第３に，国会が真摯な努力を行っているか否かの判断においては，国会が自ら行った過去の検討の成果をどのように利用しているかが重要な要素となるというべきである。

参議院選挙区選出議員の選挙区の定数是正について，国会は，平成16年大法廷判決後，平成17年７月に施行される参議院議員通常選挙までの間に較差を是正することは困難であるとして較差是正を見送り，従来の定数配分規定によって平成17年の通常選挙が施行された。同選挙後の検討の結果成立した平成18年改正においても，平成19年７月施行の参議院議員通常選挙に向けた当面の是正策として４増４減の措置が実施されただけであり，根本的解決は同選挙後の検討に先送りされた。平成18年改正による定数配分規定について平成21年大法廷判決は投票価値の不平等の是正については国会における不断の努力が望まれると指摘したが，国会は選挙制度の見直しを平成22年７月施行の参議院議員通常選挙後に先送りしただけでなく，同選挙に向けての当面の較差是正をも見送り，同選挙を対象とした平成24年大法廷判決で定数配分規定は違憲の問題が生ずる程度の著しい不平等状態に至っていたと指摘されることになった。そして，同選挙前に目標とされた平成23年度中に参議院議員選挙の抜本的改革を内容とする公職選挙法の改正法案の提出は実現されず，平成24年11月16日に成立した平成24年改正法においても，平成25年７月施行の参議院議員通常選挙に向けた当面の是正措置として４選挙区で４増４減措置を定めたにすぎず，抜本的な改革は平成28年７月施行の参議院議員通常選挙まで再び先送りされた。こうした国会の改正作業について，私は平成24年大法廷判決の反対意見において，「平成18年改正の４増４減措置は，表向きは暫定的なものとされていたものの，その真意は，それを実質的に改革作業の終着駅とし，しかも，最大較差５倍を超えないための最小限の改革に止めるという意図によるものであったと評価せざるを得ない。」と述べたが，平成24年改正についても，国会が過去の検討結果を利用して審議を促進させようとの動きを見ることはできず，国会の真摯な努力については疑問を持たざるを得ない。

関係者の主観的意図は別として，国会の行動は，外形的には，定数配分規定の憲法適合性が問題になると当面の選挙を対象とした暫定的措置を採って抜本的改革は先送りし，次の選挙が近づき定数配分規定の憲法適合性が問題になるとまた暫定的措置を採るのみで抜本的改革を先送りするということを繰り返しているように見える。平成24年大法廷判決の判示するとおり参議院の定数配分の違憲状態を解消するためには選挙制度の仕組み自体の見直しが不可欠である以上，このような暫定的措置と抜本的改革の先送りを繰り返すだけでは，違憲状態が解消されるものではなく，制度の仕組み自体の見直しを内容とする改正の真摯な取組がされないまま期間が経過していくことは国会の裁量権の限界を超えるとの評価を免れないというべきである。

上記の諸事情を考慮すれば，本件選挙までに憲法の要求する投票価値の平等の実現を図らなかったことは国会の裁量権の限界を超えたものといわなければならない（そもそも，違憲の問題が生ずる程度の著しい不平等状態に至っていたとされる状態を是正することは国会の憲法上の責務であり，裁量の問題とすることには違和感を覚える。当審は，最高裁昭和49年（行ツ）第75号同51年４月14日大法廷判決・民集30巻３号223頁（以下「昭和51年大法廷判決」という。）以降，衆議院議員の選挙における投票価値の較差について，投票価値の平等の観点から憲法上問題があると判断した場合の次の判断事項として，「憲法上要求される合理的期間内における是正がされなかったといえるか否か」と判示して期間の問題であることを明示しているが，参議院議員選挙についてもこれと同様の問題の捉え方が適切であると考えられる。）。したがって，本件定数配分規定は，本件選挙当時において憲法に違反するものであったことになる。

２　参議院議員の選挙における投票価値の較差に関する憲法適合性判断の枠組み及びこうした判断の方法が採られてきたのが，憲法の予定している司法権と立法権の関係に由来するものと考えられることは，多数意見が指摘するとおりである。また，違憲の問題が生ずる程度の著しい不平等状態に至っている旨の司法の判断がなされれば国会はこれを受けて是正の責務を負うものであることも，多数意見が指摘するとおりである。ただし，客観的に違憲状態にある場合には司法判断の有無にかかわらず国会はこれを是正する責務を負うとの私の考えは前記１において述べたとおりである。

上記の国会の負う責務は，憲法尊重擁護義務を負う国会議員から構成される国会の憲法上の義務であり，法的な義務と理解される。同時に，定数配分規定及びこれに基づく参議院議員通常選挙の憲法適合性は，当該選挙によって選出される個々の議員及びこれにより構成される国会の正統性に関わる問題であり，国会及び各議員は，その正統性を回復するために速やかにこれを是正する政治的な義務を負うものと考えられ，他方で主権者である国民は選挙権の行使その他法令上認められた権利を行使して違憲状態の是正を求める政治上の権能を有するものであるから，上記の是正に係る国会の裁量権は，この主権者による政治的な権能の行使による監視・制約を前提にするものであることを付言しておきたい。

３　前記１に述べた枠組みによる判断の結果定数配分規定が憲法に違反するとされた場合においても，具体的事情により当該定数配分規定によって行われた選挙を無効としないものとすることがあり得る（昭和51年大法廷判決参照）。このいわゆる事情判決の法理については，行政事件訴訟法の規定に含まれる法の一般原則に基づくものと理解されているが，私は，また，これは違憲判決の効果の範囲・内容を定めるについて裁判所の有する裁量権（最高裁平成24年（ク）第984号，第985号同25年９月４日大法廷決定・民集67巻６号1320頁参照）の表れの一つであると考えるものである。殊に，定数配分規定の違憲を理由とする選挙無効訴訟は，公職選挙法204条の選挙の効力に関する訴訟の形式を借りて新たな憲法訴訟の方式を当審が創設したという実質を有するものであり（最高裁昭和59年（行ツ）第339号同60年７月17日大法廷判決・民集39巻５号1100頁の４名の裁判官の補足意見参照），その効果を定めるについて裁判所の裁量を認める余地は大きいものということができよう。勿論，憲法上保障される個人の基本的権利の侵害が問題になっている場合には，違憲の効力を制限することには慎重であるべきだが，本件はいわゆる客観訴訟でありそのような問題は生じない。

上記のように考えた場合には，裁判所は，昭和51年大法廷判決のいう違法であることを判示するにとどめて選挙自体は無効としないとすることや，上記の昭和60年大法廷判決の補足意見のいう選挙を無効とするがその効果は一定期間経過後に初めて発生するものとすることが可能であるだけでなく，全ての選挙区について選挙無効とするのではなく，一定の合理的基準（例えば較差が一定以上）に基づいて選択された一部の選挙区についてのみ選挙を無効とし，その他の選挙区については違法を宣言するにとどめることも可能であると考える。

「投票価値の不平等が，かくも広く長期にわたって改善されない現状は，事情判決を契機として，国会によって較差の解消のための作業が行われるであろうという期待は，百年河清を待つに等しいといえる。」（平成16年大法廷判決の深澤武久裁判官の追加反対意見）との指摘について，私としても同感するところが少なくなく，本件においては，少なくとも較差が４倍を超える６つの選挙区については選挙を無効とすべきではないかとも考えるところである。しかしながら，民主主義は本来的に非効率的な面を有する制度であることや，一部の選挙区についてのみ選挙を無効とすることができるという考え方についてはいまだ十分な議論がなされていないこと，参議院において現在も一定の改正作業が進行しており，今後の情勢は不透明ではあるが，選挙制度協議会において当審判決を前提に較差を２倍未満とする座長案が提案されるなど，少なくとも国会の中にも当審がこれまでの判決に込めたメッセージを受け止めてこれに対応しようと努力する動きがあることなどに照らすと，現時点で直ちに国会の自主的判断による是正の実現は期待できないと断ずるのは早すぎると考える。平成24年改正法が附則において平成28年に施行される通常選挙に向けて選挙制度の抜本的な見直しについて結論を得る旨明記して国会が改革を実現する意思を自ら公に示していると理解できること，主権者である国民がその様々な政治上の権能を行使して国会にその改革を実現するよう働きかけることが期待できること等を考慮し，本件においては選挙を無効としないことを選択するのが相当であると考える。

４　以上により，私は，本件定数配分規定は，本件選挙当時，違憲であり，いわゆる事情判決の法理により，請求を棄却した上で，主文において本件選挙が違法である旨を宣言すべきであると考える。