

大阪学院大学

# 法学研究

第44卷

第1号

---

論 説

独立取締役と取締役会

片山信弘

L'exercice conjoint de l'autorité parentale après séparation

Hugues FULCHIRON

---

大阪学院大学法学会



法学研究 第四四卷 第一号 目次

論 說

独立取締役と取締役会 ..... 片山信弘 ..... 1

L'exercice conjoint de l'autorité parentale après séparation ..... Hugues FULCHIRON ..... 60



# 独立取締役と取締役会

片山 信弘

一 はじめに

二 会社法理論

三 独立取締役と取締役会

四 役員報酬

五 独立取締役と報酬委員会

## 一 はじめに

アメリカにおいては金融危機以後、取締役会に多くのなすべきことが要求されている。<sup>(注1)</sup> 取締役会の現状での最善に  
なし得ることへの誤解あるいは過大な要求は別として、理念的な取締役会は会社の活動に積極的に従事することが求  
められ、そこでは会社の内部の業務についてはもちろん、消費者の動向、会社の成長の可能性などを含んだ多くの知  
識を保持すべきことになる。また、経営者チームは統一的に機能し、適切なインセンティブを創造するために計算さ

れた報酬を付与することが要求される。

このような取締役会を実現するため、統治改革は三〇年に亘り取締役の独立の増加の方向に動いている。コモン・ローにおいて、利害関係を有する取締役は当該取引に利益を有することから会社の業務決定に関与することが禁じられた。そこから利害関係を有しない取締役が望ましい存在となったが、そのような取締役は「独立取締役」のモデルとして発展し、SEC（米国証券取引委員会）によって推奨され、裁判所は種々の状況下でそれを用いることで一般的理念として確定してきた。

SECは二〇〇二年のサーベンス・オクスレー法によって独立取締役の見解を具体化し、その後、ドット・フランク法によって独立取締役の採用を強制している。SECは、独立取締役はもつと厳格に定義され、取締役会を支配するべきとする。<sup>(注2)</sup>しかし、そのような取締役の機能と合理性は何であろうか。取締役は、内部取締役、銀行役員・供給者などとの関係を有する「灰色の」取締役および独立取締役に分かつことができるが、SECは灰色の取締役の問題として取り組む、あるいは技術上のレッテル貼りの問題として独立を定義づけているとの指摘がある。<sup>(注4)</sup>

理念的な取締役会の職務はパートタイムの取締役主体の取締役に期待できないであろう。<sup>(注5)</sup>しかし、会社法理論は現実の会社実務に触れていない。Eisenbergは独立の監視者として取締役会をみることを提唱し、近年の二つの会社統治理論、すなわち、Bainbridgeは、コントラクターアンの理論に基づいて取締役プライマシーモデルを主張し、Blairと Stout は、取締役会が仲介権力者として責務を負うチームプロダクションモデルを主張する。<sup>(注7)</sup>これらの理論も会社の中心に取締役会を置くが、会社の基礎にこれらのモデルを置くとしても、現在の社外取締役が多数を占める取締役会では情報の不均衡、限られた時間からこれらのスタイルをとることはできないといえよう。<sup>(注8)</sup>

3 (44-1-3) 独立取締役と取締役会 (片山)

取締役会は、以下の三つの機能を遂行することが確認されている。①経営者の監視をなすことおよび規律を遵守させること、②日々の業務上の意思決定には関与しないが、少なくともいくつかの経営上の機能を遂行（アドバイス、ガイダンス）すること、③事業を維持し、資源を集めるために有用な契約のネットワークにアクセスできるシステムを構築することである。<sup>注1)</sup>連邦法の公開会社に対する関与は監視モデルを秘めたものであり、独立の取締役に依存している。本稿においては、このような取締役会が右に挙げた機能をよく果たし得るもののかなどを考慮しながら独立取締役について検討を加えたい。

- (一) Taub, Able but Not Willing: The Failure of Mutual Fund Advisers to Advocate for Shareholders' Right, 34 J. Corp. L. 843, 864 (2009).
- (二) Kannel, Is the Independent Director Model Broken?, 37 Seattle U. L. Rev. 775, 776 (2014).
- (三) Osi, Family Business Governance and Independent Directors: The Challenges Facing an Independent Family Business Board, 12 U. Pa. J. Bus. L. 181, 194-95 (2009).
- (四) Rodrigues, A Conflict Primacy Model of the Public Board, 2013 U. Ill. L. Rev. 1051, 1053. Rodrigues は「真の独立の定義をする方法があるか疑わしうござんた」。
- (五) Eisenberg, The Structure of the Corporation: A Legal Analysis (1976).
- (六) Bainbridge, Director Primacy: The Means and Ends of Corporate Governance, 97 Nw. U. L. Rev. 547, 550-51 (2003).
- (七) Blair & Stout, A Team Production Theory of Corporate Law, 85 Va. L. Rev. 247, 253 (1999).
- (八) Rodrigues, supra note 4, at 1054.
- (九) Bainbridge, Corporate Governance after the Financial Crisis 49-50 (2012).

## 二 会社法理論

法理論的には取締役会は会社の核心である。Banbridge は、制定法上の意思決定構造における中心的役割は取締役にあるという。<sup>(注10)</sup> すなわち、日々の経営に関する支配のみならず、絶対的な支配をほとんど永続可能な取締役会に委譲しなければならぬ。株主は集合行為問題、情報の非対称から企業の経営問題についてよく知ることが妨げられ、株主に奉仕すべき独自の主体が必要となり、集約的に決定をなす独立の主体に情報を集中することが効率的である。その中心的な独立の主体に株主および他の会社の構成員のために彼らの権限を委譲することが効果的かつ効率的な方法であるという。<sup>(注11)</sup>

制定法上、会社統治システムにおいて、会社の営業および業務に最終的な責任を課せられている取締役会は、重要な経営に関する事項は自らが決定しなければならないが、監督権限を留保したうえで、CEO および他の上級執行役員にその責務の多くを委譲している。この委譲の結果、会社統治において株主、取締役そして会社役員が主要な行為者であるが、役員支配が支配的な統治モデルとなっている。<sup>(注12)</sup> それゆえ、Elsanberg の提唱する取締役会の監視モデルは、株主の利益を守るために現代の法的会社統治の主要な焦点となっている。<sup>(注13)</sup>

近年は、独立の取締役会の推奨とならんで株主プライマシー論が有力になってきた。<sup>(注14)</sup> そこでは、株主は唯一の残余財産請求権を有する者であることを理由とし、<sup>(注15)</sup> 株主は企業価値の最大化に対する一番大きなインセンティブを有し、<sup>(注16)</sup> 企業は株主の利益最大化に向けて経営されるべきである。そして、株主の利益は会社の決定権者の焦点であり、株主

の取締役の選任権限はこの目的に注目する。<sup>(注17)</sup>しかし、残余財産分配請求権者であるということと会社自体の所有とは同じではない。そこで、株主プライマシーの擁護のために代理コスト経済を主張し、<sup>(注18)</sup>取締役は株主の代理人とみなされることを挙げる。<sup>(注19)</sup>この主張は、理論的に会社統治の理念的ルールは全ての会社構成員の利益のバランスをとる裁量を取締役に認めているルールであることを前提とする。<sup>(注20)</sup>

このような株主中心の見解に対して、先に簡単に述べた取締役プライマシーモデルおよびチームプロダクションモデルが対抗している。この二つの見解は共に取締役会によって果たされる重要な役割に注目する。Banbridgeの主張する取締役プライマシー理論では、コントラクターアンの理論に基づいている。標準的なコントラクターアンの説明は契約の連鎖として企業を取り扱うが、Banbridgeは取締役会が種々の生産の要素を用いるための手段として企業を取り扱う。したがって、取締役会は単なる株主の代理人ではなく、むしろ会社と約束をした種々の契約の連鎖に奉仕する独自の主体であるという。<sup>(注21)</sup>そして、株主は契約の連鎖によって拘束される多くのステイクホルダーの単なる一人であり、所有は重要な意味をもたないという。<sup>(注22)</sup>全体として企業に結びついた決定をなすことを授権された中心的な代理人によって特徴付けられる権威に基づく意思決定構造は、企業の構成員が情報の非対称性に直面し、異なる利益を有するときに生ずる傾向がある。会社はこれらの条件に明らかに満足するので、中心的な意思決定者に承認の権限を付与することは、その統治の典型的特徴であるという。<sup>(注23)</sup>このように全ての組織はその構成員の要求をまとめ、集約された決定に転じる何らかのメカニズムを有しなければならないとする。<sup>(注24)</sup>これによれば、制定法は取締役会に承認の権限を付与することが正当化されることになる。このような立場によれば、株主に権限を付与することは望ましくないとはいえよう。Banbridgeは、株主は事実上日々の会社運営あるいは長期の政策に関して何の支配権も行使できな

い。全ての会社制定法の下で、膨大な多数の会社の決定は取締役会あるいは行為を行う下位の者に割り当てられる。株主は本質的に会社の行為の権限を有しない存在であるという。<sup>(注26)</sup>

一方、チームプロダクションモデルは、取締役に對する株主の支配を弱め、大きな自由を承認し、取締役会は株主の利益のみを保護するのではなく、従業員、消費者、債権者などを含んで、会社の「チーム」の全てのメンバーの企業への特有の投資を保護するために取締役会は存在するという。<sup>(注26)</sup> チームのメンバーの利益を奪う直接的なインセンティブを有さない部外の当事者に企業とチームの投資に関する支配を譲渡することが好ましく、この部外の当事者が取締役会であり、取締役は企業内の究極の意思決定主体者として株主をはじめ誰の直接的支配あるいは監督に服さず、取締役会は仲介権力者としてその責務を果たすという。<sup>(注27)</sup> このようにして、チームプロダクションモデルは構成員間の大きな信頼を得るように誠実に構成員を取扱い、会社は法を遵守し、行為の倫理的関連を考慮することから会社に大きな利益をもたらすという。<sup>(注28)</sup> そして、その富は全てのステイクホルダーの利益をもたらすという。<sup>(注30)</sup> このように理解すれば、取締役は企業の最善の利益を決定するにあたり、経営者、従業員、債権者などのために株主の利益を犠牲にする強い裁量権を有することになる。<sup>(注31)</sup>

両者はアプローチは異なるが、取締役会にあるものとして概念的会社支配による制定法の枠組みと一致する。<sup>(注32)</sup>

会社法理論は一般的にCEOによる会社支配を無視している。チームプロダクションモデルにあつては株主のみならず、従業員、消費者、債権者などの継続的仲介をなすことを取締役に期待する。しかし、社外の独立の取締役に経営に関するこのような活動は期待できない。会社の構成員間の仲介をすることは会社に対する各当事者の権利と会社相互の義務の実質的な有用な知識を有していることが要求され、上級執行役員の方が取締役会よりも交渉すべき知

識を有しているといえよう。<sup>(註33)</sup> 取締役プライマシーモデルは永続的な監視者および会社の専断的行為者として取締役会をみる。事業はその成功において最も大きな利害を有する者によって最も効果的に運営されるものであり、株主が全面的に取締役会に依存することが合理的な経済的行為に適用ものか疑問である。<sup>(註34)</sup> 情報の非対称を取締役プライマシーの正当化事由にしているが、これでは情報の非対称に基づく損害を株主が蒙っても経営者の決定を評価できない状態を放置することになる。

- (10) Bainbridge, *supra* note 6, at 559.
- (11) *ibid.* at 558-59, 624.
- (12) Johnson & Ricca, *Realty Check on Officer Liability*, 67 *Bus. Law* 75, 82 (2011).
- (13) Bratton & Wichter, *Shareholder Primacy's Corporatist Origins: Adolf Berle and The Modern Corporation*, 34 *J. Corp. L.* 99, 145 (2008).
- (14) Roe, *The Shareholder Wealth Maximization Norm and Industrial Organization*, 149 *U. Pa. L. Rev.* 2063, 2065 (2001); Rodrigues, *supra* note 4, at 1056. 株主プライマシーと株主利益最大化の語句は、しばしば交換可能な語句として用いられているが、本来的には異なる概念を表すものである。株主プライマシーは株主に最終的な支配を付与する意思決定モデルを表すものであるが、株主利益最大化のより狭い概念は取締役に株主の利益を最大化するために会社の経営を命じるもので、特定の会社の意思決定モデルを表すものではない。Bainbridge, *supra* note 6, at 574.
- (15) Easterbrook & Fischel, *The Economic Structure of Corporate Law* 36-39 (1991).
- (16) Hill, *Visions and Revisions of the Shareholder*, 48 *Am. J. Comp. L.* 39, 50-51 (2000).
- (17) Bodie, *AOL Time Warner and the False God of Shareholder Primacy*, 31 *J. Corp. L.* 975, 977 (2006).
- (18) Greenfield, *The Place of Workers in Corporate Laws*, 39 *B.C. L. Rev.* 283, 295 (1998).
- (19) Baysinger & Butler, *Race for the Bottom v. Climb to the Top: The ALI Project and Uniformity in Corporate Law*, 10 *J. Corp. L.* 431, 436

- (1985).
- (20) Stout, Bad and Not-So-Bad Arguments for Shareholder Primacy, 75 S. Cal. L. Rev. 1189, 1192 (2002).
- (21) Bainbridge, *supra* note 6, at 550-51.
- (22) Bainbridge, The Case for Limited Shareholder Voting Rights, 53 UCLA L. Rev. 601, 604 (2006).
- (23) Bainbridge, Director Primacy and Shareholder Disempowerment, 119 Harv. L. Rev. 1735, 1747 (2006).
- (24) Bainbridge, The Board of Directors As Nexus of Contracts, 88 Iowa L. Rev. 1, 20 (2002).
- (25) Bainbridge, *supra* note 6, at 573-54.
- (26) Blair & Stout, *supra* note 7, at 253.
- (27) Stout, The Shareholder as Ulysses: Some Empirical Evidence on Why Investors in Public Corporations Tolerate Board Governance, 152 U. Pa. L. Rev. 667, 685-86 (2003).
- (28) Blair & Stout, *supra* note 7, at 250-51.
- (29) Kostant, Team Production and the Progressive Corporate Law Agenda, 35 U. C. Davis L. Rev. 667, 671 (2002).
- (30) Blair & Stout, *supra* note 7, at 288.
- (31) *ibid.* at 291.
- (32) Rodrigues, *supra* note 4, at 1058.
- (33) Aices, Beyond the Board of Directors, 46 Wake Forest L. Rev. 783, 801 (2011).
- (34) Dent, Academics in Wonderland: The Team Production and Director Primacy Models of Corporate Governance, 44 Hous. L. Rev. 1213, 1219 (2008).

### 三 独立取締役と取締役会

一九六〇年代においては、多くの取締役会は助言を行うことをその役割として、当該企業に重要な経済的関係を有する銀行家、法律家そして供給者のような外部者と多くの内部者で構成されるものであった。<sup>(注35)</sup>その後、監視する取締役会の概念の高まりから、判断を行うための取締役会の能力は経営者からの独立を要求することとなった。<sup>(注36)</sup>

既に述べたように、取締役会による監視は〇POを監視することを意味する。会社法あるいは証券取引所法の分野において独立取締役の語句は一般的なものとなっているが、統一された定義は存しない。独立取締役を定義するには多くの方法があるが、会社の上級経営者である取締役(社内取締役)は自己および上級執行役員の業務執行を客観的に評価し得ないことから、会社によって雇用されていない取締役(社外取締役)に経営者の行為の監視を期待している。<sup>(注37)</sup>

一方、デラウェア裁判所は、取締役は取締役の職にあることの利益あるいは追加的な非重大利益には判断を左右させないという評判の利益に関心があるとの仮定をとるが、実証的研究によれば、それが否定されている。<sup>(注38)</sup>専門は異なるが、医療専門家の研究によれば、医師は少額の贈与であっても判断が影響されることを示している。<sup>(注39)</sup>取締役がこれと異なると考えられる理由はない。心理学上の経験調査によれば、人は他の知らない人の意見によって影響されることを示している。<sup>(注40)</sup>当然の事ながら、独立取締役が利害関係を有する他の取締役の影響を大きく受けることは否めない。

理論的にみれば、独立取締役は会社経営の業務に新鮮な専門家の知見をもたらす、会社あるいは経営者と経済的な結びつきのない独立取締役は最も効果的な方法で経営者の行為を審査できる。<sup>(注4)</sup>しかし、実際的には独立取締役は上級経営者に非常に依存しているといえよう。典型的に上級経営者は取締役の選任および取締役の報酬の提案、委員会への割当ておよび会議の議題の設定、業務執行の評価において大きな役割を果たしている。<sup>(注5)</sup>独立取締役は任務を遂行するにあたり、役員は取締役会に考えを提供し、取締役にアドバイスをなし、その役員の判断に同意するならば、その決定に伴う疑問を質しており、また、取締役は監視の仕事を遂行するにあたり、用いる情報と判断のための根拠について役員に大きく依拠している。<sup>(注6)</sup>独立取締役が監視義務を尽くすためには、経営に関する十分かつ客観的な情報入手しなければならぬ。情報不足の独立取締役は限定された価値しか有しないといわれる。<sup>(注7)</sup>しかし、独立取締役は当該会社の日々の業務には従事しておらず、取締役会が開催された会議室で職務に専念することになる。<sup>(注8)</sup>必然的に監視機能を果たすための情報入手のために役員、コンサルタントなどのレポートに依存することになる。<sup>(注9)</sup>CEOは社外者に与える情報と与えない情報の区別に非常に注意を払う。CEOと独立の取締役間の情報の不均衡は、CEOに情報を操作するインセンティブを与え、監視の任務の実行は困難となる。<sup>(注10)</sup>情報の非対称の問題への主たる会社統治の対応はゲートキーパーへの信頼であるが、ゲートキーパーであっても情報の提供者は内部者であり、<sup>(注11)</sup>データを独占する利益との衝突の危険性も存する。<sup>(注12)</sup>また、取締役は取締役会開催の直前に情報を受け取るが、その資料はしばしば大部であり、ほとんど整理されていないものである。取締役はCEOあるいはCEOのために働く役員によって準備された情報資料を受け取るが、取締役は情報を集めるためにCEO以外のチャンネルを有しないのが通常である。<sup>(注13)</sup>したがって、取締役会は主要な決定が決着を付ける前に最終的チェックとしてのみ奉仕できるといえよう。<sup>(注14)</sup>

独立の取締役が事後証明的に望ましいものであるならば、独立の効果と会社の業績あるいは株価の間の統計的相互関係が明らかに示されるであろう。<sup>(注51)</sup>しかし、多数の独立取締役から成る取締役会を有する企業は他の企業と比べて業績的に優れていることを示すデータは存しない。<sup>(注52)</sup>あるいは独立の取締役と会社の業績の間の消極的相互関係を示しているともいわれている。<sup>(注53)</sup>これについて、Gordonは、独立取締役の存在の効果はシステムの効果であり、開示の質への信頼が株価に反映するという。<sup>(注54)</sup>この点については、開示の質と量は会社の株式の価格を正確にして業績を正しく反映させるものにならう。また、情報の非対称の弊害を少なくすることにもならう。しかし、株価が下落したときは、その事実は何かが誤っていたことを取締役会に示すのみで経営戦略については何のガイダンスも提供しない。取締役会の多くは、独立の取締役がいかなすべきかを知らないような経営上の要求を含んでいる。株式の価格は企業の内部知識の替わりとしては役に立たない。<sup>(注55)</sup>正確な株価は経営者の業績を監視することを容易にするが、企業をより良く経営するためのガイドとして有用な知識の付与をなすことはないといえよう。

現代公開会社の取締役会の責任は、執行役員らの活動の監視および会社の事業の経営の任にあたることである。Fairfaxは、経営者が自己取引、詐欺を行うことによって権限を濫用するあるいは責任を逃れることのないように監視をなすことであり、会社に利益をもたらすことを確保するために利益衝突を精査することが必要であるという。活動的な監視は経営者の不正行為に従事する可能性を減じることがゆえに、独立取締役は詐欺を発見、防止に努める。そのような取締役は会社の業務を率先して吟味することができるので、経営者の怠慢を防止し、会社の業績を高める。経営者が生産的であることを確保するのみならず、もつと効果的、効率的な決定をなすことを確保できるといふ。<sup>(注56)</sup>取締役会にとって、監視の機能は果たすことができようが、経営者が会社のために効果的、効率的な決定をなすことを確

保することを中心とする仕事は困難といわざるをえない。取締役会に割り当てられる経営上の機能は、特に独立の取締役にとって企業の特異な経営上のノウハウに欠けることが不可避であるゆえ、経営上の決定の評価を求められたときは単なる無条件承認とならざるをえない。<sup>(註7)</sup> 独立は良い経営者を保障するものではない。<sup>(註8)</sup>

- (55) Gordon, The Rise of Independent Directors in the United States, 1950-2005: Of Shareholder Value and Stock Market Prices, 59 Stan. L. Rev. 1465, 1514 (2007).
- (56) Cosenza, The Holy Grail of Corporate Governance Reform: Independence or Democracy, 2007 BYU L. Rev. 1, 19.
- (57) Lin, The Effectiveness of Outside Directors as a Corporate Governance Mechanism: Theories and Evidence, 90 Nw. U. L. Rev. 898, 901 (1996).
- (58) Dent, Independence of Directors in Delaware Corporate Law, 54 U. Louisville L. Rev. 75, 83 (2016).
- (59) Robertson et. al., Effect of Financial Relationships on the Behaviors of Health Care Professionals: A Review of the Evidence, 40 J.L. Med. & Ethics 452, 460 (2012).
- (40) Moore et al., Conflict Interest and the Intrusion of Bias: 5 Judgement and Decision Making 37, 46 (2010).
- (41) Elson, Erron and the Necessity of the Objective Proximate Monitor, 89 Cornell L. Rev. 496, 497-98 (2004).
- (42) Check et al., Preliminary Report on the American Bar Association Task Force on Corporate Responsibility, 54 Mercer L. Rev. 789, 799 (2003).
- (43) Aices, supra note 33, at 795.
- (44) Gordon, supra note 35, at 1541.
- (45) Cox, Managing and Monitoring Conflicts of Interests: Empowering the Outside Directors with Independent Counsel, 48 Vill. L. Rev. 1077, 1082 (2003).
- (46) Langevoort, The Human Nature of Corporate Board: Law, Norms, and the Unintended Consequences of Independence and Accountability, 89

- Geo. L. J. 797, 812-13 (2001).
- (47) Fairfax, *The Uneasy Case for the Inside Director*, 96 Iowa L. Rev. 127, 161-62 (2010).
- (48) Cunningham, *Choosing Gatekeepers: The Financial Statement Insurance Alternative to Auditor Liability*, 52 UCLA L. Rev. 413, 419 (2004).
- (49) Sharpe, *The Cosmetic Independence of Corporate Boards*, 34 Seattle U. L. Rev. 1435, 1454 (2011).
- (50) Alces, *supra* note 33, at 800.
- (51) Langevoort, *supra* note 46, at 798.
- (52) Bhagat & Black, *The Uncertain Relationship Between Board Composition and Firm Performance*, 54 Bus. Law. 921, 950 (1999).
- (53) Agrawal & Knoeber, *Firm Performance and Mechanisms to Control Agency Problems between Managers and Shareholders*, 31 J. Fin. & Quantitative Analysis, 377, 393-94 (1996); Fogel & Geier, *Strangers in the House: Rethinking Sarbanes-Oxley and the Independent Board of Directors*, 32 Del. J. Corp. L. 33, 52 (2007).
- (54) Gordon, *supra* note 35, at 1508-09.
- (55) Rodrigues, *supra* note 4, at 1063. この項は本論文に負つてこの項が大きう。
- (56) Fairfax, *supra* note 47, at 138.
- (57) Allen, *Independent Directors in MBO Transactions: Are They Fact or Fantasy?* 45 Bus. Law. 2055, 2056 (1990); Lin, *supra* note 37, at 914.
- (58) Rodrigues, *supra* note 4, at 1066.

#### 四 役員報酬

取締役会は前述のように理論的には会社の経営を指揮し、上級役員を監視し、そして重要な事業の決定をなす責任

があるが、典型的に取締役は多くの時間を会社統治に割くことができないうえに、事業の成功あるいは失敗は専門家のグループに存し、企業の日々の運営および資本構造に本質的な利益において役員そして投資家が真の会社の意思決定者であって、取締役会に割り当てられた機能を遂行するべきであるとの意見がある。<sup>(注59)</sup> 取締役会は会社の経営に関して多くの仕事を上級の執行役員に委譲している。特に、会社の日々の運営の監視、経営戦略の設定、利益の確保、従業員の監督などの仕事はCEOと側近のアドバイザーに任される仕事である。<sup>(注60)</sup> このようなことから、Alcesは、現在の無用なものとしての取締役会は捨て去るべきであるという。<sup>(注61)</sup> しかし、現在の実務および現行法との分離は実施することが困難である。Alcesは、主要な債権者の代表者、株主の代表者および労働者の代表者などから成る投資家の取締役会を示唆する。<sup>(注62)</sup> これに対して、企業には多くの異なる種類があり、取締役会に異なる必要性を反映する自由がある。それゆえ、現在の制度としての取締役会を保持する価値があるとの指摘がある。<sup>(注63)</sup>

今日の取締役会は一人名ないし二人の社内取締役がメンバーにいただけである。<sup>(注64)</sup> 先にも述べたように、独立の取締役会の出現は、CEOが取締役に流す情報を支配し、操作する地位に就き、CEOにとって最も好ましい点から取締役会に情報を提供するインセンティブをもって非常に強力な地位にCEOを置くことになる。<sup>(注65)</sup> CEOは情報の唯一の源としての地位であるがゆえに、容易に独占され、制限された情報となる。

役員報酬の問題は取締役会がCEOに対する監視の役割の一部として役員報酬を決定することがあるべき姿であるとして役員報酬に関与することに賛成する。<sup>(注66)</sup>

以下では、役員報酬の決定を素材として、取締役会における社会集団の相互作用、報酬委員会の独立要件などを検討する。

1 役員報酬は短期の経営結果で報酬が与えられる制度であったゆえに経営者は過度のリスクを選んだことよって金融危機に大きな役割を演じたとの考えが浸透している。<sup>(注67)</sup> そのような関心に対応して、二〇一〇年六月にドッド・フランク法を議会が制定したとき、広範囲の役員報酬改革を含むことになった。<sup>(注68)</sup> これにつき、役員報酬支払いの過程に影響するドッド・フランク法の規定は、一つの法に含まれる新しいルールのセットの報酬支払いの過程に最も広範かつ重要な影響をおそらく有すると指摘されていた。<sup>(注69)</sup> アメリカでは二〇年以上前から多額の役員報酬の支払いに対して問題意識を有していた。<sup>(注70)</sup> それゆえ、役員報酬の相当性に着目することになるが、役員報酬が過度であることを経験的に証明することは困難であり、間接的証拠によって証明することになる。株主は役員報酬は平均的労働者の報酬と連携すべきとの感情を有している。実際においては、〇〇〇の報酬は一九六五年には平均的労働者の二四倍、二〇〇七年には二七五倍、二〇一〇年には三四三倍となっている。<sup>(注71)</sup> ドッド・フランク法はもつと合理的な支払いを奨励する手段を講じている。同法九五三条において、全ての被用者の年間の報酬総額の中央値と〇〇〇の年間の報酬総額の割合を開示することを公開会社に要求しているが、二〇一二年には三五四倍となっている。<sup>(注72)</sup> このような不釣り合いな支払いを社会的不正義とみているが、報酬の開示を要求し、役員報酬の明確な開示とその説明をしなければならぬ会社の責任を重くするもので、役員報酬の監視の役割を最も効果的に発揮するものである。<sup>(注74)</sup>

一方、多くの役員報酬は過大であると性格付けられるべきではないとの意見がある。報酬の性格をみれば、役員報酬はストックオプションに拠るところが大きいのが大きいのが、労働者はそうではなく、また他の専門的職業に従事する者に比して役員報酬額の伸びは大きいものではないと指摘する。<sup>(注73)</sup>

過度の報酬を構成するものは何かについては、實際上ほとんど答えるのは不可能といえよう。役員は会社の成功に

大きく寄与することを考えれば、浪費として特徴付けるために労働者との報酬の割合で比較することは適切でないともいえよう。

報酬の額に対する批判とは別に、報酬の設計構造にも批判が向けられている。インセンティブ報酬は過度のリスクを選択することになるとの指摘である。<sup>(注76)</sup> 一方、通常のリスクをとることと過度のリスクをとることを区別する研究は存在せず、インセンティブ報酬の割合が大きいことは会社の不健全な問題の可能性を大きくはしないとの指摘も存する。<sup>(注77)</sup> この点、ドッド・フランク法は金融危機に役員報酬が何らかの寄与をしたとの考えを肯定し、役員報酬と会社統治を関連付けて改革を行っているといえよう。

2 組織的行為に関して、最適契約理論の下では、取締役会は株主の利益のために公正な取引を行い、十分に独立して、経営者と交渉することが期待される。<sup>(注78)</sup> しかし、経験上の証拠は混在しており、それを支持しているとはいえない。<sup>(注79)</sup>

これと対照的に、支配力の理論は取締役会のメンバーは株主の不完全な代理人であり、それゆえ、経営者との最適契約への到達は必ずしも現実的ではないという。<sup>(注80)</sup> 役員報酬の発展は少なくとも一部分役員の間を埋める希望によって長い年月のうちに具体化されると予想する。<sup>(注81)</sup> 経験上の研究は、支配力とその影響は、本人／代理人理論で考えるよりも役員報酬設定過程をより良く理解できるといえる。<sup>(注82)</sup> 支配力理論を表す役員報酬過程の経験上のモデルの結果は、取締役を支配するCEOの権力が過度の報酬の結果であるとすることは正しいことを示している。<sup>(注83)</sup>

一方、Bainbridge は、支配株主を有する企業と分散した株主を有する企業間の支払いの実際においては比較的適度の相違があるゆえに、集中した所有者を有する企業と分散した株主を有する企業において生じる問題である報酬の実

際は、経営者支配よりも現象によるものにすぎないという。<sup>(注85)</sup>

しかし、取締役会がCEOに支配されているとの考えの浸透は取締役の独立の問題に大きく影響し、ドッド・フラック法による独立の報酬委員会がより良いリスクマネジメントを保障することを示す証拠はない。これは少なくとも一部分、独立の定義は定義しにくいものであることによるものであり、また、認知バイアスは独立の思索的認識と一致する方法で行うあるいは決定をなす取締役の能力を制限することによるものである。なお、取締役会の意思決定過程における独立の取締役の影響を吟味する経験上の研究の結果は結論が出ていないと指摘されている。<sup>(注86)</sup>

取締役はCEOの雇用者として、取締役会の構造上の変革、取締役会の社会的・精神的環境の改善が要求されているといえよう。<sup>(注87)</sup>

3 支配力の影響は取締役にCEOの過大な報酬の承認をするためのインセンティブを与える種々の心理的・社会的要因によって引き起こされる。

取締役はトップの執行役員に好ましい取り決めに支持するあるいは少なくとも協力する種々の経済的インセンティブを有する。証拠によれば、執行役員が強力になった場合、当該役員の報酬の支払いは高くなり、業績に気を配らなくなると指摘されている。<sup>(注88)</sup>

社会的相互行動、結びつきは協調行為の規範を創造し、好ましい社会関係は取締役の評判を高める。したがって、取締役の職務を保持する行為を行うことに強いインセンティブを有する。<sup>(注89)</sup> 独立の指名委員会の設置にもかかわらず、CEOは非公式の候補者の推薦を通して取締役の指名に影響を与え、取締役会はCEOと社会的に結びつきのある人の指名を続けており、CEOは恩義を感じさせる取締役の指名を支配している。<sup>(注90)</sup> また、取締役は他の公開会社のCEOで

あることが多く、<sup>(注87)</sup>過度のものとしてCEOの報酬をみない傾向がある。また、取締役の職にあることは他の会社の取締役の職などの社会的つながりを生じる。<sup>(注88)</sup>したがって、長い間社外取締役として同一の会社の取締役に在職する者は非独立と思われるとの指摘がある。<sup>(注89)</sup>

4 集団思考とは、その時その場で適切な判断を下すのではなく、単純に集団の意見一致を優先させて不合理もしくは危険な意思決定を行うことを指すが、公開会社におけるCEOの報酬の問題は少なくとも一部分、集団思考に基づく欠点によって引き起こされるとの主張がある。<sup>(注90)</sup>集団思考は首尾一貫した慎重な意思決定過程を有しないままとまりのあるグループが高いストレスにかかる状況の下で重要な決定をなさなければならぬ場合に生じるといふ。<sup>(注91)</sup>取締役会のメンバーは一般的に資格を有する候補者の小さな集団から選ばれるがゆえに、候補者は、しばしば同様の教育、専門職業的サークルに関係し、互いに複数の集団に属している。そこで取締役会のメンバーは他の取締役会のメンバーと個人的関係を有していることが多い。<sup>(注92)</sup>しかも独立取締役もCEOと同じ社会クラブに属する、あるいは友人関係という社会的結びつきを分かち合う。独立の取締役の監視する目的にとって、これらの影響は特に重要となる。社会関係は他人の意図と行為を好ましいと解釈するようにさせるものである。<sup>(注93)</sup>

また、多様性の増加は取締役会を強くするといわれているが、取締役会の均質性は性と人種の多様性に欠けることになる。Farraxは、集団ダイナミクスに関する多くの社会学および心理学のデータは、多様性のある取締役のグループが取締役会の意思決定の機能を手助けする。なぜなら、データは異種のグループはより質の高い決定をなす傾向があることを明らかに示している。<sup>(注94)</sup>また、これに関連して、CEOと報酬委員会のメンバーの年齢が近いとき、CEOの報酬も高くなることが示されている。<sup>(注95)</sup>

5 社会的カスケードとは、周囲の多数の人の考えに影響を受けて内面化することであり、不確かな情報が広まる仕組みをいうが、個人情報がありません場合は、他者の意見や行動によって提供される情報に頼って一方的に流されることになる。報酬設定の関連において、社会的カスケードは報酬委員会が提出された報酬に関する資料を保持するCEOあるいは報酬コンサルタントの意見によって不当に動かされるときに生じる。<sup>(注1)</sup> ドッド・フランク法の下において、会社の報酬の実際と政策を評価するため責任のある報酬委員会を確立することを要求する。しかし、この改革は取締役会が重大な悪影響を生じる方法で経営者、アドバイザーおよび社外コンサルタントに不当に依存する可能性が大きくなっている。ここでは取締役は重い責任を負わされているが、取締役が特別な問題を処理するために必要な専門的知識を有しないとと思うとき、そのような専門的知識を有すると思われる経営者や他のアドバイザーに依存するようになる。また、株主の権限の強化は顧問会社のような社外のコンサルタントへの依存を増加させると指摘されている。<sup>(注2)</sup>

- (66) Alces, *supra* note 33, at 785-86.
- (67) Sharpe, *Process Over Structure: An Organizational Behavior Approach to Improving Corporate Boards*, 85 S. Cal. L. Rev. 261, 305 (2012).
- (68) Alces, *supra* note 33, at 786.
- (69) *ibid.*, at 808.
- (70) Rodrigues, *supra* note 4, at 1068.
- (71) Kahan & Rock, *Embattled CEOs*, 88 Tex. L. Rev. 987, 1023 (2010).
- (72) Mitchell, *Structural Holes, CEOs, and Informational Monopolies: The Missing Link in Corporate Governance*, 70 Brook. L. Rev. 1313, 1349-50 (2005).

- (96) Bratton, *The Academic Tournament Over Executive Compensation*, 93 Cal. L. Rev. 1557, 1561 (2005).
- (97) Crane, *Excessive Compensation With a Remedy*, 45 Ariz. St. L. J. 281, 282 (2013); Bebhuck & Spammann, *Regulating Bankers' Pay*, 98 Geo. L. J. 247, 249 (2010).
- (98) Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act, Pub. L. No. 111-203, 124 Stat. 1376, § 8 951-54 (2010).
- (99) Bachelder III, *Dodd-Frank Provisions Affecting Executive Pay*, Harv. L. Sch. F. on Corp. Governance & Fin. Reg. (Oct. 5, 2010), <https://corpgov.law.harvard.edu/2010/10/dodd-frank-provisions-affecting-executive-pay>
- (100) Crawford, *Eliminating the Executive Overcompensation Problem: How the SEC and Congress Have Failed and Why Shareholder Can Prevail*, 2 J. Bus. Entrepreneurship & L. 273, 278-79 (2009).
- (101) Morrissey, *Executive Compensation and Income Inequality*, 4 Wm. & Mary Bus. L. Rev. 1, 13 (2013).
- (102) Damouni, *Highest-Paid U.S. CEOs Are Often Fired or Fined: Study*, Reuters (Aug. 28, 2013, 2:12 PM), <http://www.reuters.com/article/2013/08/28/>.
- (103) Delman, *Structuring say-on-pay: A Comparative Look at Global Variations in Shareholder Voting on Executive Compensation*, 2010 Colum. Bus. L. Rev. 583, 599.
- (104) S. Rep. No. 111-176, at 1702.
- (105) Loewenstein, *The Conundrum of Executive Compensation*, 35 Wake Forest L. Rev. 1, 4 (2000).
- (106) The Financial Crisis Inquiry Commission, *The Financial Crisis Inquiry Report* 61-64 (2011).
- (107) Guo, Jial & Khaksari, *Bank Executive Compensation Structure, Risk Taking and the Financial Crisis* 10 (Feb. 2014), <http://ssrn.com/abstract=1664191>.
- (108) Simmons, *Taking the Blue Pill: The Imponderable Impact of Executive Compensation Reform*, 62 SMU L. Rev. 299, 315 (2009).
- (109) Grant, *Independent Yet Captured: Compensation Committee Independence After Dodd-Frank*, 65 Hastings L.J. 761, 774 (2014). 「リ」は「本論文に負うべき」が大抵である。
- (110) Simmons, *supra* note 78, at 316.

- (82) Bebchuk & Fried, *Pay Without Performance, The Unfulfilled Promise of Executive Compensation*, Part II: Power and Pay (2004).
- (82) Grant, *supra* note 79, at 775.
- (83) Dorf, *Does One Hand Wash the Other? Testing the Managerial Power and Optional Contracting Theories of Executive Compensation*, 30 J. Corp. L. 255, 255 (2005).
- (84) Bainbridge, *Is 'Say on Pay' Justified?*, *Regulation*, Spring 2009, at 44. またBainbridgeは一九八〇年と二〇〇三年とを比較し、CEOの報酬の六倍の増加は大会社の資本市場の六倍の増加に十分寄与しているとの実証的研究を紹介している。役員報酬が適切に株主の利益と連携しているものの例証もある。
- (85) Thomas & Wells, *Executive Compensation in the Courts: Board Capture, Optimal Contracting, and Officers' Fiduciary Duties*, 95 *Minn. L. Rev.* 846, 848 (2011).
- (89) Johnson, *Addressing Gaps in the Dodd-Frank Act: Directors' Risk Management Oversight Obligations*, 45 *U. Mich. J.L. Reform* 55, 99 (2011).
- (87) 近年のCEOの交替の増加は、実質的な独立の取締役会の増加の兆候でもあるとの指摘がある。Kahn & Rock, *supra* note 64, at 1032.
- (88) Bebchuk & Fried, *Pay Without Performance* 4-5 (2004).
- (88) Fairfax, *supra* note 47, at 149.
- (90) Borowski, *Corporate Accountability: The Role of the Independent Director*, 9 *J. Corp. L.* 455, 462 (1984); Beecher-Monas, *The Risks of Reward: The Role of Executive Compensation in Financial Crisis*, 6 *Va. L. & Bus. Rev.* 101, 119 (2014).
- (15) Dorf, *Softening Pharaoh's Heart: Harnessing Altruistic Theory and Behavioral Law and Economics to Rein in Executive Salaries*, 51 *Buff. L. Rev.* 811, 845 n.145 (2003).
- (82) Davidoff, *Corporate Boards Should Add Diversity to the Mix*, *N. Y. Times DealBook* (Mar. 8, 2011, 5:41 PM), <http://dealbook.nytimes.com/2011/03/08>.
- (82) Beck & Tunny, *Director Tenure, Effective Governance* (July, 2014).
- (45) Dorf, *The Group Dynamics Theory of Executive Compensation*, 28 *Cardozo L. Rev.* 2025, 2029 (2007).
- (85) Howard, *Groupthink and Corporate Governance Reform: Changing the Formal and Informal Decisionmaking Processes of Corporate Boards*,

- 20 S. Cal. Interdisc. L.J. 425, 427 (2011).
- (96) Jhonson, *supra* note 86, at 104.
- (97) Tung, *The Puzzle of Independent Directors*: New Learning, 91 B. U. L. Rev. 1175, 1179 (2011).
- (98) Fairfax, *The Bottom Line on Board Diversity: A Cost-Benefit Analysis of the Business Rationales for Diversity on Corporate Boards*, 2005 Wis. L. Rev. 795, 831. ただし、これを疑問視する意見<sup>69)</sup> Carter et al., *The Gender and Ethnic Diversity of U.S. Board Committees and Firm Financial Performance*, 18 Corp. Governance 396, 396 (2010).
- (99) Tung, *supra* note 97, at 1179.
- (100) Grant, *supra* note 79, at 782.
- (101) Fairfax, *Government Governance and the Need to Reconcile Government Regulation with Board Fiduciary Duties*, 95 Minn. L. Rev. 1692, 1719-20 (2011).

## 五 独立取締役と報酬委員会

ドッド・フランク法の役員報酬改革は独立、責任そして報酬決定手続の透明性の強化を意図したものである。しかし、独立の判断と行動は、取締役会議室にインパクトを与え、取締役が独立に考慮し、行動することを挫く前述の社会学に取り組みないかぎり、達成されないと見えよう。<sup>(社歴)</sup> 取締役の独立は執行役員あるいは企業自体との重要な金銭上の結びつきがなければ独立であるとされている。理念的には社会的結びつきそして社会的影響は取締役の独立の考慮に取り入れることができるが、社会的インセンティブは厳密に分析することは困難なやつかいなものである。しか

し、社会的に独立でない形式的な独立は独立の取締役の効果をみるのに不十分であるといえる。<sup>(注16)</sup>

ドッド・フランク法九五二条は証券取引所に新しく一〇C条を付け加え、各公開会社に会社の報酬の実際と政策を評価するための責任のある報酬委員会を確立することを要求した。

それに応じてSECは二〇一二年に一九三四年証券取引所法一〇C―一条を採択した。<sup>(注17)</sup>一〇C―一条(B)(1)において独立の基準を定めるが、ここでは、報酬委員会のメンバーの独立の要件を定めるにあたり、各証券取引所は以下のものに限られないが関連するファクターを考慮しなければならないとする。ひとつは、上場会社によって支払われるコンサルティング、アドバイザーあるいは他の報酬費用を含んだ取締役の報酬源について。他のひとつは取締役が上場会社、上場会社の従属会社あるいは上場会社の従属会社の関連会社に属する者か否かであり、ここでは追加的ファクターを具体的に提案していない。これは各証券取引所の対象となる広大な種類の上場会社の個性・特性に応じた適切な独立の要件を發展させるための柔軟性を各証券取引所は与えられるべきものであるからと説明されている。

取締役と執行役員の間<sup>(注18)</sup>の個人的関係を評価・測定することは明らかに困難なことであり、独立の取締役に役員との個人的結びつきを禁ずることは実現可能とは思われない。<sup>(注19)</sup>現在の独立の定義は取締役に公平さに影響する全ての潜在的影響をとらえていないとの疑いを生じる。<sup>(注20)</sup>ここでは適切な公式は存していないといわざるを得ず、それを作る努力は不可避免的に過剰あるいは不足な公式にならざるを得ないといえよう。社会的なインセンティブは厳密に測定あるいは分析は困難であり、わずかな社会的結びつきによって引き起こされる相違は不当に取締役会の信頼を傷つけること<sup>(注21)</sup>になろう。

ニューヨーク証券取引所の定める独立性の要件は以下のようになっている。<sup>(注22)</sup>規則三〇三 A.〇二は、(a)(i)

において、取締役会は当該取締役が上場会社と重要な関係を有していないと積極的に決定しなければならないとする。そして、(ii)において、加えて、報酬委員会に奉仕する取締役の独立を積極的に考慮するに当たり、取締役が報酬委員会のメンバーの義務との関連で経営者からの独立であるべき取締役の能力に重要である上場会社との関係の有するか否かの決定に特に関連する全てのファクターを考慮しなければならぬとして、以下のものに限られないが、(A) 当該取締役に対して上場会社によって支払われるコンサルティング、アドバイザーあるいは他の報酬費用を含んで取締役の報酬源について。(B) 当該取締役が上場会社、上場会社の従属会社あるいは上場会社の従属会社の関連会社に属する者か否かについて考慮する、とする。

コメントによれば、潜在的な利益衝突を示すあるいは上場会社との取締役の関係の重要性を生じる全ての環境を予想するあるいは明示的に規定することは不可能であり、独立の決定をなす取締役会が全ての関連する事実と環境を広く考慮することがベストであるという。特に上場会社と取締役の関係の重要性の評価にあたっては、取締役会は単に取締役の視点からの問題のみならず、取締役が提携する人あるいは組織の視点からの問題を考慮すべきという。そこでの重要な関係は、商業、工業、銀行業、コンサルト業、法的関係、会計、慈善および家族関係などが含まれる。ただし、株式の大量所有関係は問題としないとする。これは株式の所有は報酬問題に関する株主の利益と取締役の利益が連携していることを前提とする。

このようなことから、潜在的な利益衝突を生じうる全ての事実と環境を広く考慮することを取締役会は命じられるけれども、個人的あるいは社会関係を考慮するための明白な要件は存しない。独立の定義に関わる環境について、取締役会が個人的関係を考慮することが十分に奨励されるようになっていくかどうか、あるいはなにかもつと明確なも

が必要であるかどうかの疑問が生ずる。家族関係は個人的関係ではなく、提示された関係の何を考慮するかは命じていない。<sup>(注脚)</sup> ここで注意すべきことは、わずかばかりの社会的結びつきの取締役で構成された取締役会は、取締役間にあまり繋がりのない多様性が存し、会社統治の合理性からは正当化されようが、取締役間の信頼および心地よさの低下を招き、取締役会の有効性の低下を招くことになろう。<sup>(注脚)</sup>

取締役会は会社法理論において重要な役割を果たしてゐる。しかし、実務においてはこの役割を果たしていない。現在の公開会社においては会社の内部の働きにつき十分な知識を有しない多くの社外取締役で構成されているが、期待される多くの仕事を効果的に実行できない状況にあるといえよう。

このような点を考慮するならば、現在の独立取締役は経営者が直面する会社との利益衝突の分野においてのみ有用な働きがでせんと考へるべきであらうか。<sup>(注脚)</sup>

- (20) Grant, *supra* note 79, at 783.
- (20) Tung, *supra* note 97, at 1177-78.
- (20) Listing Standards for Compensation Committees, Release Nos. 33-9330, 34-67220, File No. S7-13-11 (July 27, 2012) (codified at 17 C.F.R. pts. 229, 240).
- (20) Grant, *supra* note 79, at 786-87.
- (20) Tung, *supra* note 97, at 1185.
- (20) Grant, *supra* note 79, at 787.
- (20) N.Y. Stock Exch., Listed Company Manual § 303A.02, 303A.05 (2013).

(109) Grant, *supra* note 79, at 784.

(110) Fairfax, *supra* note 98, at 833.

(111) Rodrigues, *supra* note 4, at 1088.



授の講演原稿である。講演会実現には、大阪弁護士会家事法制委員会の櫻井美幸委員長と片山登志子弁護士のお世話になった。離婚後の共同親権がなかなか生まれて来ようとしなわが国の法制度の中において、貴重な講演の開催にご尽力賜り、このような機会を提供して下さったことに、あつくお礼申し上げたい。

本講演は、科学研究費助成事業（基盤研究（C））「相続財産の明確化と世代間の自立」から費用の一部を支出している。

松川 正毅（法学部教授）

## 付 記

ユーク・フルシロン教授は、フランスを代表する家族法研究者である。1985年に「解体した家族と親権」というテーマで学位論文を作成している。学位論文はリヨン大学に提出され、最優秀の成績を取得している。親権をめぐり過渡期の法律状態を見事に分析した論文であると評されている。当時、フランス史上最年少で法学部の教授になっている。

2016年11月にニューカレドニアでの学会の帰りに日本に立ち寄りたいとの連絡を受け、せっかくの機会であるから「親権の共同行使」に関して講演をお願いしたいという望みを伝えたところ、ご快諾いただいた。

フランスでは、現在では親権はあまり議論されることなく研究は落ちついているとの印象を持つ。このようなことから、彼自身の現在の興味は他にあり、EUと関連する他のテーマでの講演の提案を受けた。このテーマでの講演は、慶応大学法学研究科長の片山直也教授のご尽力で実現した。

フルシロン教授に、わが国の離婚後の親権の問題について日本の事情を説明し、特に研究者と実務家に向けて、共同親権の重要性についての講演を依頼したところ、「別居後の親権の共同行使」と題する本稿の講演が実現した。別居というのは、婚姻関係にないカップルも、フランス法では含めて議論しているからである。

講演は、まさしく啓蒙的な内容であった。会場となった大阪弁護士会館では、講演後の質疑も活発であった。「共同親権に関する法律が、フランスにおいて市民の教育的役割を果たした」と分析し、現代の立法の教育的役割に触れる説明は、特に説得力があった。

本稿は、2016年11月7日に大阪弁護士会館で開催されたフルシロン教

jugé<sup>40)</sup> pourrait constituer un test intéressant: puisque le juge n'intervient plus pour contrôler ce que les parents ont prévu pour l'enfant, ceux-ci sont libres de s'organiser comme ils le souhaitent. On peut se demander si ce qu'ont décidé les parents correspondra toujours à l'intérêt de l'enfant. On peut craindre également que le contentieux ne se déplace du divorce vers l'après divorce. Mais l'expérience de la généralisation de l'exercice en commun de l'autorité parentale en cas de séparation appelle à la prudence: en droit de la famille, il est difficile d'être prophète. . .

---

40) cf. *supra*

\* \* \* \* \*

En conclusion, on serait tenté de dire que si le système de l'exercice en commun de l'autorité parentale n'est certainement pas parfait (mais y a-t-il un système parfait pour faire face aux difficultés, et parfois aux drames, engendrés par la séparation?), le bilan est plutôt positif. Semblent le prouver l'absence de contentieux de masse engendré par le système lui-même et, sous réserves d'études sociologiques approfondies, son acceptation par la société française. Le passage de l'exercice unilatéral à l'exercice conjoint est aujourd'hui juridiquement mais aussi socialement acquis, comme le prouvent les demandes des parents lorsqu'ils vont devant le juge. Certes, une partie des problèmes, et des anciennes pratiques (prise en charge de l'enfant par sa mère, désintérêt du père...), se retrouvent à travers la résidence habituelle. Mais, là encore la progression de l'hébergement alterné montre une évolution vers plus d'égalité dans la prise en charge de l'enfant, au bénéfice du père, mais aussi de la mère (grâce à un meilleur partage des charges) et bien sûr de l'enfant, sans parler de la société si du moins l'on postule que la prise en charge de l'enfant par ses deux parents est dans l'intérêt de la société toute entière.

Faut-il aller plus loin? Certains proposent par exemple que dans la convention soumise au juge ou dans la décision prise par celui-ci, il ne soit plus fait référence à la résidence de l'enfant, les parents s'organisant par eux-mêmes. A cet égard, l'entrée en vigueur de la loi sur le divorce sans

religieuses d'un parent et/ou de l'enfant sur l'éducation de ce dernier, sur ses modes de vie ou, surtout, sur des traitements thérapeutiques (je pense aux Témoins de Jéhovah, avec la question des transfusions sanguines), sans parler de tous les problèmes liés à l'appartenance à une secte. Montent, d'autre part, des problèmes relatifs au risque d'enlèvement d'enfant<sup>39</sup>).

On le comprend, ce contentieux est tout sauf un contentieux du «quotidien» de l'autorité parentale. Peut-on en conclure que le système d'exercice en commun de l'autorité parentale n'est pas intrinsèquement pathogène? On peut le penser. Sauf à observer que lorsque les parents ne réussissent pas à s'entendre, ils auront plus tendance à mettre fin au système lui-même qu'à demander l'arbitrage du juge. Mais comme le contentieux de la remise en cause du système même de l'exercice en commun de l'autorité parentale n'a pas envahi non plus les tribunaux...

Quoiqu'il en soit, les quelques affaires, parfois très médiatisées par les médias et par certaines associations, ne doivent pas masquer la réalité: sur un plan strictement judiciaire le contentieux de la séparation (hors obligation alimentaire) a certes augmenté (mais le nombre de situations de séparation a lui aussi augmenté), mais il n'a pas submergé les tribunaux.

---

<sup>39</sup> cf. . *Droit de la famille*, P. Murat (dir.), Dalloz, *op. cit.*, n° 234.141 et réf. cit.

refus du mineur d'aller chez un de ses parents ne justifie pas, sauf circonstances particulières, que l'on remette en cause l'organisation des relations personnelles entre l'enfant et ses parents; surtout, la Cour censure les décisions qui soumettraient ces relations personnelles au bon vouloir de l'enfant<sup>37)</sup>.

Mais ce sont là des questions qui pourraient aussi se poser en cas d'exercice de l'autorité parentale par un seul des parents. *Quid* du contentieux lié à la mise en oeuvre l'exercice en commun de l'autorité parentale après la séparation?

### *3°. Le contentieux lié à la mise en œuvre de l'exercice en commun de l'autorité parentale*

Contrairement aux craintes qui avaient pu être exprimées lors des débats qui conduisirent à la généralisation de l'exercice en commun de l'autorité de l'autorité parentale après la séparation, le contentieux lié au fonctionnement même du système, *i.e.* à l'obligation de prendre en commun les décisions importantes pour l'enfant, est extrêmement rare.

Deux types de questions semblent, en pratique, monter devant le juge français (mais les demandes sont très peu nombreuses). Montent, d'une part, les questions liées à la religion de l'enfant<sup>38)</sup>: appartenance à telle ou telle communauté, conversion de l'enfant, conséquences des convictions

---

37) Sur l'audition de l'enfant et la prise en compte de sa parole, cf. P. Bonfils et A. Gouttenoire, *Droit des mineurs*, *op. cit.*, n° 1135 s. et réf. cit.

38) cf. Ph. Malaurie et H. Fulchiron, *Droit de la famille*, *op. cit.*, n° 1573 et s. et réf. cit.

d'hébergement du parent avec qui l'enfant ne vit pas au quotidien est, relativement, abondant. Il appelle essentiellement deux remarques.

D'une part, ce contentieux (hors l'hypothèse d'un conflit relatif à la résidence alternée) n'est pas lié au système même de l'exercice en commun de l'autorité parentale. Le problème de la résidence habituelle ou du droit de visite et d'hébergement de l'autre parent pourrait également se poser en cas d'exercice unilatéral. A travers quelques exemples de jurisprudence (mais ces cas reflètent-ils vraiment la réalité?), on peut même se demander si les conflits ne sont pas encore plus violents dans les hypothèses d'exercice par un seul parent de l'autorité parentale, car est alors en jeu la volonté ou le sentiment d'exclusion d'un parent par l'autre... Il est vrai que l'exercice unilatéral de l'autorité parentale n'existe plus, comme on l'a dit *supra*, que dans des circonstances exceptionnelles; il n'est donc pas surprenant qu'il soit souvent «pathogène».

D'autre part, les juges se montrent, là encore, d'une grande prudence lorsqu'ils sont saisis de demandes tendant, d'une façon ou d'une autre à réduire la place d'un des parents. Ainsi la remise en cause de l'alternance de l'hébergement ou le réaménagement à la baisse d'un droit de visite et d'hébergement supposent la preuve de circonstances particulières qui rendent le système actuel incompatible avec l'intérêt de l'enfant: déménagement, mauvais traitements... ou désintérêt d'un des parents<sup>36</sup>. Même la volonté de l'enfant est soumise à un contrôle judiciaire approfondi: la Cour de cassation ne cesse par exemple de répéter que le

---

36) cf. Ph. Malaurie et H.Fulchiron, *Droit de la famille, op. cit.*, n° 1613 et s. et réf. cit.

relations personnelles entre l'enfant et son père ou sa mère incarcéré (e) seront maintenues, afin d'éviter qu'elles ne soient trop traumatisantes pour l'enfant<sup>33)</sup>.

Des lois récentes exigent du juge français une attention particulière à la question des violences familiales ou soupçons d'abus sexuels<sup>34)</sup>; la question est d'autant plus délicate que la nécessité, fondamentale, d'assurer la protection de l'enfant doit se doubler du souci d'éviter toute instrumentalisation par un parent de ce type d'accusations. En pratique, les juges travailleront en priorité sur la question des relations personnelles entre l'enfant et le parent concerné (suspension du droit de visite et d'hébergement ou droit de visite «sous surveillance» dans un lieu spécialisé ou «médiatisé» par la participation d'un tiers. Ce n'est, là encore, que si toute coopération devient impossible entre les parents (et l'on peut imaginer que la gravité des soupçons qui pèse sur l'un rende l'autre incapable de s'adresser à lui pour prendre, ensemble, une décision relative à l'enfant), que sera mis fin à l'exercice en commun de l'autorité<sup>35)</sup> (doublé au besoin d'un retrait de l'autorité parentale, art. 378 c. civ. et s.).

## *2°. Le réaménagement des modalités d'aménagement de l'exercice en commun de l'autorité parentale*

Le contentieux relatif à la résidence de l'enfant (résidence habituelle ou résidence alternée) et le contentieux relatif au droit de visite et

---

33) *ibidem*

34) cf. P. Bonfils et A. Gouttenoire, *Droit de mineurs, op. cit.*, n°1684 et réf. cit.

35) cf. *Droit de la famille*, P. Murat (dir.), *op. cit.*, n°234.71 et réf. cit.

La première hypothèse est en pratique relativement rare. Et les juges se montrent d'une grande prudence. Seul un conflit d'une gravité exceptionnelle, qui risquerait d'avoir de graves conséquences pour l'enfant pourrait justifier qu'il soit mis fin à l'exercice en commun de l'autorité parentale. En attendant, le juge recourra à tous les procédés qui pourraient permettre d'apaiser le conflit, notamment à la médiation.

La seconde hypothèse est plus fréquente. Il peut arriver par exemple que l'un des parents parte à l'étranger où qu'il s'installe à l'autre bout de la France. Il peut arriver également que les violences exercées sur l'enfant, ou des soupçons d'abus sexuels, conduisent l'un des parents à vouloir couper les liens de l'enfant avec l'autre. Là encore, les juges se montrent d'une grande prudence.

Dans le premier cas, il conviendra de prouver en quoi le déménagement de l'enfant ne s'oppose pas au maintien d'un exercice en commun de l'autorité parentale: de fait, les moyens de communications permettent aujourd'hui aux parents de se concerter pour prendre ensemble des décisions importantes. Si l'éloignement des domiciles parentaux peut rendre nécessaire le changement de résidence habituelle ou la fin d'un système de résidence alternée et, bien sûr, une réorganisation des droits de visite et d'hébergement, elle ne constitue donc pas en soi un obstacle à l'exercice en commun de l'autorité parentale<sup>32</sup>. Il en irait de même, pour prendre un autre exemple de jurisprudence, de l'emprisonnement de l'un des parents, sauf, là encore, à revoir les modalités selon lesquelles les

---

32) cf. Ph. Malaurie et H.Fulchiron, *Droit de la famille, op. cit.*, n° 1613 et s. et réf. cit.

commun de l'autorité parentale était de voir apparaître un important contentieux post séparation. Tel n'est pas le cas en pratique. Il convient de distinguer en effet plusieurs types de contentieux post séparation, en général, et post divorce en particulier.

La plus grande partie de ce contentieux est lié à la contribution financière du parent qui ne vit pas quotidiennement avec l'enfant, à la prise en charge de celui-ci. Il s'agit donc d'un contentieux lié à la pension alimentaire fixée par le juge dans sa décision ou par les époux dans leur convention. Mais ce contentieux pourrait intervenir quelque soit les modalités d'exercice de l'autorité parentale. Dans bien des cas, il « cristallise » d'ailleurs des conflits mal réglés entre les père et mère: la pension alimentaire n'est, en un sens, qu'un prétexte...

Reste le contentieux lié à l'exercice lui-même de l'autorité parentale, ce qui recouvre en pratique trois problèmes: la remise en cause du système en tant que tel, la modification de ses modalités d'aménagement, et le contentieux lié au fonctionnement même de l'exercice conjoint de l'autorité parentale.

### *1°. La remise en cause du système d'exercice en commun de l'autorité parentale*

Deux situations peuvent se présenter, soit que le système se heurte à des difficultés de fonctionnement si graves que l'un des époux demande à ce qu'il y soit mis fin, soit qu'un changement de circonstances nécessite un passage à un exercice unilatéral.

personne, un parent jouit de la liberté d'aller et venir. En revanche, le juge pourrait être amené à modifier la situation, en redéfinissant notamment les droits de visite et d'hébergement du parent avec lequel l'enfant ne réside pas habituellement. Éventuellement, il pourrait même changer la résidence habituelle, ou alternée, de l'enfant. Le juge peut également aménager les conséquences financières de la nouvelle situation: répartir les frais de déplacement afin d'éviter que le parent resté sur place soit empêché de voir son enfant faute de moyens pour financer les trajets; réajuster le montant de la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant pour tenir compte de cette nouvelle charge financière.

Dans le même esprit, l'article 373-2-11 dispose que le juge qui statue sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale en cas de séparation des parents doit prendre en considération: «3°. *l'aptitude de chacun des parents à assumer ses devoirs et respecter les droits de l'autre*». Parallèlement, le juge se voit reconnaître le pouvoir de «*prendre les mesures permettant de garantir la continuité et l'effectivité des liens de l'enfant avec chacun de ses parents*» (art. 373-2-6, al. 2): pour prévenir un enlèvement d'enfant, il pourrait notamment «*ordonner l'interdiction de sortie du territoire sans l'autorisation des deux parents*».

Concrètement, l'exercice en commun de l'autorité parentale par les parents séparés suscite-t-il un important contentieux?

### ***B. Le contentieux de l'exercice en commun de l'autorité parentale***

Un des principaux arguments utilisés par les adversaires de l'exercice en

l'enfant *«avec l'autre parent»* (art. 373-2). Pour prévenir les difficultés le législateur a tiré de ce principe général une obligation particulière: *«Tout changement de résidence de l'un des parents, dès lors qu'il modifie les modalités d'exercice de l'autorité parentale, doit faire l'objet d'une information préalable et en temps utile de l'autre parent. En cas de désaccord, le parent le plus diligent saisit le juge aux affaires familiales qui statue selon ce qu'exige l'intérêt de l'enfant. Le juge répartit les frais de déplacement et ajuste en conséquence le montant de la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant»* (art. 373-2 al. 3).

En cas d'exercice en commun de l'autorité parentale, l'obligation d'information pèse au premier chef sur le parent auprès duquel l'enfant réside habituellement ou qui exerce seul l'autorité parentale: le départ de l'enfant risque en effet de remettre en cause l'organisation de ses relations avec l'autre parent, voire de les rendre impossibles en cas de déménagement lointain. Elle vaut aussi en cas de résidence alternée dès lors que le déménagement d'un parent perturbe gravement le système adopté, et s'impose également au parent auprès de qui l'enfant ne vit pas habituellement: son éloignement peut en effet l'empêcher de respecter ses droits de visite et d'hébergement. L'information, a précisé la cour de cassation (*Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 4 juillet 2006*, à propos d'une mère partie vivre en Nouvelle-Calédonie sans laisser d'adresse), doit être *«préalable et en temps utile»*.

En cas de désaccord, le juge pourrait intervenir comme arbitre. Il ne saurait évidemment interdire à un parent de déménager: comme toute

des deux parents étant entendu qu'en cas d'urgence, le médecin a l'obligation de donner des soins.

A l'évidence, le système d'exercice en commun de l'autorité parentale par des parents disposant de pouvoirs identiques comporte des risques de paralysie, surtout si les parents sont séparés. Pour résoudre d'éventuels conflits, le législateur de 1970 avait prévu un système particulièrement équilibré. Selon l'article 372-1-1 ancien: *«Si les père et mère ne parvenaient pas à s'accorder sur ce qu'exige l'intérêt de l'enfant, la pratique qu'ils avaient précédemment suivie leur tiendrait lieu de règle. À défaut d'une telle pratique ou en cas de contestation sur son existence ou sur son bien-fondé, le parent le plus diligent pourra saisir le juge aux affaires familiales qui statuera après avoir tenté de concilier les parties»*. La règle avait l'avantage de donner aux parents et au juge une ligne de conduite: respect de la *«coutume familiale»*, recherche de la conciliation, décision du juge selon ce qu'exige l'intérêt de l'enfant. Pour des raisons inexplicables, le texte a été abrogé en 2002. On ne le retrouve plus que, mutilé, au titre des éléments que le juge est appelé à prendre en considération lorsqu'il se prononce en cas de séparation sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale (art. 373-2-11, 1°). Désormais rien n'est dit sur le règlement des conflits parentaux. Mais en pratique, les juges se réfèrent toujours à la pratique antérieurement suivie<sup>31</sup>.

## 2°. *Seconde règle: l'obligation de coopération*

De façon générale, les parents séparés sont tenus de *«respecter les liens»* de

---

31) Ph. Malaurie et H.Fulchiron, *Droit de la famille, op. cit.*, n° 1603 et réf. cit.

En toute hypothèse, un tel système ne peut fonctionner que si sont prévus des assouplissements pour les actes quotidiens et une procédure de règlement des conflits parentaux. Aussi l'article 372-2 du code civil prévoit-il que «*À l'égard des tiers de bonne foi, chacun des parents est réputé agir avec l'accord de l'autre, quand il fait seul un acte usuel de l'autorité parentale relativement à la personne de l'enfant*». La règle vaut à la fois dispense de preuve de l'accord des parents et décharge de responsabilité au profit des tiers de bonne foi. La loi ne donne pas de définition des actes usuels, ni, surtout, de liste préétablie. Si l'on procède de manière négative, on peut considérer que ne constitue pas un acte «usuel» l'acte qui, rompant avec la pratique antérieurement suivie, engage l'avenir de l'enfant<sup>30</sup>. Le tiers ou, en cas de conflit, le juge, devra se livrer à une double appréciation *in abstracto* et *in concreto*, en fonction des circonstances particulières de l'espèce. Ainsi, s'agissant de l'éducation scolaire, peut être considérée comme un acte usuel la réinscription de l'enfant dans l'établissement où il se trouvait déjà ou, après déménagement, dans un établissement de même nature. En revanche, ne constitue pas un acte usuel, sauf circonstances particulières, l'inscription de l'enfant scolarisé jusque là dans une école publique, dans un établissement confessionnel ou dans une école prônant des méthodes pédagogiques originales. Le choix de l'orientation scolaire ou professionnelle de l'enfant, dès lors qu'il engage l'avenir de l'enfant, appelle également l'accord des deux parents. De même si des soins médicaux courants peuvent être considérés comme relevant de la catégorie des actes usuels, une opération ou le choix d'un traitement en cas de maladie plus grave, suppose l'accord

---

30) cf. Ph. Malaurie et H.Fulchiron, *Droit de la famille, op. cit.*, n° 1602 et réf. cit.

d'examiner le contentieux qu'elle engendre.

### ***A. Le fonctionnement de l'exercice conjoint de l'autorité parentale***

Deux règles permettent de réguler la pratique de l'exercice en commun de l'autorité parentale après séparation, étant précisé que ses règles valent aussi pour l'exercice en commun de l'autorité parentale dans les familles unies. Il n'y a pas de règles spécifiques à l'exercice de l'autorité parentale après séparation en droit français: le couple parental est supposé fonctionner indépendamment des aléas du couple conjugal.

#### *1°. Première règle: présomption d'accord et arbitrage judiciaire*

Égaux en droits et en devoirs, les parents disposent des mêmes pouvoirs, qu'ils mettent en œuvre conjointement. Toute décision suppose donc en principe leur accord: il y a exercice conjoint et non concurrence de pouvoirs identiques. La règle qui vaut pour toutes les décisions relatives à la personne de l'enfant vaut aussi pour la gestion des biens de l'enfant, puisque les parents qui exercent en commun l'autorité parentale administrent conjointement les biens de leurs enfants mineurs (cf. art. 382 c. civ. et s., réd. ord. 15 oct. 2015). Le parent qui prétendrait agir sans le consentement de l'autre engagerait sa responsabilité; des incidents répétés pourraient en théorie conduire le juge à mettre fin à l'exercice en commun de l'autorité parentale, mais la faveur manifestée par le législateur à l'égard de ce système laisse penser qu'une telle décision ne serait prise que si le comportement des parents ou de l'un d'eux risquait de causer de graves perturbations à l'enfant<sup>29</sup>).

---

<sup>29</sup> cf. *Droit de la famille*, P. Murat (dir.), Dalloz, 7<sup>ème</sup> éd., 2015, n° 234.31 et réf. cit.

*de résidence de l'enfant, le juge peut ordonner à titre provisoire une résidence en alternance dont il détermine la durée. Au terme de celle-ci, le juge statue définitivement sur la résidence de l'enfant en alternance au domicile de chacun des parents ou au domicile de l'un d'eux.*

La résidence alternée intervient dans le cadre d'un exercice en commun de l'autorité parentale: les décisions doivent donc être prises en commun, sous réserve du jeu de la présomption d'accord de l'article 372-2.

En pratique, l'alternance se répand peu à peu et les juges l'acceptent de plus en plus souvent, même s'ils s'entourent de garanties (proximité des résidences, continuité des activités scolaires et extra scolaires de l'enfant, consensus parental minimum<sup>28)</sup>...). Le débat se poursuit cependant entre ses partisans (qui voudraient en faire le principe, les propositions de loi se multipliant en ce sens) et ses adversaires (qui craignent pour l'équilibre de l'enfant).

Les règles gouvernant le principe de l'exercice en commun de l'autorité parentale après séparation étant ainsi fixées, reste à savoir comment il se pratique.

## **II. La pratique de l'exercice conjoint de l'autorité parentale après séparation**

Pour apprécier la pratique de l'exercice en commun de l'autorité parentale, il convient d'analyser les règles qui gouvernent son fonctionnement, puis

---

28) Ph. Malaurie et H.Fulchiron, *Droit de la famille, op. cit.*, n° 1614 et réf. cit.

ballotté d'un parent à l'autre au fil des jours, des semaines ou des mois; si elle satisfait les prétendus «droits» des père et mère, elle fait de l'enfant une chose que l'on se partage, sans trop se soucier de son intérêt<sup>26)</sup>.

Dans un premier temps, la cour de cassation, dans deux arrêts du 21 mars 1983 et du 2 mai 1984<sup>27)</sup>, avait consacré la garde conjointe et condamné la garde alternée. La loi du 2 juillet 1987 puis celle du 8 janvier 1993 confirmèrent cette position en inscrivant dans le Code l'exigence d'une «résidence habituelle». La pression des partisans de l'alternance ne se relâcha pas; les revendications de certains parents, l'action militante de certaines associations de pères, conduisirent quelques juges à admettre diverses formules de partage de l'hébergement qui revenaient *de facto* à une résidence alternée.

Le législateur français a finalement admis la licéité du système au nom de la continuité des liens entre l'enfant et chacun de ses parents (étant rappelé que depuis l'ouverture en 2013 du mariage et de l'adoption aux personnes de même sexe le problème peut aussi se poser dans les familles homoparentales séparées). La loi du 4 mars 2002 ouvre une option entre résidence alternée et résidence habituelle (art. 373-2-9). Le législateur manifeste même sa préférence pour l'alternance en la mentionnant en premier lieu, et en donnant au juge le pouvoir de l'imposer, à titre expérimental, en cas de désaccord des parents: selon l'article 373-2-9, «à la demande de l'un des parents ou en cas de désaccord entre eux sur le mode

---

26) Sur le débat, cf. H. Fulchiron, *Autorité parentale et parents désunis*, *op. cit.*

27) préc.

- *Une résidence habituelle*: telle est la solution habituellement retenue; qui correspond d'ailleurs, *mutatis mutandis*, à l'ancien schéma d'un enfant pris en charge quotidiennement par l'un de ses parents. Mais si ce dernier bénéficie en fait d'une situation privilégiée (et d'une charge d'autant plus importante), les règles de l'exercice en commun de l'autorité parentale ne s'en appliquent pas moins: il y a exercice conjoint, facilité pour les actes usuels par la présomption d'accord de l'article 372-2 (on y reviendra).

Le parent auprès de qui l'enfant n'a pas sa résidence habituelle dispose d'un droit, irréductible, sauf motif grave, à entretenir des relations personnelles avec lui; l'autre est tenu de respecter ces liens (art. 373-2).

- *Deux résidences, en alternance*: La question du partage ou de l'alternance de l'hébergement ne cesse, depuis plus de trente ans, de susciter de vives polémiques en France. La «garde alternée» est née avec la «garde conjointe», au début des années 1980. Pour ses partisans, seul ce système permet à l'enfant de conserver des liens équilibrés avec chacun de ses deux parents; lui seul assure l'égalité entre les père et mère, en redonnant au père – qui obtient rarement que la résidence habituelle de l'enfant soit fixée auprès de lui – toute sa place dans la famille désunie. Pour ses adversaires, l'alternance de l'hébergement risque de déstabiliser l'enfant,

---

*de vie des enfants après le divorce*, Insee-Première, février 2015), 152 000 enfants, âgés en moyenne de 7 à 8 ans, ont été concernés par la rupture du mariage en 2009 et 5 100 par la rupture du Pacs. Fiscalement (l'enquête exploitait les données fiscales), 76% étaient rattachés principalement à leur mère et 9% à leur père, 15% étaient en garde alternée. Quand la résidence est fixée chez la mère, six mères sur dix déclarent recevoir une pension, dont le montant médian est de 150 euros.

De façon générale, le juge a pour directive de rechercher un accord entre les parties, une place de plus en plus large étant faite à la médiation (cf. 373-2-10 c. civ.).

Dans sa volonté d'alléger la tâche du juge pour le recentrer sur ce qu'il considère comme ses missions essentielles aujourd'hui, le législateur a donné plus de liberté aux parents en leur permettant de faire homologuer leur accord par le juge sans avoir à comparaître personnellement devant lui<sup>24</sup>).

Les décisions prises par le juge aux affaires familiales en matière d'autorité parentale sont par nature provisoires: elles peuvent être modifiées ou complétées à tout moment (art. 373-2-13).

## *2°. Aménagement de l'exercice en commun de l'autorité parentale*

Indépendant des questions liées aux contributions financières, deux questions doivent être réglées par les époux et/ou par le juge: celle de la résidence de l'enfant et celle de l'aménagement des liens entre l'enfant et le parent avec qui il ne vit pas quotidiennement.

Depuis la loi du 4 mars 2002, les parents ont le choix entre une résidence habituelle auprès de l'un d'eux ou une résidence alternée, chez l'un puis chez l'autre<sup>25</sup>).

---

24) cf. le nouvel article 1143 du code de procédure civile (réd. Décret n° 2016-1906 du 28 décembre 2016, art. 2, le juge statue sur la requête présentée par les parents «*sans débat, à moins qu'il n'estime nécessaire d'entendre les parties*»).

25) Selon une enquête de l'Insee (G. BONNET, B. GARBINTI et A. SOLAZ, *Les conditions*

convention qu'ils auraient conclue entre eux en matière d'autorité parentale.

Soucieux en effet de «déconnecter» problèmes de couple et problème de parents, la loi permet aux parents de passer entre eux des conventions (obligatoires en cas de divorce sur requête conjointe puisque dans ce cas les époux sont chargés de régler eux-mêmes les conséquences de leur séparation dans des conventions qu'ils soumettent à l'homologation du juge), dans lesquelles ils organisent les conséquences de leur séparation à l'égard des enfants. Le juge conserve cependant sa mission de protecteur de l'intérêt de l'enfant et de la liberté du consentement donné par les parents: au besoin, il refusera d'homologuer la convention qui lui est soumise (art. 373-2-7, al. 2).

En l'absence de conventions parentales, il appartient au juge de statuer sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale. La loi l'invite à prendre notamment en considération «*la pratique que les parents avaient précédemment suivie ou les accords qu'ils avaient pu antérieurement conclure*» ou les résultats de l'enquête sociale qui aurait été ordonnée. Une place importante est faite à l'audition de l'enfant (art. 373-2-11 c. civ.), cette audition étant de droit lorsque le mineur en fait la demande (art. 388-1 c. civ.). Au titre du principe de coparentalité, il doit également prendre en compte (373-2-11 3°) «*L'aptitude de chacun des parents à assumer ses devoirs et respecter les droits de l'autre*»: il y a là comme un écho, atténué, du «principe californien» selon lequel l'enfant doit être confié au parent qui semble le plus apte à respecter la place de l'autre.

systématique. Elle ne l'est plus depuis l'entrée en vigueur la nouvelle loi sur le divorce, qui, à côté des cas de divorces «classiques» (divorce par consentement mutuel, divorce sur demande acceptée, divorce pour faute et divorce par consentement mutuel instaure un «divorce sans juge<sup>22)</sup>). Entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2017, elle permet aux époux de se divorcer par acte sous signature privé contresigné par leurs avocats et déposé au rang des minutes d'un notaire; dans leur convention, ils sont sensés régler tous les problèmes liés à la dissolution de leur union, notamment les question d'autorité parentale. A aucun moment, le juge ou une autorité équivalente ne sont invités à intervenir pour contrôler, dans l'intérêt de l'enfant, ce qui a été prévu par les parents. On comprend que la loi ait fait, à cet égard, l'objet de vives critiques. Pour assurer le droit de l'enfant à être entendu dans une procédure qui, à l'évidence, les concerne, le législateur a seulement prévu que si l'enfant demande à être auditionné, le juge doit le faire. On passe alors, pour l'ensemble du divorce, à une procédure de divorce par consentement mutuel judiciaire avec homologation par le juge de la convention par laquelle les époux règlent les conséquences de leur séparation, notamment à l'égard des enfants<sup>23)</sup>.

Dans les autres cas de séparation (parents non mariés, parents mariés séparés de fait), le juge n'a pas non plus à intervenir *a priori*. Il ne le fera qu'en cas de difficulté ou si les parents lui demandent d'homologuer la

---

22) Sur cette loi, cf. not. les dossiers présentés par la Revue Droit de la famille (Dr. fam.) et Actualité juridique famille (AJ Famille) en janvier 2016; *adde* H. Fulchiron, *Divorcer sans juge*, JCP 2016, 1267

23) Articles 229-2 et 388-1 du code civil

Les droits ainsi reconnus au parent qui ne vit pas quotidiennement avec l'enfant sont aussi des devoirs qui lui sont imposés. Reste à savoir comment sanctionner l'abandon de fait de l'enfant par un de ses parents...

Le principe étant posé, reste à analyser comment s'organise juridiquement l'exercice en commun de l'autorité parentale.

### ***B. Modalités d'organisation***

Il convient de préciser qui organise l'exercice commun de l'autorité parentale avant d'en étudier les modalités d'aménagement.

#### *1°. Qui décide quoi?*

Chargé de statuer sur l'ensemble des questions relatives à l'autorité parentale, le juge aux affaires familiales, juge spécialisé du tribunal de grande instance (*i.e.* de la juridiction française de droit commun: il n'y a pas de juridiction familiale spécialisée en France), doit veiller *«spécialement à la sauvegarde des intérêts des enfants mineurs»* (art. 373-2-6), étant entendu que, conformément à l'article 3-1 de la Convention EDH, *«dans toutes les décisions qui concernent les enfants, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale»*.

Pour autant, le juge aux affaires familiales n'intervient pas dans tous les cas de séparation. Et même lorsqu'il intervient, une large place est faite aux accords parentaux.

En cas de divorce, l'intervention du juge était jusqu'à une époque récente

CEDH<sup>19</sup>), les juges français semblent de plus en plus hostiles à refuser toute relation personnelle entre l'enfant et «l'autre parent»: ni son homosexualité, ni sa séropositivité, ni son incarcération par exemple, ne sont considérés par eux-mêmes comme des «motifs graves»; ils ne le deviendraient que s'ils comportaient un danger «effectif» pour l'enfant<sup>20</sup>. Restent, là encore, les violences physiques ou morales, les risques d'abus sexuels ou le traumatisme que causeraient aux enfants des relations forcées avec leur père ou leur mère (mais les juges sont très prudents afin d'éviter une manipulation des enfants par l'autre parent<sup>21</sup>).

Le parent qui n'exerce pas l'autorité parentale conserve le droit *et le devoir* (comme l'a précisé la loi de 2002) de surveiller l'entretien et l'éducation de l'enfant et doit être informé des choix importants relatifs à la vie de celui-ci (art. 373-2-1, al. 3).

De façon générale, l'attachement manifesté par le législateur au principe de coparentalité l'a conduit à poser en principe que «*Chacun des père et mère doit maintenir des relations personnelles avec l'enfant et respecter les liens de celui-ci avec l'autre parent*» (art. 373-2, al. 2).

---

19) (cf. not. Cour EDH, *Vojnity c. Hongrie*, 12 février 2013 : le requérant qui appartenait à une congrégation religieuse s'était vu privé de son droit de visite en raison, selon les juges autrichiens, de sa vision «irrationnelle» du monde et des risques de prosélytisme. La CEDH, après avoir rappelé que l'intérêt de l'enfant est de conserver des liens avec sa famille et qu'une mesure aussi radicale que mettre fin à toute relation personnelle entre l'enfant et l'un de ses parents ne peut être justifiée que par des circonstances exceptionnelles, estime qu'en l'espèce la mesure était disproportionnée au regard des risques réellement encourus)

20) cf. Ph. Malaurie et H.Fulchiron, *Droit de la famille*, *op. cit.*, n° 1618 et réf. cit.

21) *ibidem*

la Cour exige que les juridictions nationales se soient livrées à une appréciation *in concreto* de la situation), désintérêt ou absence de contacts prolongés avec l'enfant. En revanche, l'homosexualité de l'un des parents ne saurait en soi être un motif suffisant, à moins que le comportement du père ou de la mère ne risque d'être préjudiciable pour l'enfant; et là encore, la Cour EDH veille au droit au respect de la vie privée et à l'absence de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, cf. CEDH, 21 décembre 1999, *Salgueiro Da Silva Mouta c/Portugal*<sup>18</sup>).

De plus le parent qui perd l'exercice de l'autorité parentale conserve un certain nombre de droits et par conséquent de devoirs. En particulier, selon l'article 373-2-1, *«l'exercice du droit de visite et d'hébergement ne peut être refusé à l'autre parent que pour des motifs graves»* (art. 373-2-1, al. 2). Conformément aux vœux du législateur et aux prescriptions de la

---

notamment la fête de Noël); étaient également invoquées les conséquences potentielles du refus des transfusions sanguines. L'Autriche est condamnée: la CEDH souligne que l'enquête sociale, sur laquelle s'étaient fondés les juges pour confier l'enfant à sa mère, n'avait révélé aucun danger potentiel.

- 18) Cour EDH, 21 décembre 1999, *Salgueiro Da Silva Mouta c/Portugal*: la cour d'appel de Lisbonne avait affirmé que le fait *«que le père de l'enfant, qui s'assume homosexuel, veuille vivre avec un autre homme, est une réalité qu'il faut accepter. Il est notoire que la société montre de plus en plus de tolérance envers ces situations. Toutefois, l'on ne saurait soutenir qu'un environnement de cette nature est le plus sain et adéquat au développement moral, social et mental d'un enfant, surtout dans le cadre du modèle dominant dans notre société, [...] L'enfant doit vivre au sein d'une famille, d'une famille traditionnelle portugaise, qui n'est certainement pas celle que son père a décidé de constituer, car il vit avec un autre homme, comme s'ils étaient mari et femme. Il n'y a pas ici lieu de chercher à savoir si l'homosexualité est ou non une maladie ou si elle est une orientation sexuelle à l'égard des personnes du même sexe. Dans les deux cas, l'on est en présence d'une anomalie et un enfant ne doit pas grandir à l'ombre de situations anormales»*. Condamnation du Portugal par application de l'article 8 combiné avec l'article 14 de la Convention EDH.

particuliers, l'autorité parentale pendant la vie commune, ils continuent à l'exercer ensemble après la séparation, notamment après le divorce.

Comme le souligne la formulation même de l'article 373-2-1 (loi de 2002), l'exercice de l'autorité parentale par un seul des parents n'intervient plus que dans des circonstances exceptionnelles: «*Si l'intérêt de l'enfant le commande, le juge peut confier l'exercice de l'autorité parentale à l'un des deux parents*». En pratique, c'est à celui qui s'oppose à un exercice en commun de l'autorité parentale de démontrer l'existence de ces «motifs graves», nécessitant que l'un des parents soit privé de sa part de responsabilité. Le juge recourt notamment à cette solution en raison de la personnalité de l'un des parents: alcoolisme, violence à l'égard des enfants (ou de certains d'entre eux) ou à l'égard de l'autre parent (cf. art. 373-2-11), risque d'enlèvement, menaces d'abus sexuels, troubles du comportement, irresponsabilité (ex. de jurisprudence: le père possède un pitbull dont il se plaint à souligner les mœurs paisibles, sans prendre en compte la vulnérabilité de sa fille âgée de quatre ans), méthodes éducatives traumatisantes (coups, endoctrinement idéologique ou religieux), appartenance à une «secte» (dès lors que cette appartenance risque d'avoir des conséquences néfastes pour l'enfant<sup>16</sup>); mais la Cour EDH est veille au respect de la liberté religieuse, cf. l'arrêt *Hoffman c. Autriche* du 23 juin 1993<sup>17</sup> dans lequel, à propos des Témoins de Jéhovah,

---

16) cf. Ph. Malaurie et H.Fulchiron, *Droit de la famille, op. cit.*, n° 1616 et réf. cit.

17) Cour EDH, 23 juin 1993, *Hoffman c. Autriche* : la Cour supérieure autrichienne avait confirmé le refus de confier les enfants à leur mère pour des motifs liés à l'appartenance de celle-ci aux témoins de Jéhovah. Accueillant les arguments du père, la Cour soulignait que les enfants couraient le risque d'un isolement social complet (cf. not. les positions des témoins de Jéhovah sur les fêtes religieuses,

Cette orientation a été confirmée par l'évolution du droit européen: tel est en effet le modèle que propose le Conseil de l'Europe et sur lequel veille la Cour EDH<sup>14)</sup>. Et il est plus que largement répandu dans les pays européens<sup>15)</sup>.

Pour comprendre comment fonctionne en droit français l'exercice conjoint de l'autorité parentale après séparation, il convient, dans un premier temps, de présenter le principe de cet exercice conjoint (I), puis d'en étudier la pratique (II).

## **I. Le principe d'un exercice conjoint de l'autorité parentale après séparation**

Longtemps le monopole d'un parent après la séparation fut le principe; il n'est plus que l'exception. C'est ce choix législatif qu'il convient de rappeler (A) avant d'examiner les modalités d'organisation du système (B).

### ***A. Règle et exception***

On l'a dit, l'article 373-2 du code civil français affirme que *«La séparation des parents est sans incidence sur les règles de dévolution de l'exercice de l'autorité parentale»*. Les parents exerçant en commun, sauf cas très

---

14) cf. le Rapport, *Comment assurer le principe de coparentalité entre parents séparés?*, Ministère de la Justice et Ministère des affaires sociales et de la Santé, 2014 et réf. cit.

15) cf. F. Ferrand et H. Fulchiron, *Le divorce en Europe*, éd. Société de législation comparée, 2015

Depuis 2002, le législateur français est encore intervenu à de nombreuses reprises pour tenter de rendre plus effectif le principe de coparentalité et sa traduction juridique, l'exercice en commun de l'autorité parentale. Après bien des débats, la loi du 4 mars 2002 avait consacré la possibilité d'une résidence alternée dans le cadre d'un exercice en commun de l'autorité parental: certains projets de réforme auraient souhaité généraliser le système<sup>11)</sup>. Le législateur a également entendu promouvoir la médiation, dans l'espoir que celle-ci favoriserait l'accord des parents<sup>12)</sup>. Il a même été envisagé de rendre la médiation «obligatoire» en cas de conflit parental<sup>13)</sup>.

En droit français, l'affirmation du principe de coparentalité, le respect du principe d'égalité entre homme et femme en tant que parents, la promotion des droits de l'enfant, ont donc contribué à faire de l'exercice en commun de l'autorité parentale la règle et l'exercice unilatéral l'exception.

---

11) Le projet de réforme sur l'autorité parentale et l'intérêt de l'enfant déposé au Parlement en 2015 (AN Proposition de loi n° 1856), proposait ainsi de supprimer la notion de «résidence habituelle»: la résidence de l'enfant serait fixée au domicile de chacun des parents, selon les modalités de fréquence et de durée déterminées d'un commun accord entre les parents ou, à défaut, par le juge.

12) cf. l'article 373-2-10 du code civil, réd. loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016: «En cas de désaccord, le juge s'efforce de concilier les parties.

A l'effet de faciliter la recherche par les parents d'un exercice consensuel de l'autorité parentale, le juge peut leur proposer une mesure de médiation et, après avoir recueilli leur accord, désigner un médiateur familial pour y procéder.

Il peut leur enjoindre, sauf si des violences ont été commises par l'un des parents sur l'autre parent ou sur l'enfant, de rencontrer un médiateur familial qui les informera sur l'objet et le déroulement de cette mesure».

Sur la médiation, cf. I. Barrière-Brousse et M. Douchy-Oudot, *Les contentieux familiaux, droit interne, international et européen*, LGDJ, 2<sup>ème</sup> éd., n° 50 et réf. cit.

13) cf. à titre expérimental, les dispositions de la loi n 2016-1547 de 18 novembre 2016 qui impose aux parents une tentative de médiation avant la saisine du juge.

matérielle, garde alternée, garde conjointe<sup>7)</sup>. Puis le législateur, sensible à l'importance sociale du problème, multiplia les interventions:

- la loi du 22 juillet 1987 dite *loi Malhuret*<sup>8)</sup> consacra l'exercice en commun de l'autorité parentale (le juge du divorce peut l'ordonner et les parents peuvent le choisir en cas de divorce sur requête conjointe)
- la loi du 8 janvier 1993 posa en principe l'exercice en commun de l'autorité parentale après divorce<sup>9)</sup> (seules des circonstances exceptionnelles peuvent justifier que l'enfant soit confié à un seul de ses parents ou à un tiers).
- la loi du 4 mars 2002 généralisa l'exercice en commun de l'autorité parentale dans les familles séparées, qu'elles soient construites en mariage ou hors mariage<sup>10)</sup>.

---

7) Condamnation de la dissociation entre garde juridique et garde matérielle: Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 12 février 1976, *Bull. civ.* II, n° 53. Condamnation de la garde alternée et consécration de la garde conjointe, Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 21 mars 1983, *Bull. civ.* II, n° 86; *D.* 1984, 53, note T. Moussa; *JCP G* 1984.II.20163, note A. Dekeuwer; *Deffrénois* 1983, art. 33174, n° 119, obs. J. Massip; *RTD civ.* 1984, 95, obs. J. Rubellin-Devichi; Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 2 mai 1984, *Deffrénois*, art. 33477, n° 7, obs. J. Massip; *RTD civ.* 1984, 691, obs. J. Rubellin-Devichi.

8) cf. G. Raymond, «De la réalité de l'absence du couple conjugal à la fiction de l'unité du couple parental, commentaire de la loi n° 87-570 du 22 juillet 1987», *JCP G* 1987.I.3299; Fr. DEKEUWER et F. VAUVILLE, «Droits de l'homme et droits de l'enfant, commentaire de la loi Malhuret du 22 juillet 1987», *D.* 1988, chron. 7.

9) cf. H. FULCHIRON, «Une nouvelle réforme de l'autorité parentale, commentaire de la loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 à la lumière de l'application de la loi Malhuret», *D.* 1993, chron. 117.

10) H. FULCHIRON, article préc.; J. MASSIP, «Les modifications apportées au droit de la famille par la loi du 8 janvier 1993», *Deffrénois* 1993, 609; J. RUBELLIN-DEVICHI, «Une importante réforme en droit de la famille, la loi n° 93-22 du 8 janvier 1993», *JCP G* 1993.I.3659.

l'on appela le phénomène des «nouveaux pères». La question était d'autant plus sensible que la multiplication des recompositions familiales semblait placer les pères en situation de concurrence avec le nouveau conjoint ou partenaire de l'autre parent<sup>5)</sup>.

- Enfin, sur le plan théorique, s'est affirmée peu à peu l'idée, portée par nombre de «spécialistes de l'enfance», que l'intérêt de l'enfant serait non seulement de conserver des relations personnelles avec chacun de ses parents mais encore d'être éduqué par ses deux parents, malgré la séparation.

Cette idée fut bientôt traduite en «droit de l'enfant» (et en *devoirs* des parents: «On est parent pour toujours»). Au niveau européen et international, elle fut consacrée par la Convention internationale relative aux droits de l'enfant (art.10.2) et par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (art.24.3). A travers le droit au respect de la vie privée et familiale de la Conv. EDH, la Cour EDH en a également assuré la promotion<sup>6)</sup>.

En France, la tâche de répondre aux nouveaux besoins sociaux et aux attentes des justiciables, revint d'abord aux tribunaux. Ils imaginèrent divers procédés permettant d'assurer un meilleur équilibre des droits et responsabilités de chacun: dissociation entre garde juridique et garde

---

5) cf. M.T. Meulders-Klein et I. Théry (dir.), *Les recompositions familiales aujourd'hui*, Nathan, 1993

6) cf. P. Bonfils et A. Gouttenoire, *Droit des mineurs*, Dalloz, 2<sup>ème</sup> éd. 2014, n°580 s. et réf. cit.

fondée sur le mariage comme dans la famille fondée hors mariage, rendait nécessaire de déconnecter les problèmes de parents et les problèmes de couple: la fonction de parent, l'engagement pris par chacun des parents lorsqu'ils ont donné naissance à un enfant, ne doit pas dépendre des aléas de leur vie conjugale. Pour reprendre une formule qui connut un grand succès: «le couple conjugal doit survivre aux aléas du couple parental».

- En pratique, les juges (qui le plus souvent se contentaient d'ailleurs de répondre à la demande des parents) confiaient l'enfant dans 85% des cas environ à la mère. Se posait donc le problème de la place du père dans la famille désunie: comment éviter que dans une société où les séparations devenaient de plus en plus fréquentes, le père n'ait plus auprès de l'enfant qu'une place secondaire? Psychologues et sociologues, notamment, soulignaient les risques que cette évolution pouvait comporter, pour l'enfant mais aussi pour la société<sup>4)</sup>. D'autant que les questions posées par l'augmentation du nombre de divorces se doublaient des interrogations suscitées par la multiplication des naissances en dehors du mariage. Or, là aussi, l'autorité parentale revenait le plus souvent à la mère.
- Les attentes sociales semblaient évoluer elles aussi: de plus en plus de pères déclaraient vouloir s'investir dans la prise en charge de l'enfant et affirmaient leur droits après la séparation: c'est ce que

---

4) cf. les deux rapports, commandés par le Gouvernement dans la perspective d'une réforme globale du droit de la famille, l'un sociologique, *Couple, filiation, parenté aujourd'hui*, I. Théry (dir.), éd. Odile Jacob-La Documentation française, 1998, *Rénover le droit de la famille: propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*, F. Dekeuwer (dir.), La Documentation française, 1999, et réf. cit.

fondée sur le mariage et plus encore dans la famille créée hors mariage.

Comme la plupart des systèmes juridiques, le système légal français fut longtemps dominé par le souci de confier l'enfant à un seul de ses parents, afin d'assurer l'unité de sa direction et de le préserver des conflits parentaux. Après divorce, le Code Napoléon donnait comme consigne au juge de confier les enfants «à l'époux qui a obtenu le divorce, à moins que le tribunal [...] n'ordonne, pour le plus grand avantage des enfants, que tous ou quelques-uns d'entre eux seront confiés aux soins soit de l'autre époux, soit d'une tierce personne<sup>3)</sup>». Les lois du 4 juin 1970 et du 11 juillet 1975, tout en affirmant que le seul critère à prendre en considération était l'intérêt de l'enfant, n'avaient pas remis en cause ce schéma: le parent «gardien» disposait de l'exercice de l'autorité parentale, l'autre ne bénéficiait que des droits, réduits, de visite, d'hébergement et de surveillance.

Plusieurs facteurs se sont conjugués pour remettre en cause ce système:

- Tout d'abord, la multiplication des divorces a ôté à la situation d'enfant de parents divorcés son caractère «anormal» qui justifiait des mesures de protection radicales: la question n'est plus seulement de tenir l'enfant à l'écart du conflit, mais de lui permettre d'être élevé par ses deux parents, malgré la rupture.
- Parallèlement, la multiplication des séparations, dans la famille

---

3) Article 302 du Code civil. Sur l'évolution de la puissance paternelle à l'autorité parentale, fonction exercée dans l'intérêt de l'enfant, cf. Ph. Malaurie et H. Fulchiron, *Droit de la famille*, Lextenso, 5<sup>ème</sup> éd., 2016, n° 1520 s. et réf. cit.

*J'espère au moins répondre, à travers l'exemple du droit français, avec ses avantages mais aussi ses limites, aux questions que se posent aujourd'hui les juristes japonais.*

Selon l'article 373-2 du code civil français, «*La séparation des parents est sans incidence sur les règles de dévolution de l'exercice de l'autorité parentale*». Les parents qui, sauf cas très particuliers, exerçaient en commun l'autorité parentale pendant la vie commune, continuent à exercer ensemble leur responsabilité de parents après la séparation. La règle vaut pour les parents divorcés, comme pour les parents mariés séparés de fait ou les parents non mariés qui se séparent.

A l'évidence, il serait faux de croire que la séparation ne bouleverse pas la vie des enfants, comme elle bouleverse celle des parents, et le législateur français en a bien conscience. En affirmant que la séparation n'a pas d'incidence «juridique» (elle en a bien d'autres sur le plan psychologique, social et économique...) sur les règles de *dévolution* de l'exercice de l'autorité parentale, il entend seulement poser un principe et proposer un modèle, dans l'espoir d'influencer les pratiques<sup>1)</sup>.

En un peu plus de trente ans, depuis l'époque où j'ai connu le professeur Tadaki Matsukawa à Lyon alors que je venais de soutenir ma thèse sur le sujet<sup>2)</sup>, le droit français a connu une évolution radicale, dans la famille

---

1) Sur la fonction pédagogique des lois, cf. J. Carbonnier, *Essai sur les lois*, Defrénois, 2<sup>ème</sup> éd. 1995

2) *Autorité parentale et parents séparés*, Ed. CNRS, 1985

〈Article〉

# L'exercice Conjoint de l'autorité Parentale Après Séparation

Hugues Fulchiron

Professeur à l'Université Jean Moulin Lyon 3

Directeur du Centre de droit de la famille

Institut universitaire de France

## Introduction

*C'est un grand honneur pour moi de parler devant vous ce soir et je voudrais remercier les organisateurs de cette conférence et tout particulièrement mon ami le professeur Tadaki Matsukawa de m'offrir cette magnifique occasion. J'en suis d'autant plus heureux que cette conférence me donne l'impression (l'illusion) de rajeunir. Il y a 25 ans, grâce déjà au professeur Matsukawa, je suis venu au Japon pour faire des recherches sur les procréations médicalement assistées (on présentait alors l'importance qu'allait prendre le problème) et j'ai eu l'occasion de faire une conférence... sur l'exercice en commun de l'autorité parentale dans les familles désunies. Je ne sais pas si, comme les vins français, je me suis « bonifié » en vieillissant...*

(1)

## 大阪学院大学法学会会則

### 四、編集委員 三名

第八条 会長は会員の中から選出し、総長が委嘱する。

副会長は会長が会員の中から委嘱する。

委員は会員の互選にもとづいて会長が委嘱する。

第九条 会長は本会を代表し、会務を統轄する。

副会長は会長を補佐する。役員は役員会を構成

し、本会の企画・運営にあたる。

第十条 会長は役員会を招集して、その議長となる。

第十一条 会長は会務執行に必要なとき、会員の中から

実行委員を委嘱することができる。

第十二条 総会は年一回これを開く。ただし、必要ある

ときは会長が臨時に招集することができる。

第十三条 本会の経費は大阪学院大学からの交付金のほ

かに、有志からの寄付金、その他の収入をもつてあ

てる。

第十四条 各学会の相互の連絡調整をはかるため「大阪

学院大学学会連合」をおく。

本連合に関する規程は別に定める。

第十五条 会計は毎年四月一日に始まり、翌年三月三一

日に終る。

第十六条 本会会則の改正は総会の議を経て総長の承認

第一条 本会は大坂学院大学法学会と称する。

第二条 本会の事務所は大坂学院大学図書館内におく。

第三条 本会は本学の設立の趣旨にもとづいて、法学ま

たは政治学に関する研究発表を通じ、学問の進展に

寄与することを目的とする。

第四条 本会は次の事業を行う。

一、機関誌「大阪学院大学法学研究」の発行

二、研究会、講演会および討論会の開催

三、その他本会の目的を達成するために必要な事業

第五条 本会の会員は次の通りとする。

一、大阪学院大学・大阪学院大学短期大学の専任

教員で法学または政治学を専攻する者

二、本会の趣旨に賛同し、役員会の承認を得た者

第六条 会員は本会の機関誌その他の刊行物の配布をう

けることができる。

第七条 本会には次の役員をおく。任期は二年とし、再

選をさまたげない。

一、会長 一名

二、副会長 一名

三、庶務委員 二名

を得るものとする。

## 大阪学院大学法学研究投稿規程

- 一、投稿論文はその内容が法学・政治学に属するものでなければならぬ。
  - 二、投稿資格者は、原則として本学法学会の会員に限る。ただし、助手が投稿する場合は、指導教員の推薦を必要とする。
  - 三、会員外の投稿は役員会の承認を必要とする。
  - 四、原稿は次のように区分し、この順序にしたがって編集する。論説、研究ノート、判例研究、資料、学内消息など。
  - 五、原稿は未発表のものに限り、枚数は原則として二〇〇字詰八〇枚を超えないものとする。  
これ以上の枚数については、編集委員会で検討の上で分割掲載することがある。なお、ワードプロセッサー等による原稿の取り扱いもこれに準じるものとする。
  - 六、原稿の提出先は、編集委員とする。なお、本学指定の原稿提出票は図書館事務室で配付する。
  - 七、発行は原則として、前期・後期の二回とし、年間総ページ数を原則として三〇〇ページとする。
  - 八、抜刷は四〇部を限り無料進呈し、特に本人の希望のある場合は編集委員会で検討のうえ、有料で二〇〇部まで配布することがある。
  - 九、投稿され掲載された成果物の著作権は、著作者が保持する。  
なお、出版権、頒布権は大学が保持するため、論文転載を希望する場合は、学会宛に転載許可願を提出願うこととする。
  - 十、投稿された論文の著作者は、当該論文を電子化により公開することについて、複製権および公衆送信権を大学に許諾したものとみなす。大学が、複製権および公衆送信権を第三者に委託した場合も同様とする。
- この規程は、平成二八年七月十一日から適用する。
- 以上

## 大阪学院大学法学研究執筆要領

### 原稿について

- 一、原稿は確定稿であること。校正の段階でページ替えとなるような加筆を要しないものであること。

### 校正について

- 二、原稿用紙は原則として、二〇〇字詰たて書とする。原稿はコピーではない原本を提出し、必ず原稿提出票を添えること。
- 三、欧文はタイプライトまたは活字体でなければならぬ。
- 四、できるだけ現代かなづかいと当用漢字を用い、難字は欄外に判り易い様に大書すること。
- 五、印刷字体その他印刷上のスタイルなどの指定は、執筆者が原稿に直接朱筆すること。特に数式については留意すること。
- 六、図・表については  
図・表は原稿とは別紙に書いて一枚ごとに番号と  
執筆者名を記入し、本文中に挿入箇所を指示する
- 七、自分でスミ入れして完成させた原図や写真の場合  
は、厚手の台紙にはりつけて希望の縮尺を記入すること。
- 八、執筆者校正は三校までとし、朱筆で記入すること。三校以前でも校正の必要がなくなれば、校了または責了とすること。
- 九、次の場合は、必要経費の一部が執筆者負担となる  
ことがあるのでとくに注意されたい。  
ア、校正の際に内容に大きな変更を加えることは認められないが、やむをえず行つて高い組換料が生じた場合。  
イ、特殊な印刷などによつて通常の印刷費をひどく上まわる場合。

以上

法学会役員名簿（平成二九年度）

会 長 有 澤 知 子

副 会 長 繁 田 泰 宏

編 集 委 員 梶 哲 教

編 集 委 員 林 邦 彦

編 集 委 員 和 田 進 士

庶 務 委 員 大 久 保 卓 治

庶 務 委 員 田 村 真 弓

法学研究 第四四卷 第一号

平成二九年九月三〇日 発行

発行兼  
編集者

大阪学院大学法学会

代表 有澤 知子

大阪府吹田市岸部南二丁目36番1号

郵便 番号 五六四一八五一

電話 〇六(六三六)八四三四(代)

執筆者紹介(掲載順)

片山 信弘

法学部

教授

Hughes FULCHIRON

リヨン第三大学

教授

印刷所

大枝印刷株式会社

大阪府吹田市元町28番7号

郵便 番号 五六四一〇〇三一

電話 〇六(六三六)三三九五(代)

OSAKA GAKUIN DAIGAKU

# HOGAKU KENKYU

OSAKA GAKUIN LAW REVIEW

Vol. 44

September 2017

No. 1

---

## Contents

### Articles

- Independent Directors and Corporate Boards  
..... Nobuhiro KATAYAMA
- L'exercice conjoint de l'autorité parentale après séparation  
..... Hugues FULCHIRON
- 

PUBLISHED BY  
THE OSAKA GAKUIN UNIVERSITY LAW ASSOCIATION  
OSAKA, JAPAN