このように，本件選挙時点において選挙区間における投票価値に著しい不平等があり，かつその不平等を強いられる選挙人の数が上記のとおり著しく多数に及ぶことからして，その不平等は憲法14条に違反し違憲状態にあると評価せざるを得ないのである。

４　本件選挙の違法性

⑴　従前の最高裁判所大法廷判決による問題点の指摘

ア　平成８年大法廷判決

平成４年７月26日施行の参議院議員通常選挙（選挙区間の選挙人数の最大較差は１対6.59）に係る平成８年大法廷判決では，多数意見（８名）は合憲との判断をしたものの，同選挙当時における較差は違憲の問題が生ずる程度の著しい不平等状態が生じていたものと評価せざるを得ないと説示し，１名の意見は定数４人以上の選挙区の間における選挙人数の最大較差（１対4.54）は法の下の平等を保障した憲法14条１項の規定に明らかに違反するとし，６名が違憲であるとして詳細な反対意見を述べた。

イ　平成10年大法廷判決

平成７年７月23日施行の参議院議員通常選挙（選挙区間の選挙人数の最大較差は１対4.97）に係る平成10年大法廷判決では，多数意見（９名）は，同選挙当時の選挙区間における投票価値の不平等は，当該選挙制度の下において投票価値の平等の有すべき重要性に照らして到底看過することができないと認められる程度に達しているとはいえないとして合憲との判断をしたのに対し，平成８年大法廷判決で意見を述べた１名が同判決におけると同様の見解に立つ意見を述べ，５名が違憲説に立って平成８年大法廷判決と同様に詳細な反対意見を述べた。

ウ　平成12年大法廷判決

平成10年７月12日施行の参議院議員通常選挙（選挙区間の最大較差は１対4.98）に係る平成12年判決では，多数意見（10名）は平成10年判決と同様の見解を述べたのに対し，５名が違憲の立場から詳細な反対意見を述べた。

エ　平成16年大法廷判決

平成13年７月29日施行の参議院議員通常選挙（選挙区間の最大較差は１対5.06）に係る平成16年大法廷判決では，多数意見（９名）は，平成12年改正法は，憲法が選挙制度の具体的な仕組みの決定につき国会に委ねた立法裁量権の限界を超えるものではなく，平成13年選挙当時においてその定数配分規定が憲法に違反するに至っていたということができないとの点では一致したものの，それ以上の共通の多数意見を形成することができず，その内の４名は，立法当初の選挙区間における議員１人当たりの選挙人数の較差からはあまりにもかけ離れた較差を生じている現行の定数配分は，合憲とはいえないのではないかとの疑いが強い，とした上で，偶数配分制を維持しつつ，その改善を図ろうとするならば，選挙区として都道府県を唯一の単位とする制度の在り方自体を変更しなければならなくなることは自明のことである，として選挙制度を根本的に見直す必要性を説いている。また，６名は違憲であるとして，それぞれ詳細な理由を付した反対意見を述べている。

オ　平成18年大法廷判決

平成16年７月11日施行の参議院議員通常選挙（選挙区間の最大較差は１対5.13）に係る平成18年大法廷判決では，多数意見（10名）は，選挙区間の較差が平成16年判決当時とそれ程大きく異なるものではないこと，平成16年判決から同選挙の施行日までの期間が約６か月にすぎず，選挙区間の選挙人の投票価値の不平等を是正するための期間として必ずしも十分なものでなかったこと等を挙げて合憲との判断を示したものの，国会において選挙区間における選挙人の投票価値の較差をより縮小するための検討を継続することが，憲法の趣旨に沿うものというべきであると述べ，また多数意見を構成する裁判官中５名がその補足意見において選挙制度の抜本的な見直しを求める意見を述べている。他方，５名の裁判官がそれぞれ詳細な理由を付して違憲の反対意見を述べている。

カ　平成21年大法廷判決

平成19年７月29日施行の参議院議員通常選挙（選挙区間の最大較差は１対4.86）に係る平成21年大法廷判決では，多数意見（10名）は，参議院では，平成16年大法廷判決の指摘を受け，当面の是正措置を講ずる必要があるとともに，その後も定数較差の継続的な検証調査を進めていく必要があると認識され，平成18年改正はこうした認識の下に行われたものであり，また，選挙区間における議員１人当たりの最大較差は前回の選挙より若干縮小したことなどの理由から合憲との判断を示したものの，最大較差の大幅な縮小を図るには，現行の選挙制度の仕組み自体の大幅な見直しが必要なことは否定できず，国会において，速やかに投票価値の平等の重要性を十分に踏まえて適切な検討が行われることが望まれるとの意見を付した。また，多数意見を構成する裁判官中４名が，早期の根本的な是正措置の必要性を説く補足意見を述べている。他方，５名の裁判官が違憲の立場からそれぞれ詳細な反対意見を述べている。

⑵　国会の立法不作為の違法

国会は，憲法により負託された立法裁量権を適正に行使すべき責務を負っている。殊に，選挙制度に関しては，国会が国権の最高機関たる由縁が，国会を構成する議員が国民の参政権の行使たる選挙によって選任されることにある以上，その参政権が適正に行使されるよう，その投票価値の平等について格段に意を払うべき責務があるものというべきである。

ところが，前記のとおり，既に昭和37年施行の参議院議員通常選挙施行時において，選挙区間の議員１人当たりの選挙人数の最大較差が参議院発足時の2.62倍であったものが４倍を超えるに至り，以後恒常的に４倍台後半から５倍余（最大は6.59倍）で推移していたにもかかわらず，国会は，平成６年の公職選挙法改正までの間較差是正の為の立法措置は全くとらなかったのであって，その不作為は責められて然るべきである。また，選挙区選出議員選挙に関する平成６年，同12年，同18年の改正は，前述のとおり，大きな較差を若干減らすという効果のみを目的とした当面の弥縫策としか解し得ないものである。

ところで，平成８年大法廷判決では，８名の多数意見は，平成４年選挙施行時の較差は，違憲の問題が生ずる程度の著しい不平等状態が生じているものと説示し，１名の意見は一部違憲，６名の反対意見は違憲を説くものであった。国会としては，かかる大法廷判決がなされた以上，速やかに参議院の憲法上の位置付けをも踏まえて，既存の選挙制度を抜本的に見直し，国民の投票価値の平等をできる限り実現し，憲法上の違法評価を受けるおそれのない制度を，立法をもって構築すべき法的責務を負うに至ったものというべきである。

もちろん，かかる選挙制度の見直しには，多面的な視点からの検討が不可欠であるから相当の時間を要することは已むを得ない。しかし，国会は，上記平成８年大法廷判決がなされても見直しに着手しなかった。その後の平成10年及び平成12年の大法廷判決も，それぞれ５名の，選挙は違憲であるとする無視できない数の反対意見を抱えた上で，多数意見も，較差は未だ違憲とまではいえないとする消極的合憲論に止まっていたのであり，平成８年大法廷判決が指摘した問題点はその後も主要な論点としてそのまま存在していたのである。かかる状態であったにもかかわらず，国会が漸く参議院の選挙区選出議員制度の見直しに着手したのは，平成16年大法廷判決の厳しい指摘を受けて，平成16年12月１日に参議院議長の諮問機関である参議院改革協議会の下に選挙制度に係る専門委員会が設けられてからである。

しかし，同委員会の検討を踏まえてなされた結論も，前記のとおり当面の弥縫策としか評価し得ない，選挙区選出議員の４増４減を内容とする平成18年改正法として実現したに止まる。

同改正後も，前記のとおり当審は平成18年及び平成21年の各大法廷判決において，早期の選挙制度の見直しの必要性について指摘しているにもかかわらず，本件選挙までの間，選挙制度の抜本的見直しに関する法案が国会に上程されることなく推移してきたのである。

国民の参政権の基礎をなす投票権の平等という憲法上の重要な問題について，前記のとおり平成８年大法廷判決においてその問題の重要性を指摘され，更に，平成16年，平成18年，平成21年の各大法廷判決において選挙制度の根本的見直しの必要性を具体的に指摘されながら，本件選挙までその具体案を国会に上程することすらしない国会の対応は，国会に与えられた立法に係る裁量権を合理的に行使すべき責務を怠るものとして，その不作為に対して違法との評価をなさざるを得ないものである。

５　選挙無効の可否

私は，平成21年判決反対意見において，平成19年選挙は違憲ではあるが事情判決の法理によるべきであるとの意見を述べた。しかし，違憲状態にあることが明らかであった平成19年選挙から本件選挙までの３年の間，選挙制度の改正について具体的な立法提案が何らなされることなく本件選挙に至っているのであって，国会の怠慢は，座視するに耐え難い程著しいものであるといわざるを得ず，事情判決を超えて選挙無効との結論を出すことも十分に考えられる状況にあると言える。

ところで，従前の参議院議員選挙の大法廷判決における反対意見において，何名かの裁判官が選挙無効判決の可能性に言及しているが，結論的には事情判決の法理によるべきであるとしていて，選挙無効の判決をなした場合の効力について殆ど言及されていない。