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。

しかし，選挙無効との判断をなすに当たっては，その無効判決の効力及びその判決の効力が及ぶ範囲について検討する必要がある。

投票価値の平等に反する違憲な状態の選挙区割りに基づいて行われる選挙は，その選挙それ自体が違憲・違法ということになる。その場合に，選挙訴訟が提起された選挙区以外の全ての当選人の当選を無効にすることは，その選挙により選出された議員が全て当初から議員としての資格を有しなかったことになる結果，既にその議員によって組織された参議院の議決を経て成立した法律等の効力についても問題を生じるという明らかに憲法の所期しない結果を生ずるのであって，かかる解釈を採るべきでないことは明らかである（衆議院議員選挙について事情判決の法理を採用した最高裁昭和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頁における多数意見参照）。

そして，一般に投票価値の平等違反を理由とする選挙無効訴訟にも公職選挙法204条が適用されると解されており，本件訴訟もそれを前提として提起されたものである。同訴訟において選挙無効の判決がなされた場合には，訴訟の対象となった選挙区選挙における当選人が将来に向かってその地位を失うのであって，その議員がその地位を失うまでに参議院議員として関与した法律等の効力には影響を及ぼさないというべきである（前掲昭和51年大法廷判決の多数意見及び最高裁昭和56年（行ツ）第57号同58年11月７日大法廷判決・民集37巻９号1243頁における団藤重光，中村治朗裁判官の反対意見参照）。

なお，選挙無効判決がなされた選挙区では，その判決によって失職した議員の欠員を補充するための選挙をなす必要があるところ，違憲状態のままではその選挙を施行することができない。しかし，その選挙区の違憲状態を解消するに足る立法上の措置をなすことによって，議員の欠員を補充するための選挙を行うことができるのであり，国会がその選挙に必要とされる法整備を怠るとすれば，そのこと自体の責任もまた政治的に厳しく問われることになるであろう。

６　選挙無効訴訟と当該選挙区における選挙人の権利侵害との関係

選挙人が提起する選挙無効訴訟は，一般に客観訴訟の具体例と解されている。しかし，選挙無効訴訟であっても，公職選挙法204条に基づく選挙無効訴訟は，当該選挙区の選挙人たる原告が，その選挙区で選挙された当選人の当選の効力を争う訴訟である以上，その請求が認容されるためには，選挙人たる原告が，自らの選挙人としての権利が侵害されたことが必要であるというべきである。

ところで，選挙区相互間の投票価値の不平等を理由とする選挙無効訴訟は，これ迄は専ら全選挙区相互間の選挙人の投票価値の較差を巡って争われ，選挙当時における各選挙区間の議員１人当たりの選挙人の較差が違憲であるとすれば，その影響は議員定数配分の全体に及び，違憲の範囲は不可分であるから，選挙無効訴訟の提起された選挙区における較差の程度は問題にならないと解する見解が有力であった。

しかし，公職選挙法204条に基づき選挙人が提訴する選挙無効訴訟は，飽くまで当該選挙において選挙人の権利が，選挙の無効をもって応ずべき程度にまで実質的に侵害されたこと（以下，かかる状態を「実質的侵害」という。）を理由として認められるものであると解すべきであるから，当該選挙区における投票価値の較差が，議員１人当たりの選挙人の数が最も少ない選挙区と対比して憲法上求められる投票価値の平等を侵害するに至っているとまでは評価し得ない程度に止まる場合には，当該選挙人の権利が実質的に侵害されているということはできないものというべきである。

したがって，かかる場合においては，全国の選挙区間の議員１人当たりの選挙人の数を対比した場合に，その投票価値の平等に著しい較差があって，その選挙を無効と評価すべき場合であっても，原告たる選挙人の属する選挙区における投票価値の較差が些程大きくなく，原告の選挙人として有する投票の権利それ自体が実質的に侵害されているといえない以上，かかる原告の請求は棄却されるべきことになる（なお，前掲昭和51年大法廷判決の岡原昌男裁判官外４名の反対意見は，選挙の効力に関して私見とは異なる立場ではあるが，各選挙区ごとにその較差に応じて選挙の効力を論じているのであって，参照されるべきである。）。

なお，投票価値の較差を理由とする選挙無効判決の効力について上記のとおりの見解を採った場合，選挙無効の判決がなされるのはその較差が著しい選挙区に限られるところから，その判決により失職する議員数は限定される。それに加えて投票価値の較差の問題が生ずることのない比例代表選挙により選出される議員の総数及び半数の非改選議員の存在と相俟てば，投票価値の較差を理由とする選挙無効の判決がなされても，それによって参議院の機能が不全になるとの事態が生ずることは想定されないのである。

そこで本件についてみるに，上告人の選挙区と議員１人当たりの選挙人の数の最も少ない選挙区との投票価値の較差は，参議院議員選挙法制定時の選挙区間の最大較差１対2.62を下回る１対1.96に止まっており，前述のとおり参議院議員選挙については公職選挙法制定時において衆議院議員選挙とは異なり国勢調査毎の選挙区割りの見直しという人口比例原則それ自体を採用していないこと，また，参議院が衆議院とは異なった機能を果たすべきことについては，その具体像はともかく，今日，国民の間において広く理解されていると考えられることからして，参議院議員選挙における選挙区間の議員１人当たりの較差は，衆議院議員選挙におけるそれよりも緩やかに解することも許容されると考えられること等からすれば，現時点において，当該選挙区における投票価値の較差が，少なくとも参議院制度発足時の選挙区間の最大較差を下回っている場合には，選挙人の投票の権利が実質的に侵害されているということはできないものと解されよう。

７　選挙法改正への国会の動き

多数意見にて述べるとおり，参議院議長の諮問機関である参議院改革協議会の下に，平成20年６月，従来の専門委員会とは別に改めて専門委員会が設置されて，平成20年12月９日から平成22年５