判断の基準時（本件では本件退職時点である平成29年３月）から違憲の法令を改廃するために必要な合理的期間を遡った時点では明白であったということで足りることになる。要するに、立法不作為の国家賠償法上の違法性が問題になる事件では法律が違憲になった時点を確定する必要はなく、また、遅くとも違憲判断の基準時から遡った一定の時点までには違憲が明白になっていたという認定判断で足りるということである。

もっとも、私は、上記⑵のように、合理的立法者を観念して、まずは法律の規定内容自体、そして更にはそれに関連する法令や社会状況の変遷に表れた客観的な要素を重視すべきと考えるので、本件規定の違憲性が明白となったことを基礎付ける事情としては、明確な事象として平成14年改正による７号規定の施行が重要な契機になると考えている。

そういう観点から本件をみると、①　1970年代後半（昭和50年頃）からの国連などの国際社会及び我が国の政府・国会における障害者福祉増進の取組と特にその雇用分野への反映としての「障害者の雇用の促進等に関する法律」（昭和62年）、「障害者基本法」（平成５年）等の立法（改正）の実現、②　障害者施策推進本部の平成11年決定による障害者（精神障害者を含む。）の法令上の欠格事由の必要性を再検討し、真に必要なものについても、相対的欠格事由（個別審査規定）とすることの提言（憲法上の権利利益の侵害について、ある属性の者をグループとして一括りに保護や制限の在り方をみるという姿勢から、個人の具体的な権利に対する侵害の有無の検討を重視するようになってきていることも、絶対的欠格事由から相対的欠格事由（個別審査規定）への制度変更を促す要素となっているように思われる。）と、平成11年整備法による禁治産者又は準禁治産者に係る欠格事由の改正と今後の更なる見直し等に向けた格段の努力への附帯決議による国会自身の決意表明、③　警備業法の平成14年改正で精神病者を欠格事由とすることに代えて同法３条７号に相対的欠格事由（個別審査規定）を導入した結果、この７号規定が同条１号の「被保佐人」の内容と文言上明らかな重なり合いが生ずるようになったこと、そして被保佐人を一律の欠格事由とすることにより被上告人のように精神上の障害があっても７号規定の下では警備員になり得た者が本件規定により排除されてしまうことが規定上明らかになったのに、警備業務の内容次第ではその遂行に問題のない者まで過剰に包摂してしまうことになる被保佐人の一律排除規定（本件規定）をそのまま残したこと、④　被保佐人の一律排除の理由について、家庭裁判所による精神上の障害の認定という確実な判断を借用することにより警備業者の警備員採用の便宜や行政庁による監督の便宜に資するという公共の利益に配慮したものであるとして説明できることは否定できないが（なお、被保佐人とされるような精神上の障害を有する者が警備員の中には存在しないということで警備業務を依頼する顧客や円滑な交通誘導の恩恵を受ける第三者の中に一定の安心感が生まれることもあろうが、このような漠然とし、曖昧模糊としたものを憲法上の権利をも制約し得る「重要な公共の利益」に含めることは困難である。）、このような事務遂行上の便宜によって平等保護原則や職業選択の自由の制限を憲法上正当化するのは利益衡量として著しくバランスを欠いていることが規定自体から分かること等を総合して考えると、平成14年改正に係る法律（以下「平成14年改正法」という。）の施行後に７号規定だけの運用では警備業者の実務運用に支障があるのでやはり被保佐人の一律排除も必要であるなどと指摘された形跡もないこと（むしろ、一括整備法により被保佐人の欠格事由を削る際に、警察庁は、その時点までの具体的な事情を踏まえるというより、７号規定が既に設けられているから特段の影響が想定されないとの評価をしている。）にも鑑み、平成14年改正法の施行により違憲が明白になったと十分いい得ると考える。

平成14年改正法がどのようなものであったとみるかを更に補足する。

警備業法２条１項各号に掲げる警備業務の多様な類型、警備業者が個々の警備員の能力に応じて、行わせる業務を配慮して調整することができること（例えば、被上告人が担当していた交通誘導業務の中にも、実施が容易であったり、複数人で行うことにより円滑に実施できたりするものなど様々なものがあろう。）、警備業者による実施が法律上義務付けられている警備員に対する教育、指導、監督等に鑑みると、財産の処分等に必要な事理を弁識する能力が著しく不十分とされる被保佐人の中に、一定の警備業務であれば遂行できる能力を有する者がいることは、明らかであるといってよい。被上告人本人が正にそのような者であったし、障害者（精神障害者を含む。）を多数雇用している警備業者があることをうかがわせる証拠も本件記録中に存在する。また、立案当局及び国会が、平成14年改正法の立法に当たり、その専門的、技術的知見を使って、被保佐人とされた者あるいは精神上の障害を有する者の中にも一定の警備業務を行える者がいるのかどうか、いるとすればどのくらいいるのか、警備業者がそのような者を雇用する場合の実務上の留意点などを検討した形跡は証拠上認められない。

平成14年改正法施行後も残る本件規定が被上告人のような立場の者にとって特に酷な規定であったことは、①　被上告人と雇用主である警備業者（以下「本件会社」という。）との間の雇用契約では被上告人は本件会社の指定する場所で交通誘導業務に従事することとされていたことから、被上告人は、工事現場や駐車場等での交通誘導業務に従事していたが、本件退職時点まで被上告人の誘導ミス等により事故が発生したことはなく、本件会社を含む雇用主からそれまで警備員としての資質を問題視されたり、業務遂行の不適切さを理由に指導や注意を受けたりしたこともないこと、②　被上告人は本人としてはどうすることもできない軽度の知的障害を有する者であるが、就職に当たって本件会社に提出された医師の診断書には被上告人が７号規定の要件に該当しない旨の記載があること、③　被上告人が保佐開始の申立てをしたのは、親族との間で被上告人の財産の管理をめぐるトラブルがあり、福祉関係者の支援の下で自己の財産を守るためのやむを得ないものであったとうかがわれることにも表れており、自己の財産を守ろうとする精神上の障害のある者にとって、生活の基盤である職業の維持継続を採るか、自己の財産の保護を採るかというつらい選択を迫るものになっていたことからも分かる。

平成14年改正法が７号規定として相対的欠格事由（個別審査規定）を導入したにもかかわらず本件規定をそのまま残したことについて、立案当局は、「精神病者」が欠格事由から削られたことの代替として７号規定を導入することを意図していたとうかがわれるが、その際、本件規定をそのまま残すことの当否を検討したことに関する証拠はない。上告人は、およそ被保佐人である以上全て７号規定による不適格者に当たることを前提として（本件では上告受理申立て理由から排除されているが、被上告人が保佐開始の審判を受けたということは自動的に７号規定にも該当するということにもなるのであって、被上告人が被保佐人となったことと被上告人の失職との間に相当因果関係がない旨の上告人の主張もその前提に立つ。）、導入されたばかりの７号規定の審査に習熟していない中小の警備業者の自発的判断により７号規定の該当性を判断するのは困難を伴うから、家庭裁判所が証拠に基づいて精神上の障害があることを認定した被保佐人を欠格事由とすることにより警備員の採用に当たる警備業者やこれを監督する行政庁の負担が軽減できるという便宜を主張する（したがって、一括整備法が本件規定を削ったのも、７号規定の存在により必要性がなくなったからということではなく、成年後見制度の利用促進のための政策的な観点によるという主張に結び付く。）。しかしながら、被保佐人であれば全ての者が当然に７号規定に該当するという前提自体に疑問がある上、警備業者等の事務遂行上の便宜と被保佐人の憲法上の権利利益とでは比較衡量のバランスを著しく欠くことも前記のとおりである。更にいうと、保佐制度の利用の少なさからすると実際には精神上の障害のある者の大部分の雇用に関係することとなる７号規定は、中小の警備業者の自発的判断の負担に対する配慮をせずにそのまま施行されているのである。

私の上記のような判断は、立法府の制度設計に係る裁量を考慮し、結局は一括整備法によって本件規定を削っていることに鑑みると、厳しすぎるとみる向きがあるかもしれないが、本件の国家賠償法上の違法性に係る状況を厳格にみる必要があるのは、前記のように近代社会の歴史を振り返ると、平等保護原則が職業選択の自由がなかった過去の制度を変革し、社会を豊かなものにする原動力になったという事実があるからであって、こういうように平等保護原則と職業選択の自由の相互の結び付きによる相乗効果（シナジー効果）をみることにより、これまで余り疑問に思われていなかった制度の中にも不合理な差別が潜むことが分かるということがあるからである。憲法適合性の問題（違憲か否かの問題）と違憲の明白性の問題