３　そして、本件規定についてみると、平成14年改正によって既に７号規定が設けられ、上記２でみた平成23年以降の法整備の進展状況等を併せて考えれば、平成28年頃の時点では、様々な警備業務がある中で、被保佐人であることだけを理由として一律に警備員の欠格事由と定める本件規定は、職業の選択の自由を害し、不当な差別的取扱いを容認する規定となっており、憲法22条１項及び14条１項に違反するに至っていたと考える。

４　さらに、上記２でみた法整備は、いずれも国会が自ら進めたものであり、平成28年頃の時点では、国会において、成年被後見人等を含む障害者の権利問題等に関する立法行為を積み重ねてきたことにより、憲法の人権理念を更に推し進めて合理的な検討を適切に行えば、本件規定が憲法22条１項及び14条１項に違反するものとしてその改廃等を行うべきことが明白になっていたと評価するのが相当である。なお、平成25年、国会は、成年被後見人が選挙権を有しない旨を定めた公職選挙法の規定を違憲と判断した平成25年東京地裁判決を受けて直ちに公職選挙法を改正したが、この一例は、国会において、成年被後見人等に対して行われる権利の制限が、権利の内容・性質等によってその制限が裁判所により違憲と判断される場合があり得ることに直面する機会になったということもできよう。

この点について、多数意見は、平成29年３月（本件退職時点）において、本件規定が憲法の規定に違反するものであることが明白であるにもかかわらず国会が正当な理由なく長期にわたってその改廃等の立法措置を怠ったということはできないと判示する。この判示部分からすれば、本件規定の違憲性が国会において明白であったと評価するものであるか否かは必ずしも明確でない。国会においてその違憲性が明白であったとは認められないとするものであるならば、私はこれに賛同することができない。国会は、障害者の権利保障と成年被後見人等に対する権利制限の縮減等を推進するための法整備を何年にもわたって継続したが、そうした法整備を続けることの意識の根底に基本的人権の尊重、個人の尊厳や平等原則といった憲法の人権理念があり、成年被後見人等を含む障害者の権利保障について更にこれを推進するための立法行為の必要性・重要性を認識していたと考えるべきことは、これまでに述べたとおりである。そして、その間、障害者の権利問題等について社会や国民の意識が高まったが、それを汲み取って立法化していったのは国会自身である。

また、本件規定の違憲性が国会において明白であったとは認められないと評価する立場からすれば、利用促進法の制定についてはあくまで成年後見制度の利用促進を図るためにもっぱらその阻害要因を除去すること等を目的とするものであって、憲法上の問題とは別のものというように理解することになるのかもしれない（多数意見の第３の２⑵イ参照）。しかし、仮に同法制定の主眼がそのようなものであったとしても、同法11条２号が基本方針の一つとして既存の権利制限条項について検討を加えて必要な見直しを行うべきことを定めた意義を決して軽視すべきではなく、同号の規定を憲法の人権理念と切り離されたものとして理解するのは相当ではない。言い換えれば、国会が憲法上の問題の存在について無自覚のままに上記内容を盛り込んだ見直し規定を設けたとは考え難い。

したがって、平成28年頃の時点では、上記のように法整備を推し進めてきた国会において、合理的な検討を適切に行えば、本件規定が、成年被後見人等について職業の選択の自由を害し、不当な差別的取扱いを容認する規定となっており、憲法上の問題があることを当然認識し、本件規定の改廃を行うべき状況にあったものと評価すべきであり、明白性を否定する立場には賛同することができない。

なお、上記明白性をめぐる論点について、私は、本件規定の違憲性が明白になった時期について反対意見のいずれとも見解を異にするものであるが、その理由は、平成28年に利用促進法が制定されることによって、それまでの障害者の権利保障関連の立法により定められた理念に基づき実施すべき各種施策がより具体化したものとなり、しかも目途とはいえ法制上の措置を講ずるべき期限が定められたとの事実を重く評価し、その時点に至り、本件規定の違憲性が確定し、かつ、それが明白になったと考えることにある。そして、このように、私は、本件規定の違憲性が確定した時期と国会においてその違憲性が明白になった時期が同じ頃と考えるものであるが、これは、上記のように国会自らが法整備を進展させ、これに伴って違憲性が確かなものになったという特別な事情の下にあっては、自然なことと考える。

５　以上のとおり、私は、平成23年から平成28年にかけての法整備の積み重ねに基づき、平成28年頃の時点では本件規定の違憲性が確定したものとなり、かつ、同時点では国会において自らの立法行為の継続によってその違憲性が明白になっていたと考える。

もっとも、被上告人の本件退職時点との関係では、平成28年頃から平成29年３月までの間には約１年の期間しかないため、国会において正当な理由なく長期間にわたって本件規定の改廃等の立法措置を怠っていたと評価することはできないと考える。したがって、本件において、本件立法不作為が国家賠償法１条１項の適用上違法の評価を受けるものではないとする多数意見の結論について賛同するものである。

裁判官三浦守の反対意見は、次のとおりである。

私は、本件規定が本件退職時点において憲法22条１項及び14条１項の規定に違反する点については、結論において多数意見に賛同するが、本件規定は、遅くとも平成14年改正時までに、憲法の上記各規定に違反していたものと考える。また、国家賠償法１条１項の適用の点については、多数意見と異なり、本件規定は平成14年改正時において憲法の上記各規定に違反するものであることが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく本件退職時点まで長期にわたってその改廃等の立法措置を怠ったものであり、本件立法不作為は同項の適用上違法であるから、本件上告を棄却すべきものと考える。以下、理由を述べる。

第１　事実関係等について

１　平成14年改正に至る経緯等に関し、原審が適法に確定した事実関係等の概要（公知の事実を含む。）は、判示第１の３⑴に掲げるもののほか、２のとおりである。

２⑴　国際連合は、1982年（昭和57年）、国際障害者年（1981年（昭和56年））の「完全参加と平等」の趣旨をより具体的なものとするため、「障害者に関する世界行動計画」を採択するとともに、1983年（昭和58年）から1992年（平成４年）までの10年間を「国連・障害者の十年」と宣言するなどした。政府は、これらを踏まえ、昭和57年３月、国際障害者年推進本部において、「障害者対策に関する長期計画」を決定するなどした。

そして、政府は、「国連・障害者の十年」終了後も障害者対策をなお一層推進するため、平成５年３月、障害者対策推進本部において、「障害者対策に関する新長期計画」（以下「平成５年計画」という。）を策定した。

平成５年計画は、平成５年度からおよそ10年間にわたる施策の基本的方向と具体的方策を明らかにするものであり、その基本的な考え方として、基本的人権を持つ一人の人間として、障害者自身が主体性、自立性を確保し、社会活動へ積極的に参加していくことを期待するとともに、その能力が十分発揮できるような施策の推進に努めるとともに、障害者を取り巻く社会環境に存在する資格制限等による制度的な障壁等の種々の障壁を除去すること等により障害者が各種の社会活動を自由にできるような平等な社会づくりを目指すなどとし、分野別施策の基本的方向と具体的方策の中で、福祉の分野において、精神障害、視聴覚障害等障害を理由とする各種の資格制限が障害者の社会参加を不当に阻む障害要因とならないよう、必要な見直しについて検討を行うものとした。

⑵　国会は、平成５年12月、心身障害者対策基本法を改正し（以下、この改正を「平成５年改正」という。）、法律の題名を「障害者基本法」に改めるとともに、同法の目的として、障害者の自立と社会、経済、文化その他あらゆる分野の活動への参加を促進することを目的とする旨を規定し、障害者の定義として、精神障害を明示して規定し、基本理念として、「すべて障害者は、個人の尊厳が重んぜられ、その尊厳にふさわしい処遇を保障される権利を有するものとする。」「すべて障害者は、社会を構成する一員として社会、経済、文化その他あらゆる分野の活動に参加する機会を与えられるものとする。」と規定するなどした。

⑶　内閣府に設置された障害者施策推進本部は、平成11年８月、平成11年決定において、資格、免許又は業の許可等の欠格事由として障害者を表す身体又は精神の障害を掲げるなどする法令の規定（以下「障害者に係る欠格条項」という。）の見直しを行うこととした。