

フェア・ユースに関する学説として、米国の判例に影響を与えてきたと考えられる Leval 「Toward A Fair Use Standard」、Gordon 「Fair Use as Market Failure」を中心に、四要素の分析や、フェア・ユースの市場の失敗理論に関連する議論を紹介する。その他、フェア・ユースの理論的構造に関する議論（民主主義からのアプローチ等）や、実証的研究等を紹介する。

なお、フェア・ユース理論の問題点としては、結果の予測可能性が低いこと等が指摘されるが、著作権によるバランスとの調整機能を果たすものとしてフェア・ユースが不可欠であると認識されているためか、フェア・ユースの存在そのものを否定すべきという議論は一般的には見受けられない（報告書 66 頁）。

・ Leval 「フェア・ユースの判断基準（Toward A Fair Use Standard）」

著作権法の目的（文化の促進と学問の発展のために、著作権者に独占権による報酬を得る機会を与え、創作へのインセンティブを付与すること）から、フェア・ユースの判断のあり方を考察。変形的利用（transformative use）を重視し、フェア・ユースにより利用が正当化されるかという問題は、行われた利用が変化的かどうか、そして変化の程度がどのくらいかという問題に帰着すると論じている。よって、四要素のうち、特に、利用の変容性（もとの著作物と異なる目的、方法で利用されているか）を考慮する第一の要素（使用の目的と性質）、及び第四の要素（市場への影響）の重要性を強調している。追加的要素（誠実さ（Good Faith）、（著作者人格権的な）芸術的完全性、プライバシー）は考慮すべきでないとする。

・ Gordon 「フェア・ユースの市場の失敗理論（Fair Use as Market Failure）」

経済学的分析により、フェア・ユースの基本的な原則の解明を試みる。フェア・ユースを、市場を通しては達成されないが社会的には望ましい取引を許容するための理論、すなわち市場の失敗を治癒するための理論として捉え、(1)市場の失敗が存在すること、(2)被告への利用の移転（利用を許すこと）が社会的に望ましいこと、(3)フェア・ユースを認めることで著作権者のインセンティブへが実質的に害されないこと、という経済学的分析に基づくフェア・ユース適用のための三段階テストを提唱した。ただし、このうち第三の実質的損害のテストについては、後に、このような広範で厳しいテストを設けたことは、フェア・ユースへの過度な制限であったとして、この要件を満たすまでもなく、フェア・ユースが認められる場合があるとしている。

－ Loren による市場の失敗の再定義：外部性による市場の失敗の強調

Gordon の市場の失敗理論においては、すでに外部性や非金銭的利益による市場の失敗が言及されていたが、Loren は、特に、教育・研究目的でなされる著作物利用について、外部利益の存在から市場に委ねられると望ましいより少なくしか利用が行われないことを強調し、フェア・ユースを認めるべき市場の失敗のタイプであると主張した。Loren の主張の背景には、歴史的に著作権の及ぶ範囲の拡大や存続期間の延長がなされており、知識や学問の発展を抑圧しないためにフェア・ユースの果たす役割が重要になってきているという認識が存在する。

ー Gordon による理論の修正

市場の失敗理論が、著作権者と利用者間で取引が可能となる場合に、フェア・ユースの成立を否定する理論ととられられるようになったことに対し、そもそもの理論の意図と異なるとして、市場の失敗を分類することで理論の精緻化をはかった。すなわち、高い取引費用の存在等を理由とする「市場の機能不全」だけでなく、言論の自由の問題等が関わるために市場の基準が妥当しない「本来的な市場の制限」という類型があり、後者の場合は、市場が機能するようになったとしても、著作物利用の正当性が認められるべきであるとする。

・フェア・ユースの理論的構造

ー 民主主義からのアプローチ (Elkin-Koren, Netanel)

著作権法が情報の流通を規定する法といえることから、民主主義的な枠組みを基とする著作権法の解釈を提示。

ー 「良き生」「良き社会」のためのフェア・ユースの再構成 (Fisher)

これまでの裁判例において判断の規範的基礎が不統一であるとして批判し、一定の規範的方向性を定めたフェア・ユースのあり方を主張。

・実証的研究 (Barton Beebe)

1978 年から 2005 年までの連邦裁判所の意見のデータから、フェア・ユースの判断における四要素の影響、要素間の相互関係、代表的な判例による原則の下級審裁判所への影響などを統計的に考察。

フェア・ユースに関する判決は意外と少なく、年間平均約 10.9 件。そのうちフェア・ユースの成立が認められたケースは、約 4.5 件 (報告書 64 頁)。

裁判所がフェア・ユースか否か結論をだしてから、それに合わせて各四要素の結論を導くという「誘導」は行われていないと指摘。四要素のうち、第一の要素と第四の要素が総合的なテスト結果に大きな影響を持っており (ただし、第四要素はそもそも統合的性質を持っていることを指摘)、特定の副次的要素も影響力があるとする。例えば、原告作品が事実に基づくものである場合や、被告の利用が非商業目的である場合、フェア・ユースが認められやすい。

・制度論・政策学的視点からみたフェア・ユースの意義 (Engelbrekt)

制度論的観点からみた場合、著作権の制限規定をフェア・ユースのような一般条項として定めることは、立法の場において抽象的な規定としての合意を取り付けたうえで、その内容の判断はロビイングの攻撃に対する耐性が相対的に強い司法に委ねることにより、立法過程において反映されにくい層の利益 (利用者等の拡散的な利益) を司法の場において汲み取り、立法のゆがみを是正する機能が期待できることになる。