⑶　長期にわたる不作為

ア　本件規定の違憲性が国会において明白になっていた平成23年７月の障害者基本法改正当時から本件退職時点である平成29年３月までの間に、国会が本件規定の改廃を行わなかった本件立法不作為は、この間の本件規定をめぐる以下の諸事情を考慮すると、正当な理由なく長期にわたって本件規定の改廃の立法措置を怠ったものであるということができる。

障害者権利条約の批准及び国内法の整備等の経緯、利用促進法の制定等の経緯のうち、平成23年７月以降に生じた事情については、多数意見第１の３⑵イ、同３⑶エからカまでに記載のとおりである。また、多数意見第１の３⑶ウに記載のとおり、平成25年３月に平成25年東京地裁判決が出され、僅か２か月後の同年５月には公職選挙法が改正され、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は削除されている。平成25年東京地裁判決が出されたからとはいえ、この迅速な対応は、本件規定の削除に要した時間の長さを浮き立たせるものである。そして、平成26年１月の障害者権利条約の批准、同年２月の同条約の発効により、我が国は、障害者に対する差別となる既存の法律等を修正し、廃止するための全ての適当な措置（立法を含む。）をとること、障害者が他の者との平等を基礎として労働についての権利を有することを認め、あらゆる形態の雇用に係る全ての事項（募集、採用及び雇用の条件、雇用の継続等）に関し、障害に基づく差別を禁止するための適当な措置（立法を含む。）をとること等が責務となっていた。したがって、同条約批准・発効後は、国会はより速やかな本件規定の改廃措置をとるべき状況だったといえる。

イ　多数意見は、170余の法律に設けられた成年被後見人等に係る欠格条項の全てについて見直しを行うに当たっては、欠格条項を設けている各種制度の間の整合性にも配慮しながら検討を進める必要があり、本件のみ先行して見直しを行うことを要するような事情が存在したとはうかがわれないと判示する（多数意見第３の２⑵ウ）。しかし、本件規定により制約を受けている権利は、職業選択の自由と法の下の平等という国民の重要な憲法上の権利利益であるから、合理的な理由なしに違憲である状態を継続することを容認できないと考える。特に、警備業法については、既に７号規定が設けられているため、本件規定が違憲である状態を解消するためには、本件規定を削除するだけで足り、立法技術的に困難を伴うものでなかったことは明らかである。一括整備法の対象となった法律は170余に上り、所管の府省庁も16に及び、欠格事由により制限される資格等は多岐にわたる。例えば、国家公務員、自衛隊員等の公務員、医師、公認会計士等の士業、医療法人、学校法人の役員等各種法人役員、薬局開設の許可、貸金業の登記、旅館業の許可等の営業許可、及び法人営業許可に関わるものが一括整備法の対象となっている。このように性格の異なる多種多様な資格や業務に関する欠格条項についてすべての検討作業が完了するのを待って、それらと同時に本件規定の改廃を行う必要性は見当たらない。したがって、国会は、本件退職時点まで、正当な理由なく長期にわたり本件規定の改廃を怠ったものと認められる。

⑷　結論

以上によれば、遅くとも平成23年７月の障害者基本法改正当時には本件規定の違憲性が国会において明白となっていたにもかかわらず、国会が本件退職時点まで本件規定の改廃を怠ったことは、国家賠償法１条１項の適用上違法と評価されるものと考える。

よって、被上告人の請求を一部認容した原判決は妥当であり、上告人の上告は棄却されるべきである。

裁判官高須順一の反対意見は、次のとおりである。

１　はじめに

私は、多数意見とは異なり、本件立法不作為は国家賠償法（以下「国賠法」という。）１条１項の適用上違法であり、被上告人の損害賠償請求は認容されるべきと考えている。もっとも、私の考える判断枠組み自体は、多数意見とおおむね同じであり、本件規定の憲法適合性について検討した上で、国賠法１条１項の違法性を判断するというものである。私も、本件規定は憲法22条１項及び14条１項に違反するものであるが、その違憲性は平成11年整備法により本件規定が制定された当時から生じていたのではなく、その後の立法事実の変遷によって本件退職時点には違憲となっていたと考えている。そして、国会が本件規定を改廃しなかった本件立法不作為に関して、遅くとも平成22年頃には本件規定が憲法に違反するものとなっており、障害者基本法の改正がなされた同23年には違憲であることが国会において明白となったというのが私の意見である。その結果、本件退職時点においては、国会が正当な理由なく長期にわたって立法措置を怠ったものと認められ、本件立法不作為について国賠法１条１項の違法性が認められる。以上が私の意見の骨子であり、以下、その理由について述べる。

２　本件規定が違憲となった時期

⑴　憲法適合性の判断基準

本件退職時点において本件規定が憲法22条１項及び14条１項に違反するものとなっていたことは多数意見も認めるところであり、私もこれと異なる意見を持つものではない。本件規定は、障害者である被保佐人について精神上の障害を理由として狭義における職業選択の自由そのものを制約するものであり、同時に被保佐人と被保佐人でない者（精神上の障害を有しない者のほか、精神上の障害を有するが保佐制度を利用していない者が含まれる。）とを区別するものである。したがって、本件規定を合憲と判断するためには、多数意見も指摘するとおり、本件規定による規制が重要な公共の利益のために必要かつ合理的な措置であることを要するというべきである。また、その判断に当たっては規制の合理性を支えるだけの立法事実が存在するか否かを検討する必要があり、警備業務の実態や保佐を含む成年後見制度の在り方、精神上の障害を有する者を取り巻く状況、さらには立法目的を達成し得る代替措置の有無等に関する諸事実を具体的に検討する必要があると考えている。

なお、本件訴訟は被上告人の退職をめぐる紛争であるから、本件退職時点における本件規定の憲法適合性がまずは検討されることになる。この限りでは本件退職時点における立法事実の存在の有無を明らかにすべきこととなるが、本件訴訟では本件規定の憲法適合性の判断のみならず、本件立法不作為の国賠法上の違法性の有無に関する判断が求められているため、上記１で言及したように、国会が長期にわたって立法措置を怠ったと評価されてもやむを得ない程度の時点までに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になっていたといえるか否かをさらに検討しなければならない。そこで、違憲であることが明白となった時期の判断が必要不可欠となり、その前提として違憲となった時期がそもそも問題となる。この点は、少なくとも明白となった時期以前であれば足りることとなるが、具体的な時期を判断し得るのであれば、その時期を明示することが本件事案の解決に当たりより有意義であると考える。

⑵　平成14年当時までの状況

違憲となった時期について多数意見は、本件前身規定が設けられた昭和57年改正の当時、平成11年整備法の制定当時、さらには７号規定が新設された平成14年改正の当時のそれぞれの立法府の判断は、その合理的裁量の範囲を逸脱するものであったとはいえず、違憲ではないとした上で、その後の本件規定を取り巻く諸事情の変化によって、本件退職時点にはその合理的裁量の範囲を逸脱し、違憲となっていたと判断している。もっとも、本件前身規定が設けられた昭和57年改正の当時、成年被後見人等（当時の用語は禁治産者及び準禁治産者）の警備員就業を一律に規制することの合理性が国会において十分に検討されていたのか否かに関しては、疑問の余地がないではない。また、その後の平成11年整備法の制定、平成14年改正の時点においても同様に十分な検討がなされることなく本件規定が維持されたように思われる。取り分け、平成14年改正の時点においては、７号規定が設けられ、障害の程度に関する個別具体的な判断が可能となったのであるから、成年被後見人等を一律に欠格者と定めることの合理性は必ずしもなくなったとも考えられる。その意味では既にこれらの時点、取り分け、平成14年改正時点において、本件規定の憲法適合性に関してはそもそも疑問を挟む余地があったとも思料される。ただ、平成14年当時までの社会的、経済的、あるいは政治的な諸状況に鑑みれば、この当時の段階で本件規定が憲法22条１項及び14条１項に違反すると判断することは困難であったといわざるを得ず、本件規定の違憲性の判断は、平成14年以降の本件規定を取り巻く立法事実の変遷を待たざるを得なかったというのが私の意見である。

⑶　違憲となった時期の確認

上記⑵で指摘したように、多数意見は、遅くとも本件退職時点までには本件規定に関する立法府の判断はその合理的裁量の範囲を逸脱するに至り、本件規定は違憲になっていたと判示している。しかしながら、私はこの点に関し、本件に係る立