例えば，比例代表の定員16名分を減じて，これを定員が過少な選挙区に順次振り替えることができれば，参議院議員の定数全体はそのままでも，選挙区と比例代表とを合わせて計算した投票価値の最大較差は一定程度縮小する。これに加えて，平成12年改正で減員となった10名を復活させこれを選挙区の定員に振り向ければ，更に事態は改善する。その際，各選挙区について最低２の定数を配分しつつ，これを超える定数については奇数配分も可能とした上で（これにより各選挙区の増員数が常に偶数でなければならないという窮屈さを回避できる），奇数定員の選挙区について偶数定員の選挙を行う回と奇数定員の選挙を行う回を交互に組み合わせ，かつ全国の選挙区を総体としてみたときに奇数選挙区選挙が一方に偏らないように分散させる等の方法を加味して，全体として憲法46条の「３年ごとに議員の半数を改選する」との要請を満たすことも可能であり，これらの策を動員することで，比例代表を合わせた投票価値の最大較差を１対2.2程度にまで縮小することが可能となる。

４　私は，平成18年大法廷判決において，比例代表を合わせて計算しても最大較差は１対2.89であり，これが違憲領域に近接していると認められることを前提としつつ，「憲法の許容する立法の裁量権の範囲内に辛うじて踏みとどまったもの」として，結論的には憲法違反を否定する多数意見に賛同した。この判断は，対象となった選挙が平成16年大法廷判決から６か月しか経たない時期に行われたこと，その間に参議院が定数較差問題に関する協議会を発足させるなど是正に向けて具体的で真摯な対応を執り結果として平成18年６月の４増４減の本件改正が実現したこと等の経緯を重視したことによるものであった。

これに対し，本件選挙については，本件改正が平成18年大法廷判決における上記判断に織り込み済みであって再度評価の材料とすることは相当でなく，他に，国会の審議に見るべき進展があったとか，進展に向けた真摯な努力が重ねられたという形跡も見受けられない。そして，現行の選挙制度の仕組みの下でも，比例代表をも含めた全体の選挙の最大較差を相当程度縮小させる方法がないとはいえないことは，上記３に述べたところから明らかである。

してみると，本件選挙については，適切な対応がなされることなく１対２をはるかに超えて１対３に近い大幅な較差が残されたまま実施された点において，憲法の違反があったと判断せざるを得ない。

５　本件のような選挙定数訴訟において，憲法違反と判断された場合の主文の在り方については，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頁で確立された判例に倣い，主文で請求を棄却しつつ，当該選挙が違法である旨を宣言するいわゆる事情判決にとどめる考え方が有力である。しかし，事情判決といっても，請求全部を棄却するものであることに相違はなく，直接，立法府に改正を促す法的効果を持つものでもない。しかも，元来，公職選挙法204条の定める訴訟類型には本件のような違憲を理由とする定数訴訟を含むことは予定されておらず，その上，事情判決の適用も排除される中で，最高裁が法的救済の必要性を重視する立場から，あえて一般法理を適用して示した判断が上記昭和51年大法廷判決であって，同判決は実質的には違憲確認ないし違憲宣言判決に近いものであると見ることができる。以上の来歴を念頭において，本件訴訟の本質を直視すれば，事情判決から竿頭一歩を進めて，端的に主文で違憲確認をする方法を認めてもよいのではないかと考える。その場合には，原告の主張の眼目が定数配分の違憲について判断を求める点にあることをも考慮し，違憲確認の対象を定数過少が争われている当該選挙区に関する定数配分規定に絞り，かつ，定数が過少なものにとどめられているという一種の立法不作為の限度において判断すれば足り，選挙自体を無効とするまでのことはないと考える。定数の過少が問題とされる選挙区について，当選者に投票した選挙人のせっかくの政治的意思表示を無に帰し，いったん当選者とされた被選挙人を何の落ち度もないのに国政の場から排除することは，本件訴訟が目的とする範囲を超えて無用な混乱を来すことにもなる。そこで，選挙無効の訴えの中に含まれると解される違憲確認を求める部分に着目し，主文において本件定数配分規定のうち東京都選挙区の議員数を10人にとどめたままである点につき違憲である旨を確認するとともに，これを超える選挙無効の請求については「その余の請求を棄却する」等の文言により一部認容判決である趣旨を明らかにするのが相当であり，そうすることが違憲法令審査権を有する最高裁判所の職責を尽くす途にもつながると考える。

裁判官田原睦夫の反対意見は，次のとおりである。

私は，多数意見と異なり，本件定数配分規定は憲法に違反するものであって，本件選挙は違法であると考える。

１　投票価値の平等の憲法上の意義

国民が選挙権の行使によって国政に参加できることは，民主主義国家の基本原理であり（憲法前文，43条１項），その参政権は，人種，信条，性別，社会的身分，門地，教育，財産又は収入によって差別されてはならない（憲法44条ただし書）ことはもちろんのこと，その選挙権を行使する地域（居住地）によって，投票価値に較差を生じさせることは，原則として投票権の平等を侵害するものであって，憲法14条１項，15条１項，３項，43条１項，44条ただし書，47条に違反するものというべきである。国会が国権の最高機関（憲法41条）たる由縁は，国会を構成する議員が，かかる国民の平等な参政権の行使によって選出され，全国民を代表することによるものである。

もっとも，私も，多数意見が述べるように，憲法は，投票価値の平等を選挙制度の仕組みの決定における唯一，絶対の基準としているものではないことは是認するものである。しかし，多数意見が述べる「投票価値の平等は，参議院の独自性など，国会が正当に考慮することができる他の政策的目的ないし理由との関連において調和的に実現されるべきものである」とする点には賛成できない。国民の参政権の実現たる選挙における投票の価値の平等は，選挙制度や地政学的な配慮をも加えた上での技術的な諸問題から一定の譲歩を迫られざるを得ないことはあり得るものの，それは，選挙制度を構築する上で，最も重視されるべき要素であって，他の政策的目的ないし理由との間で調和的に実現されるべきものにとどまるのではない（最高裁平成６年（行ツ）第59号同８年９月11日大法廷判決・民集50巻８号2283頁における大野正男裁判官外５名の反対意見，最高裁平成９年（行ツ）第104号同10年９月２日大法廷判決・民集52巻６号1373頁における尾崎行信裁判官外４名の反対意見，最高裁平成11年（行ツ）第241号同12年９月６日大法廷判決・民集54巻７号1997頁における河合伸一裁判官外４名の反対意見参照）。

２　参議院の組織及びその議員の選挙制度と憲法

憲法は，参議院の構成に関しては，全国民を代表する選挙された議員でこれを組織するものとし（43条１項），任期を６年として３年ごとに議員の半数を改選する（46条）こと以外は，その定数（43条２項），議員及びその選挙人の資格（44条本文），選挙区，投票の方法その他議員の選挙に関する事項（47条）は，法律でこれを定めるものとし，その具体的な規律は，国会の合理的な裁量に委ねている。

国会が，憲法により認められた立法上の裁量権を行使し，参議院の組織，選挙制度を構築するに当たっては，連邦制国家における二院制とは異なり，単一国家における二院制の意義，憲法上衆議院の優越が認められ，参議院には，解散がなく，その議員の半数を３年ごとに改選する制度が設けられたことの趣旨を踏まえた参議院の位置付け等の諸点を十分に考慮し，また，憲法上の要請たる国民の投票権に係る投票価値の平等を，いかなる政策的要素の下にいかなる程度まで修正することが許されるかについて厳密な較量がなされるべきものである。そして，国会は，参議院の組織，選挙制度について立法をした後においては，その後の我が国の経済構造を含む社会情勢の変化，人口動態等，その政策選択の基礎を成した社会的な事実関係の変動を常に注視し，既存の参議院の組織や選挙制度がその変動に十分に対応し得ているか否かを機会あるごとに検証し，その変動の程度が，立法当初あるいはその後の改正法制定時に想定されていた限度を超えていると認められるに至った時は，その新しい事態に対応すべく，参議院の組織や選挙制度の見直しを継続的に行っていくべき義務を憲法上負っているものと解される。そして，社会構造の変化や人口動態が，立法当初あるいはその後の改正法制定当時の想定と著しく異なるに至り，その結果，既存の組織と憲法の定める二院制の理念との間に大きな乖離が生じ，あるいは，既存の選挙制度が国民の国政への参政権の根幹を成す投票権の平等を著しく害するに至った場合には，国会は，かかる事態を解消するに足る合理的な施策を伴う立法を行うべき義務を負っているものというべきである。

そして，国会が，上記の目的に沿う法改正を行うに必要と認められる合理的な期間を経過した後においても，何らの措置を採ることなくその事態を放擲し，あるいは，国会が採った立法措置が上記の事態を解消するには程遠い当面の弥縫策としか評し得ないものである場合には，憲法によって認められた立法権の適正な行使を，国会が正当な理由なく怠るものといわざるを得ず，そのような状態にある組織や選挙制度は違憲状態に陥っていると評価せざるを得ないのであり，そのような違憲状態にある選挙制度の下で施行される参議院議員選挙は，違法との評価を受けることとなる。