の通り¹³³⁾、「default」を用いることが有効であるという指摘がある¹³⁴⁾。即ち人々の利益に合致する選択肢を初期値(default)として設定しておいて、その初期値を望まない者のみが他の選択肢を選ぶ「作為」(commission)をさせる(“opt out”という)仕組みである。そうすれば、人の不作為性向に合わせながらも、自律や自決権を維持しつつ多くの人々の「利」に適った政策を実現できるという訳である。

A. 危険効用と損失回避： 損失回避に関して、Sunsteinは、「危険効用衡量」(risk-utility balancing)に関係する興味深い指摘をしている¹³⁵⁾。即ち、人は、認識上の幻影、または、認知的偏見ゆえに(a kind of perceptual illusion, a cognitive bias)、“危険と効用とのトレードオフ”な関係を適切に認識していない虞があるという。即ち、危険だけが認識され、効用が認識されない場合があるのである。つまり人は「損失回避的」(loss averse)なので、「現状」(status quo)からの損失発生は現状からの便益発生よりも更に望ましくないものと捉えがちである。その結果、新規に持ち込まれた危険は、それに伴う“便益”(現状よりも利得)がたとえ非常に大きなものであったとしても、大きな問題が

127) *Id.* at 348.

128) Camerer et al., *Regulation for Conservatives*, *supra* note 1, at 1224 (Ilana Ritoy & Jonathan Baron が命名したとして“omission/commission bias”を紹介している)。See also Sunstein, *Behavioral Analysis of Law*, *supra* note 39, at 1180 n. 22.

129) See *infra* 本節内の「3.『倫理ヒューリスティック』」の項。

130) Sunstein, *Moral Heuristics and Moral Framing*, *supra* note 48, at 1575.

131) *Id.* at 1581-83 & nn. 110-11.

132) *Id.*

133) See *supra* 第Ⅱ章「第四節『パターンリズム』と『自己責任』」中の「6.『自己責任』と自決権」；同節「5.『非対称パターンリズム』と『リタタリアン・パターンリズム』」の項。

134) Camerer et al., *Regulation for Conservatives*, *supra* note 1, at 1225-30.

135) See Sunstein, *Cognition and Cost-Benefit Analysis*, *supra* note 49, at 1068.