

**สัมพัสดุดังต่างประเทศ : การดำเนินคดีแบบกลุ่ม
(Class Action) Commonality:
มาตรา ๒๒๒/๑๒ (๑)(๒) พระราชบัญญัติ
แก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง
(ฉบับที่ ๒๖) พ.ศ. ๒๕๕๘ (การดำเนินคดีแบบกลุ่ม)**

ดร.สุธาทิพย์ จุลมนต์*

สัมพัสดุดังต่างประเทศฉบับนี้ยังคงพิจารณาพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ฉบับที่ ๒๖) พ.ศ. ๒๕๕๘ (การดำเนินคดีแบบกลุ่ม) โดยศึกษาเปรียบเทียบกับหลักเกณฑ์และบรรทัดฐานของคำพิพากษาของประเทศสหรัฐอเมริกา ต้นแบบกฎหมายการดำเนินคดีแบบกลุ่มของประเทศไทย ในส่วนการพิจารณาเพื่ออนุญาตให้ดำเนินคดีแบบกลุ่ม (Class certification) โดยจะนำเสนอหลักเกณฑ์ Commonality ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ประการที่ ๒ ของ Rule 23 ของ Federal Rules of Civil Procedure (Rule 23)

FED. R. CIV. P. 23(a)

(a) Prerequisites. One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all members only if:

(2) there are questions of law or fact common to the class;

* ผู้พิพากษาศาลชั้นต้นประจำสำนักประธานศาลฎีกา นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรติยศอันดับหนึ่ง) จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย เนติบัณฑิตไทย LL.M. New York University LL.M. University of Pennsylvania J.S.D. Washington University in St. Louis (ทุน ก.พ. ตามความต้องการของสำนักงานศาลยุติธรรมปี ๒๕๕๔).

ดุลพินิจ

สิทธิเรียกร้องของสมาชิกกลุ่มมาจากประเด็นหรือปัญหาข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมาย มีลักษณะเดียวกัน กฎเกณฑ์ในข้อนี้เรียกในทางปฏิบัติว่า Commonality^๑ หากจะเปรียบเทียบกับ การดำเนินคดีแบบกลุ่มของไทย ผู้เขียนมีความเห็นว่าควรพิจารณาบทบัญญัติมาตรา ๒๒๒/๑๒ (๒) ร่วมกับ ๒๒๒/๑๒ (๑) ซึ่งเชื่อมโยงกลับไปในมาตรา ๒๒๒/๑๐ ทั้งความหมายของคำว่า “กลุ่มบุคคล” และ “สมาชิกกลุ่ม” ในมาตรา ๒๒๒/๑ ด้วย^๒

ในส่วนของมาตรา ๒๒๒/๑๒ (๒) นั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่า “ลักษณะเฉพาะที่เหมือนกัน” ของกลุ่มบุคคล และคำนิยามของคำว่า “กลุ่มบุคคล” นั้น มีความซับซ้อนกันอยู่โดย ถ้อยคำสำคัญของ มาตรา ๒๒๒/๑๒ (๒) ที่เพิ่มเติมคือ ในส่วนหลักเกณฑ์ที่กำหนดว่า “ที่ชัดเจนเพียงพอเพื่อให้รู้ได้ว่าเป็นกลุ่มบุคคลใด” และหากจะเทียบกับกฎเกณฑ์หรือคำบรรยายของ

๑. ผู้อ่านอาจทำความเข้าใจหลักการพื้นฐานของคำว่า Commonality จากสำนวนภาษาอังกฤษที่ว่า “Something in common” แปลว่าอะไรบางอย่างที่เหมือนกัน เช่น They have something in common. แปลเป็นภาษาไทยได้ว่า พวกเขามีอะไรบางอย่างที่เหมือนกัน หรือคำศัพท์ภาษาอังกฤษคำว่า Common room หรือ Common area ที่มีพบในหอพักนักศึกษาหรือที่อยู่อาศัยแบบอพาร์ทเมนต์แปลเป็นภาษาไทยได้ว่า ห้องหรือบริเวณที่ใช้ร่วมกันของผู้พักอาศัย

๒. มาตรา ๒๒๒/๑ ในหมวดนี้

“กลุ่มบุคคล” หมายความว่า บุคคลหลายคนที่มีสิทธิอย่างเดียวกันอันเนื่องมาจากข้อเท็จจริง และหลักกฎหมายเดียวกัน และมีลักษณะเฉพาะของกลุ่มเหมือนกัน แม้ว่าจะมีลักษณะของความเสียหายที่แตกต่างกันก็ตาม

“สมาชิกกลุ่ม” หมายความว่า บุคคลใดๆ ที่อยู่ในกลุ่มบุคคล

มาตรา ๒๒๒/๑๐ คำฟ้องของโจทก์ต้องทำเป็นหนังสือและแสดงโดยแจ้งชัดซึ่งสภาพแห่งข้อหา คำขอบังคับ รวมทั้งข้ออ้างที่อาศัยเป็นหลักแห่งข้อหาของโจทก์และของกลุ่มบุคคลที่มีลักษณะเดียวกับโจทก์ด้วย และในกรณีที่โจทก์มีคำขอบังคับให้จำเลยชำระหนี้เป็นเงิน คำขอบังคับของกลุ่มบุคคลต้องระบุหลักการ และวิธีการคำนวณเพื่อชำระหนี้ให้แก่สมาชิกกลุ่มเท่าที่จะระบุได้ แต่ไม่จำเป็นต้องแสดงจำนวนเงินที่สมาชิกกลุ่ม แต่ละรายจะได้รับด้วย

ในการดำเนินคดีแบบกลุ่ม ให้โจทก์ผู้เริ่มคดีเสียค่าขึ้นศาลตามคำขอบังคับเฉพาะในส่วนขอของโจทก์ ผู้เริ่มคดีเท่านั้น

มาตรา ๒๒๒/๑๒ ในการพิจารณาคำร้องขออนุญาตให้ดำเนินคดีแบบกลุ่ม ให้ศาลจัดส่งสำเนาคำฟ้องและคำร้อง เช่นว่านั้นไปให้จำเลย เมื่อศาลได้ฟังคู่ความทุกฝ่ายและทำการไต่สวนตามที่เห็นสมควรแล้ว ศาลจะอนุญาตให้ดำเนินคดีแบบกลุ่มได้ต่อเมื่อเป็นที่พอใจแก่ศาลว่า

(๑) สภาพแห่งข้อหา คำขอบังคับ และข้ออ้างที่อาศัยเป็นหลักแห่งข้อหาของโจทก์และของกลุ่มบุคคล มีลักษณะตามที่กำหนดไว้ในมาตรา ๒๒๒/๑๐

(๒) โจทก์ได้แสดงให้เห็นถึงลักษณะเฉพาะที่เหมือนกันของกลุ่มบุคคลที่ชัดเจนเพียงพอ เพื่อให้รู้ได้ว่าเป็นกลุ่มบุคคลใด

Rule 23 ของประเทศสหรัฐอเมริกา ในส่วนนี้คือ A definable class^๓ คือ คำนิยามสมาชิกกลุ่ม (ดังที่กล่าวมาว่าของไทยนำมาเป็นหลักเกณฑ์ของคำว่า “กลุ่มบุคคล” และมาตรา ๒๒๒/๑๒ (๒)) จะต้องคำนิยามที่เป็น “...a clear, precise definition ...” คือ การให้คำนิยามสมาชิกกลุ่มนั้นจะต้องมีความชัดเจนแน่นอน ทั้งนี้วัตถุประสงค์เพื่อให้ทราบว่าคำพิพากษาหรือคำสั่งในคดีแบบกลุ่มนั้นจะมีผลผูกพันใครบ้าง^๔ และจำต้องใช้ควบคู่ไปกับการส่งคำบอกกล่าวในคดี เพื่อหาหรือคิดค้นวิธีการส่งคำบอกกล่าวที่จะมีประสิทธิภาพเพื่อสื่อสารกับสมาชิกกลุ่มซึ่งมีลักษณะเฉพาะในแต่ละคดี^๕ คำถามคือ แนวทางในการกำหนดคำนิยามสมาชิกกลุ่มให้มีความชัดเจนแน่นอนเพื่อให้รู้ได้ว่าเป็นกลุ่มบุคคลใดนั้น อาศัยหลักเกณฑ์อะไร คำตอบคือในการบรรยายฟ้องควรยึดข้อเท็จจริงและหลักกฎหมายที่กล่าวหาว่าจำเลยได้ละเมิดสิทธิของโจทก์รวมทั้งสมาชิกกลุ่มอย่างไร โดยจะต้องเป็นหลักเกณฑ์ว่าเป็นภาวะวิสัย ไม่ใช่อัตวิสัย^๖

-
๓. Robert H. Klonoff, *Class Actions and Other Multi-Party Litigation in a Nutshell*, 28 (3rd ed. 2007).
๔. คำสั่งศาลที่อนุญาตให้ดำเนินคดีแบบกลุ่ม ศาลอาจจำกัดขอบเขตของกลุ่มบุคคลให้ชัดเจนเพียงพอเพื่อให้รู้ว่าเป็นกลุ่มบุคคลใดก็ได้
๕. มาตรา ๒๒๒/๑๕ ให้ศาลส่งคำบอกกล่าวคำสั่งอนุญาตให้ดำเนินคดีแบบกลุ่มให้สมาชิกกลุ่มเท่าที่ทราบ และประกาศทางหนังสือพิมพ์รายวันที่แพร่หลายเป็นเวลาสามวันติดต่อกัน รวมทั้งทางสื่อมวลชนอื่น หรือวิธีการอื่นใดเพิ่มเติมตามที่เห็นสมควร คำบอกกล่าวและประกาศอย่างน้อยต้องมีรายการดังต่อไปนี้
- (๑) ชื่อศาลและเลขคดี
 - (๒) ชื่อและที่อยู่ของคู่ความและทนายความฝ่ายโจทก์
 - (๓) ข้อความโดยย่อของคำฟ้องและลักษณะของกลุ่มบุคคลที่ชัดเจน
 - (๔) ข้อความที่แสดงว่าศาลอนุญาตให้ดำเนินคดีแบบกลุ่ม และวันเดือนปีที่ศาลมีคำสั่ง
 - (๕) สิทธิของสมาชิกกลุ่มตามมาตรา ๒๒๒/๑๖ และมาตรา ๒๒๒/๑๗
 - (๖) กำหนดวันเพื่อให้สมาชิกกลุ่มแจ้งความประสงค์ออกจากการเป็นสมาชิกกลุ่ม ทั้งนี้ ตามที่ศาลเห็นสมควร แต่ต้องไม่น้อยกว่าสี่สิบห้าวัน
 - (๗) ผลของการออกจากการเป็นสมาชิกกลุ่ม
 - (๘) ผลของคำพิพากษาที่จะผูกพันสมาชิกกลุ่ม
 - (๙) ชื่อและตำแหน่งผู้พิพากษาผู้ออกคำบอกกล่าวและประกาศ
๖. Klonoff, *supra* note 4, at 29.

“For example, a class brought on behalf of individuals “active in the peace movement,” or a class “affected” by the defendants’ discharge of pollutants, may be viewed by a court as too vague, because words like “active” and “affected” can mean different things to different people. Similarly, the class definition should not turn on each class member’s subjective state of mind (for instance, all persons who “believe” that the defendant’s emissions harmed their real property). Likewise, a class definition should not depend upon a resolution of the merits of the case (for instance, all persons who suffered illness “caused by” defendants’ defective breast implants).

Generally, a class definition should focus on the defendant’s alleged conduct and should include geographic, temporal, or other objective parameters that serve to limit the membership of the class.”

ดุลพินิจ

เช่น จะต้องไม่นิยามโดยใช้คำที่ต้องใช้ความรู้สึกนึกคิดมาตัดสินอีกครั้งว่าใครบ้างที่จะตกหรือเข้าอยู่ในคำนิยามของสมาชิกกลุ่มในคดีหนึ่งๆ เช่น สมาชิกกลุ่มคือบุคคลที่จำเลยเลือกปฏิบัติ หากมีการกำหนดเช่นนี้จะต้องมีการตีความอีกว่า พฤติกรรมอย่างไรถึงเรียกว่าเป็นการเลือกปฏิบัติ แต่อาจกำหนดในทำนองว่า สมาชิกกลุ่มคือลูกจ้างและผู้สมัครงานเพศหญิงที่ได้เข้ามาสมัครงานหรือปฏิบัติงานตั้งแต่วันที่ ๑ มกราคม ๒๕๕๗ จนถึง ๓๑ ธันวาคม ๒๕๕๗ จะเห็นได้ว่าการกำหนดแบบหลังนั้น ยึดเพศและระยะเวลาที่แน่นอนเป็นหลักในการเข้าเป็นสมาชิกกลุ่มไม่จำเป็นต้องอาศัยการตีความหรือความรู้สึกนึกคิดของใครอีกคือ เป็นการกำหนดหลักเกณฑ์ที่เป็นภาวะวิสัยไม่ใช่อัตวิสัย เป็นต้น

ในส่วนของ “บุคคลหลายคนที่มีสิทธิอย่างเดียวกันอันเนื่องมาจากข้อเท็จจริงและหลักกฎหมายเดียวกัน” นั้น ผู้เขียนได้ยกตัวอย่างเบื้องต้นในงานเขียนฉบับที่แล้ว เช่น กรณีนายจ้างมีนโยบายในการรับพนักงานเข้าทำงานหรือเลื่อนขั้นหรือตำแหน่งที่เป็นการเลือกปฏิบัติไม่ว่าจะเป็นเนื่องจากเพศหรือเชื้อชาติ ลูกจ้าง พนักงาน หรือผู้สมัครงานต่อบริษัทดังกล่าวที่ถูกกระทบสิทธิตามกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองในเรื่องดังกล่าวย่อมสามารถดำเนินคดีแบบกลุ่มได้ ผู้เขียนคิดว่าคดี Wal-Mart Stores, INC. v. Duke (131 S. Ct.2541) ที่เลือกแปลและอธิบายเพิ่มเติม สามารถอธิบายหลักเกณฑ์ของ Commonality ได้เป็นอย่างดีอย่างไรก็ตามบทบัญญัติในเรื่องนี้ส่วนของไทยและอเมริกามีความแตกต่างกันอยู่บ้าง โดยความแตกต่างดังกล่าวส่งผลให้การบังคับใช้การดำเนินคดีแบบกลุ่มของระบบกฎหมายไทยแคบกว่าของระบบกฎหมายสหรัฐอเมริกา ผู้เขียนจะได้กล่าวถึงประเด็นนี้ในช่วงท้ายของบทความ

คดี Wal-Mart Stores, INC. v. Duke

Wal-Mart เป็นนายจ้างเอกชนรายที่ใหญ่ที่สุดของประเทศสหรัฐอเมริกา โดยมีกิจการแบ่งออกเป็น ๔ ประเภท คือ Discount Stores, Supercenters, Neighborhood Markets และ Sam's Clubs ซึ่งกระจายอยู่ตามภูมิภาคต่างๆ ของสหรัฐฯ โดยร้านค้าต่างๆ ทั่วประเทศจะถูกแบ่งให้อยู่ใน ๗ ภาค ในแต่ละภาคจะประกอบด้วย ๔๑ หน่วยย่อย ในแต่ละหน่วยประกอบด้วย ร้านค้าประมาณ ๘๐ ถึง ๘๕ ร้าน ในแต่ละร้าน จะมีหน่วยงานย่อยลงไปอีกประมาณ ๔๐ ถึง ๕๓ หน่วยงาน ซึ่งมีตำแหน่งของพนักงานประมาณ ๘๐ ถึง ๕๐๐ ตำแหน่งงาน

สรุปแล้ว Wal-Mart มีร้านค้าประมาณ ๓,๕๐๐ ร้าน กระจายอยู่ทั่วประเทศอเมริกา ว่าจ้างงานประมาณ ๑ ล้านตำแหน่ง Local manager มีดุลพินิจในการรับผู้สมัคร เข้าทำงานและเลื่อนขั้นหรือเลื่อนตำแหน่งพนักงาน ซึ่งการใช้ดุลพินิจดังกล่าวไม่ได้มี หลักเกณฑ์จากส่วนกลาง จึงเป็นการใช้ดุลพินิจที่ขึ้นอยู่กับเกณฑ์ที่เป็นอัตวิสัยของ Local manager แต่ละราย (“...in a largely subjective manner...with only limited corporate oversight.”)

โจทก์ในคดีนี้ไม่ได้กล่าวอ้างว่า Wal-Mart มีนโยบายที่ประกาศออกมาอย่างชัดเจนว่า ไม่สนับสนุนความก้าวหน้าในการทำงานของลูกจ้างหญิงหรือการรับผู้สมัครเพศหญิง เข้าทำงาน แต่กล่าวอ้างว่า การใช้ดุลพินิจของ Local manager ทั้งในส่วนของการรับเข้า ทำงานและการเลื่อนตำแหน่งนั้น ส่งผลให้สัดส่วนของผู้ที่ได้รับเข้าทำงานและเลื่อนขั้นนั้น ไม่ได้สัดส่วนกันระหว่างลูกจ้างหญิงและลูกจ้างชาย โดยสัดส่วนดังกล่าวเอนเอียงไปยัง ลูกจ้างหรือผู้สมัครงานเพศชายมากกว่า ส่งผลให้เกิด “unlawful disparate impact” โดยการใช้ดุลพินิจดังกล่าวเกิดเนื่องมาจากวัฒนธรรมองค์กรของ Wal-Mart โดยกฎหมาย สาระบัญญัติที่เป็นฐานในการฟ้องร้องดำเนินคดีแบบกลุ่มคดีนี้คือ Title VII of the Civil Rights Acts of 1964^๗ ซึ่งเป็นกฎหมายที่ห้ามการกระทำโดยจงใจที่เป็นการเลือกปฏิบัติในการ ว่าจ้างหรือการทำงานเนื่องจากหลายปัจจัยรวมทั้งเพศและเชื้อชาติ อย่างไรก็ตาม ในเรื่องของการทำงานรวมถึงการเลื่อนขั้นที่ไม่ได้เป็นการกระทำโดยจงใจที่จะเป็นการเลือก ปฏิบัติหากแต่ส่งผลให้ผู้ที่ได้รับคัดเลือกไม่ว่าจะเป็นส่วนของการรับเข้าทำงานหรือการเลื่อนขั้น มีผลเป็นการเลือกปฏิบัติ เช่น ทำให้ผู้สมัครงานเพศใดเพศหนึ่ง หรือเชื้อชาติใดเชื้อชาติหนึ่ง มีโอกาสที่จะได้เข้าทำงานหรือเลื่อนตำแหน่งน้อยกว่า ผู้เข้าแข่งขันรายอื่น (Disparate impact) นโยบายหรือวิธีการคัดเลือกดังกล่าวละเมิดสิทธิที่กฎหมายรับรองไว้ใน Title VII of the Civil Rights Act of 1964 เช่นกัน^๘ แม้นายจ้างจะไม่ได้มีเจตนาเนื่องจากผล

๗. U.S. Equal Employment Opportunity Commission website “Title VII prohibits employment discrimination based on race, color, religion, sex and national origin.” Available from <http://www.eeoc.gov/laws/statutes/titlevii.cfm> (Last visited August 10, 2015).

๘. สรุปแล้วการเลือกปฏิบัติเกิดได้ ๒ กรณี คือ ๑ มีนโยบายหรือการกระทำที่ชัดเจนว่าเลือกปฏิบัติ (Disparate treatment) ๒ ไม่ได้มีนโยบายออกมาอย่างชัดเจนว่าเลือกปฏิบัติแต่ผลของการดำเนินการได้ผลที่เลือกปฏิบัติ เช่น ผู้ได้รับเลือกเข้าทำงานหรือเลื่อนตำแหน่งเอนเอียงไปทางกลุ่มบุคคลไหนมากกว่า (Disparate impact).

ดุลพินิจ

ของการใช้นโยบายดังกล่าวทำให้เกิดผลที่เป็นทางเลือกปฏิบัติเฉกเช่นเดียวกับการมีนโยบายเลือกปฏิบัติอย่างมีเจตนาชัดเจนตั้งแต่ต้น ในการวินิจฉัยว่านโยบายใดก่อให้เกิดผลที่ไม่เท่าเทียมกันหรือการเลือกปฏิบัตินั้น ไม่มีกฎเกณฑ์ตายตัวมักจะเป็นเรื่องที่ต้องวินิจฉัยเป็นรายคดีไป โดยหลักฐานส่วนใหญ่ที่ใช้ในการพิจารณาประเด็นนี้จะเป็นตัวเลข ข้อมูลทางสถิติต่างๆ ที่แสดงให้เห็นถึงผลของการเลือกปฏิบัติจากนโยบายใดนโยบายหนึ่งของนายจ้าง^๙

ประเด็นสำคัญของคดีนี้คือ การวินิจฉัยหลัก Commonality ซึ่งเป็นกฎเกณฑ์ที่โจทก์ต้องแสดงให้เห็นว่า สมาชิกกลุ่มทั้งหมดนั้นมีสิทธิเรียกร้องมาจากประเด็นหรือปัญหาข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายเดียวกัน (“there are questions of law or fact common to the class.”)^{๑๐} ศาลฎีกามีความเห็นว่าเป็นหลักในเรื่อง Commonality นี้ มักถูกอ่านหรือให้ความหมายที่ผิด เนื่องจากหากอ่านกฎเกณฑ์ดังกล่าวแบบตรงตัวก็จะร่างคำฟ้องที่ตั้งปัญหาเดียวกันให้แก่สมาชิกกลุ่มทั้งหมดได้ไม่ยากนัก เช่น สมาชิกกลุ่มทุกคนทำงานให้ Wal-Mart หรือไม่ ผู้จัดการมีดุลพินิจในการขึ้นเงินเดือนสมาชิกกลุ่มหรือไม่ การกระทำความผิดเป็น การกระทำที่ผิดกฎหมายแรงงานหรือไม่ ค่าเสียหายหรือการเยียวยาที่โจทก์ควรได้รับคืออะไร ดังนั้นเพียงแต่ในคำฟ้องของโจทก์มีการร่างคำถามหรือร่างประเด็นในลักษณะดังกล่าว

๙. “Federal and state employment laws such as Title VII of the Civil Rights Act of 1964 prohibit intentional discrimination against people on a number grounds, such as their race or gender. But employment practices that have no discriminatory intent, yet have a disproportionately negative impact on protected classes of individuals are said to have a disparate impact and are still prohibited by law, with some important exceptions. Still, this means that a given practice may discriminate against a given group even if the employer had no intention of doing so. ...Proving discrimination on the basis of disparate impact is generally difficult, especially since there is no single specific threshold or test. Therefore, each claim is decided on a case-by-case basis and may require considerable statistical analysis. Age-related disparate impact discrimination cases are often even more difficult because different laws apply to protect individuals from discrimination on the basis of age. Under these laws, employees can still establish age discrimination on the basis of a disparate impact, but the law provides more leniency to employers defending their practices.” Available from: <http://employment.findlaw.com/employment-discrimination/disparate-impact-discrimination.html#sthash.U5jO9kY7.dpuf> (last visit July 31, 15).

๑๐. Richard A. Nagareda “Class Certification in the Age of Aggregate Proof.” *New York University Law Review* 84, No. 97 (2009): 97-173. Available from: <http://ssrn.com/abstract=1247720> (Last visited December 2014).

Nagareda เป็นนักวิชาการกฎหมายการดำเนินคดีแบบกลุ่มที่สำคัญคนหนึ่งของระบบกฎหมายสหรัฐอเมริกา บทความของเขามักถูกยกขึ้นประกอบการเรียงคำพิพากษาศาลฎีกาของสหรัฐ ในกรณีมีประเด็นเรื่องการดำเนินคดีแบบกลุ่มที่จะต้องพิจารณา.

คือ ตั้งปัญหาเดียวกันให้แก่สมาชิกกลุ่มทุกรายก็ทำให้ถือว่าครบหลักเกณฑ์หรือสามารถพิสูจน์ ในส่วนของ Commonality และศาลสามารถอนุญาตให้ดำเนินคดีแบบกลุ่มได้ อย่างไรก็ตามที่ หลักเรื่อง Commonality นั้น ต้องเป็นกรณีที่โจทก์สามารถแสดงให้ศาลเห็นโดยบรรยาย คำฟ้องว่า สมาชิกกลุ่มทุกรายได้รับการกระทบกระเทือนหรือได้รับความทุกข์ทรมานที่ เหมือนกันจากการกระทำผิดกฎหมายของจำเลย (“have suffered the same injury”) คือ จะต้องเป็นกรณีที่สมาชิกกลุ่มถูกละเมิดสิทธิตามกฎหมายฉบับเดียวกัน (“they have all suffered a violation of the same provision of law”) และข้อกล่าวหาหรือ กล่าวอ้างที่มีแก่จำเลยจะต้องเหมือนกัน (“Their claims must depend upon a common contention.”) เช่น ในคดี Title VII นั้น อาจเป็นการกล่าวอ้างของสมาชิกกลุ่ม ว่า Local manager รายเดียวกันใช้ดุลพินิจอย่างเลือกปฏิบัติในการขึ้นเงินเดือนหรือ เลื่อนตำแหน่ง นอกจากนี้การกล่าวหาหรือกล่าวอ้างมาเป็นคดีเดียวกันดังกล่าวจะต้อง แสดงให้เห็นอีกด้วยว่าสามารถมีทางออกที่ใช้ได้กับสมาชิกกลุ่มทุกรายไปในคราวเดียวกัน (“that common contention... must be of such nature that it is capable of class wide resolution”) ซึ่งหมายความว่า หากศาลพิจารณาพิพากษาถึงประเด็นที่ สมาชิกกลุ่มกล่าวหาหรือกล่าวอ้างมาดังกล่าวจะตอบปัญหาหรือแก้ไขประเด็นของข้อกล่าว อ้างของสมาชิกแต่ละราย ทุกราย ได้ไปในคราวเดียวกัน (“determination of its truth or falsity will resolve an issue that is central to the validity of each of the claims in one stroke”)^{๑๑} ซึ่งปัญหาความไม่มี Commonality ในคดีนี้เนื่องจากศาลฎีกา มองว่าท้ายที่สุด แม้คดีจะตัดสินไปโดยคำพิพากษาฉบับเดียวกันไม่ได้ตอบคำถามแก่สมาชิก

๑๑. ศาลฎีกาในคดี General Telephone Co. of Southwest v. Falcon, 457 U.S. 147 (1982) วางหลักว่า กฎเกณฑ์ ในส่วนของ Commonality และ Typicality นั้นมักจะถูกวินิจฉัยไปพร้อมๆ กัน เนื่องจากกฎเกณฑ์ทั้งสอง ถูกกำหนดขึ้นเพื่อให้ศาลพิจารณาว่าแต่ละคดีที่ยื่นคำฟ้องเข้ามาเพื่อให้ศาลอนุญาตให้พิจารณาหรือดำเนินคดีไป แบบกลุ่มนั้นจะมีประสิทธิภาพมากน้อยเพียงใด และเพื่อพิจารณาว่า สิทธิเรียกร้องหรือข้อกล่าวอ้างของโจทก์ และสมาชิกกลุ่มมีความเชื่อมโยงเกี่ยวพันจนทำให้โจทก์จะสามารถเป็นผู้แทนสมาชิกอื่นของกลุ่มได้อย่างพอเพียง และเป็นธรรม ดังนั้นแล้ว Adequacy of representation ซึ่งเป็นอีกหนึ่งหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าศาลจะอนุญาต ให้ดำเนินคดีแบบกลุ่มหรือไม่ที่เป็นการพิจารณาคุณสมบัติของโจทก์และทนายความของกลุ่มก็มักถูกมองรวมไป ในการวิเคราะห์ Commonality และ Typicality ด้วยเช่นกัน แม้ว่าดังที่กล่าวมาข้างต้นว่า ในเรื่องของการเป็น ผู้แทนที่เหมาะสมในส่วนของทนายความนั้นจะต้องมีการพิจารณาในส่วนของความรู้ ความเอาใจใส่ และความรับผิดชอบ ของทนายความกลุ่ม และผลประโยชน์ว่าขัดกับสมาชิกกลุ่มหรือไม่ก็ตามเพิ่มเติมขึ้น

ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่า Commonality จะเป็นการพิจารณาถึงสิทธิเรียกร้องและข้อกล่าวอ้างของสมาชิกกลุ่ม ทุกรายว่ามีความเหมือนกันพอหรือไม่ เพื่อประโยชน์ของการพิจารณาว่าการดำเนินคดีแบบกลุ่มจะมีประสิทธิภาพ

ดุลพินิจ

แต่ละรายได้ว่า ทำไมตนจึงถูกเลือกปฏิบัติเนื่องจากถูกจ้างหญิงแต่ละรายที่เป็นสมาชิกกลุ่มต่างทำงานภายใต้ Local manager ต่างรายกัน ในการพิจารณาอนุญาตให้คดีดำเนินไปแบบกลุ่มนั้น หลักการสำคัญไม่ใช่เพียงแค่การตั้งประเด็นปัญหาเดียวกันของสมาชิกกลุ่มที่บรรยายมาในคำฟ้อง แต่คือการพิจารณาว่าการดำเนินคดีแบบกลุ่มนั้นจะให้คำตอบหรือทางออกแก่สมาชิกกลุ่มในลักษณะที่เป็นการแก้ปัญหาหรือตอบคำถามแก่สมาชิกกลุ่มทุกรายในคราวเดียวได้หรือไม่ ดังนั้นแล้วหากสิทธิเรียกร้องของสมาชิกกลุ่มแต่ละคนมีความแตกต่างกันก็ไม่สมควรที่ศาลจะอนุญาตให้คดีดำเนินไปแบบกลุ่มเนื่องจากถึงแม้มีคำวินิจฉัยก็จะได้ไม่ได้แก้ปัญหาหรือเยียวยาสมาชิกกลุ่มทุกรายได้ไปในคราวเดียวกัน

เมื่อพิจารณาโครงสร้างหรือขั้นตอนของการดำเนินคดีแบบกลุ่มนั้นจะเห็นว่าการพิจารณาเพื่ออนุญาตให้คดีดำเนินไปแบบกลุ่มหรือไม่นั้นจะยังไม่ใช่ขั้นตอนที่ศาลวินิจฉัยประเด็นแห่งคดีว่าจำเลยได้กระทำการละเมิดสิทธิของโจทก์ดังที่บรรยายมาในฟ้องหรือไม่ อย่างไรก็ตามในการพิจารณาดังกล่าวอาจมีการทับซ้อนก้าวล่วงเข้าไปในการพิจารณาวินิจฉัยบางประเด็นของคดีได้เช่นกัน โดยเฉพาะในคดีนี้ การพิสูจน์ Commonality จะทับซ้อนกับการวินิจฉัยคดีประเด็นข้อกล่าวอ้างของโจทก์ว่า จำเลยเลือกปฏิบัติต่อสมาชิกกลุ่มหรือไม่ “Wal-Mart engages in pattern or practice of discrimination” ทั้งนี้เนื่องจากว่า ในการพิจารณาคดี Title VII นั้นคือการพิจารณาเหตุผลของคำตัดสินของนายจ้าง (employment

(อ้างอิงต่อ)

กว่าการดำเนินคดีของสมาชิกกลุ่มแยกไปแต่ละรายเนื่องจากทำให้คดีที่มีข้อกล่าวอ้างหรือข้อกล่าวหาต่อจำเลยรายเดียวกันได้ถูกพิจารณาพิพากษาไปในคราวเดียวทั้งเป็นการลดปัญหาความลึกลับของคำพิพากษาอีกด้วย ในขณะที่ Typicality จะเป็นการพิจารณาถึงสิทธิเรียกร้องและข้อกล่าวอ้างของโจทก์และสมาชิกกลุ่มที่เหลือว่ามีความเหมือนกันหรือไม่ ในจุดนี้เป็นการวางหลักเกณฑ์ของกฎหมายเพื่อป้องกันการขัดกันของผลประโยชน์ของโจทก์และสมาชิกกลุ่มรายอื่นที่ไม่ได้เข้ามาเป็นคู่ความในคดี เนื่องจากการดำเนินคดีแบบกลุ่มเป็นการดำเนินคดีแบบผู้แทนหากข้อกล่าวอ้างของโจทก์และสมาชิกอื่นเป็นไปในแนวทางเดียวกัน ย่อมเชื่อว่าจะไม่ผลประโยชน์ขัดกันทั้งการดำเนินคดีจะเป็นไปเพื่อประโยชน์ของสมาชิกกลุ่มอย่างแท้จริง อย่างไรก็ตามก็โจทก์ผู้ที่จะทำหน้าที่ดำเนินคดีแบบกลุ่มแทนสมาชิกกลุ่มรายอื่นร่วมกับทนายความก็จะถูกเลือกมาจากสมาชิกกลุ่มนั่นเอง เชื่อว่าจึงเป็นที่มาของคำพิพากษาของศาลฎีกาว่า หลักเกณฑ์ในส่วนการพิจารณา Commonality และ Typicality นั้นมักจะถูกรวมเข้าด้วยกัน “the commonality and typicality requirements of Rule 23 (a) tend to merge.” หลักเกณฑ์ทั้งสี่ กล่าวคือ Numerosity, Commonality, Typicality, และ Adequacy of representation นั้นเป็นหลักเกณฑ์ที่กฎหมายบัญญัติขึ้นเพื่อทำให้การดำเนินคดีแบบผู้แทนนั้นเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของสมาชิกกลุ่มทุกรายโดยเฉพาะอย่างยิ่งเป็นกลไกที่ถูกสร้างขึ้นเพื่อปกป้องผลประโยชน์ของสมาชิกกลุ่มที่ไม่ได้เข้ามาเป็นคู่ความในคดีโดยหวังว่าศาลจะทำหน้าที่เป็นผู้ดูแลผลประโยชน์ผ่านกระบวนการพิจารณาว่าจะอนุญาตให้คดีคดีหนึ่งดำเนินไปแบบกลุ่มที่จะส่งผลให้คำสั่งหรือคำพิพากษาในคดีนั้นมีผลไปถึงสมาชิกกลุ่มซึ่งไม่ใช่คู่ความในคดีด้วยหรือไม่

decision) รายใดๆ ว่ามีการเลือกปฏิบัติทางใดทางหนึ่งหรือไม่ ในคดีนี้โจทก์พยายามที่จะฟ้องร้องให้ศาลวินิจฉัยคำตัดสินของนายจ้างหลายล้านคำตัดสินในคดีเดียว โดยที่คำตัดสินดังกล่าวไม่มีจุดเกาะเกี่ยวหรือเชื่อมโยงกันแต่ประการใด จึงเป็นการไม่สมเหตุสมผลที่จะคิดว่าหากศาลพิจารณาพิพากษาไปแล้วจะทำให้สมาชิกกลุ่มทุกรายได้คำตอบหรือทางแก้ปัญหาว่าทำไมนายจ้างหรือเลือกปฏิบัติแก่ตน เนื่องจากสมาชิกกลุ่มแต่ละรายย่อมถูกระทบจากคำตัดสินของนายจ้างคนละคำตัดสินกันนั่นเอง

ในการพิจารณาคดี Title VII นั้น ศาลได้วางหลักไว้ในคดี General Telephone Co. of Southwest v. Falcon ซึ่งเป็นคดีที่ลูกจ้างกล่าวอ้างว่าตนเองไม่ได้รับการเลื่อนขั้นเนื่องจากนายจ้างเลือกปฏิบัติเพราะจากเชื้อชาติ จึงยื่นคำฟ้องทั้งคำร้องเพื่อดำเนินคดีแบบกลุ่มแทนสมาชิกกลุ่มรายอื่นที่ถูกเลือกปฏิบัติไม่ว่าจะในขั้นการเลื่อนขั้นหรือการรับเข้าทำงาน เรื่องการพิสูจน์ Commonality นั้นทำได้ ๒ วิธี

๑. กรณีที่นายจ้างหรือบริษัทนายจ้างใช้วิธีการทดสอบเพื่อคัดเลือกเข้าทำงานหรือวิธีพิจารณาเลื่อนตำแหน่งที่เป็นการเลือกปฏิบัติ (A biased testing procedure or disparate treatment) หากกรณีเป็นเช่นนี้ ลูกจ้างที่ทำงานอยู่และรายที่พยายามจะสมัครเข้ามาทำงานในสถานที่ดังกล่าวก็จะเป็นกลุ่มบุคคลที่ถูกกระทบด้วยวิธีการทดสอบดังกล่าวที่เป็นการเลือกปฏิบัติก็จะสามารถผ่านกฎเกณฑ์ Commonality และ Typicality ไปได้ เนื่องจากถูกระทบจากข้อเท็จจริงคือนโยบายที่อ้างว่าขัดต่อกฎหมาย Title VII เหมือนกัน

๒. คำฟ้องต้องบรรยายให้เห็นหลักฐานที่ชัดเจน (Significant proof) ว่า นายจ้างหรือบริษัทนายจ้างนั้นปฏิบัติการหรือดำเนินการภายใต้นโยบายทั่วไปที่เป็นการเลือกปฏิบัติ (“operated under a general policy of discrimination”) ในการพิสูจน์สำหรับคดีนี้เนื่องจาก Wal-Mart ไม่มีวิธีการประเมินที่เป็นมาตรฐานสำหรับบริษัททั่วประเทศไม่ว่าจะเป็นการรับเข้าทำงานหรือการเลื่อนขั้น จึงไม่มีนโยบายกลางหรือมาตรฐานกลางที่สมาชิกกลุ่มสามารถบรรยายมาในคำฟ้องหรือพิสูจน์ในชั้นศาลได้ดังเช่นในกรณีทีหนึ่ง โจทก์จึงต้องพิสูจน์ให้เห็นว่า แม้ไม่ได้มีนโยบายที่ชัดเจนว่าเลือกปฏิบัติแต่ผลของการให้ Local manager ใช้ดุลพินิจในการรับเข้าทำงานหรือเลื่อนขั้นพนักงานนั้น ผลลัพธ์ที่ได้ คือการเลือกปฏิบัติ คือ สัดส่วนจะเอนเอียงไปทางเพศชาย (Disparate impact)

คุณภาพ

เมื่อพิจารณาในคดีนี้แล้ว โจทก์ไม่สามารถพิสูจน์ให้ศาลเห็นถึง หลักฐานที่ชัดเจน (Significant proof) ว่า Wal-Mart ปฏิบัติการหรือดำเนินการภายใต้นโยบายทั่วไปที่เป็นการเลือกปฏิบัติ Wal-Mart ประกาศนโยบายห้ามกีดกันทางเพศโดยจะมีการลงโทษกรณีมีการเลือกปฏิบัติในที่ทำงาน พยานหลักฐานเดียวที่โจทก์มีคือ คำให้การของพยานผู้เชี่ยวชาญทางด้านสังคมวิทยาอาศัยแนวคิด Social framework โดยกล่าวว่า Wal-Mart มีวัฒนธรรมองค์กรที่เข้มแข็งที่อาจส่งผลให้การดำเนินกิจการมีลักษณะการกีดกันทางเพศ (Wal-Mart has a strong corporate culture that makes it vulnerable to gender bias) โดยวัฒนธรรมองค์กรดังกล่าวรวมถึงแนวความคิดแบบเหมารวมหรือสามัญทัศน์ (Stereotype)^{๑๒} อย่างไรก็ตามพยานผู้เชี่ยวชาญไม่สามารถที่จะอธิบายได้อย่างชัดเจนว่าแนวความคิด Stereotype มีอิทธิพลอย่างไรต่อการตัดสินใจในการคัดเลือกบุคคลเข้าทำงานหรือเลื่อนขั้นที่ Wal-Mart มากน้อยเพียงใด ไม่สามารถคิดเป็นตัวเลขร้อยละได้ ซึ่งจะถือเป็นหลักฐานสำคัญ (significant proof) ว่า Wal-Mart ปฏิบัติการหรือดำเนินการภายใต้นโยบายทั่วไปที่เป็นการเลือกปฏิบัติหรือไม่ ดังนั้นในที่นี้ไม่สามารถพิสูจน์ commonality ได้ นโยบายของ Wal-Mart นโยบายเดียวที่โจทก์สามารถพิสูจน์ได้คือ การให้ Local Manager ใช้ดุลพินิจในเรื่องการรับเข้าทำงานหรือเลื่อนขั้น ซึ่งนโยบายดังกล่าวตรงกันข้ามกับการที่ Wal-Mart จะต้องมีนโยบายมาตรฐานกลางกำหนดกฎเกณฑ์ต่างๆ ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการจ้างงานซึ่งสามารถใช้เป็นหลักฐานในการพิสูจน์กฎเกณฑ์ Commonality อย่างไรก็ตาม การที่ Local manager มีดุลพินิจในเรื่องที่เกี่ยวกับการจ้างงานก็อาจเป็นฐานในข้อเรียกร้องตาม Title VII ได้ เนื่องจากการอนุญาตให้ดุลพินิจ หมายความว่า ผู้ที่มีอำนาจตัดสินใจกุมอำนาจไว้ในมือโดยสามารถใช้เกณฑ์ที่เป็นอัตวิสัยในการคัดเลือกคนเข้าทำงานหรือเลื่อนขั้นได้นั้นเอง อย่างไรก็ตามหลักฐานดังกล่าวไม่ปรากฏให้เห็นในคดีนี้ ทั้งโจทก์ไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่าในการใช้ดุลพินิจของผู้จัดการดังกล่าวมีแนวทางอย่างไร หรือเป็นแนวทางเดียวกันในทุกสาขา ทุกประเภทร้านของ Wal-Mart ทั่วประเทศ หากจะกล่าวโดยสรุปแล้ว พยานหลักฐานของโจทก์ไม่สามารถแสดงให้เห็นว่ามีนโยบายใดที่กระทบสิทธิของสมาชิกกลุ่มจำนวน ๑ ล้าน ๕ แสน เหมือนกันที่จะเป็นรากฐาน

๑๒. “Stereotype (สามัญทัศน์) คือ ความคิดหรือความเชื่อแบบเหมารวมเกี่ยวกับคนใดคนหนึ่งหรือกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง ซึ่งอาจจะจริงหรือไม่จริงก็ได้” ผศ.ชลาธิป ชาญชัยฤกษ์ คอลัมน์ English Today “Common Asian Stereotype” ๓๐ มีนาคม พ.ศ. ๒๕๕๘ (06:30:00) Available from: http://www.matichon.co.th/news_detail.php?newsid=1427614896 (Last visited August 13, 2015).

ของการพิสูจน์ Commonality ได้เลย หลักฐานที่ว่านโยบายให้ Local manager ใช้ดุลพินิจ ได้นั้นไม่เพียงพอ ในคดีนี้สิ่งที่สมาชิกกลุ่มมีเหมือนกัน คือ เป็นลูกจ้างหญิงและเป็นส่วนหนึ่งของคดีความนี้เท่านั้น นอกเหนือจากนั้น สมาชิกกลุ่มมีความแตกต่างและหลากหลายกันโดยสิ้นเชิง กล่าวคือ สมาชิกกลุ่มแต่ละรายอยู่ในตำแหน่งและชั้นงานที่ต่างกัน มีอายุหรือช่วงเวลาการทำงานที่ต่างกัน ปฏิบัติหน้าที่อยู่ในร้าน สาขาต่างๆ ของ Wal-Mart ประมาณ ๓,๔๐๐ ราย กระจายไปยัง ๕๐ มลรัฐของสหรัฐอเมริกา มีผู้บังคับบัญชาสายงานที่เป็นทั้งหญิงและชาย คละกันไปซึ่งแต่ละกลุ่มอาจมีนโยบายย่อยของแต่ละภูมิภาคไป สมาชิกกลุ่มบางรายมีความเจริญก้าวหน้าทางการงาน บางรายไม่เป็นเช่นนั้น

คำพิพากษาคดีนี้ได้รับความสนใจเป็นอย่างมาก เนื่องจากบรรทัดฐานคำพิพากษา ที่พิจารณาเรื่อง Commonality มักไม่ได้พิจารณาเข้มงวดมาก โดยปกติหากคำฟ้องแสดงให้เห็น ศาลเห็นได้ว่า สมาชิกกลุ่มมีปัญหาหรือประเด็นข้อกฎหมายหรือข้อเท็จจริงที่เหมือนกัน เพียงประเด็นเดียวก็สามารถที่จะผ่านขั้นตอน Class certification จากศาลได้ (there are questions of law or fact common to the class) ทั้งในส่วนของความเห็นแย้งนั้น มองว่า Commonality นั้นเป็นเรื่องของเพียงแต่การตั้งปัญหาหรือประเด็นที่เหมือนกันเท่านั้น ไม่จำเป็นต้องพิจารณาลึกไปกว่านั้น ทั้งเสียงข้างมากยังไม่ได้พิจารณาถึงพยานหลักฐานในส่วนของ สติติบางอย่างที่โจทก์เสนอ เช่น ในตำแหน่งระดับผู้จัดการใน Wal-Mart นั้น มีเพศชายมากกว่า เพศหญิง และเนื่องจากคดีนี้เป็น Disparate impact การที่เสียงข้างมากจะร้องเรียกหรือ ร้องหาเหตุผลว่าการใช้ดุลพินิจต้องแสดงให้เห็นว่า มีนโยบายออกมาจากส่วนกลางเป็นแนวทาง การใช้ดุลพินิจในส่วนดังกล่าว ให้เห็นว่าการใช้ดุลพินิจเป็นในแนวทางเดียวกัน จึงเป็นเรื่อง ไม่สมเหตุสมผล เนื่องจากคดีนี้ไม่ได้เป็นการพิสูจน์การเลือกปฏิบัติแบบ Disparate treatment ดังนั้นควรถือพยานสติติในส่วน Disparate impact มากกว่า ทั้งอาจเป็นการแสดงให้เห็นว่า เป็นเรื่องค่อนข้างยากที่จะดำเนินคดีแบบกลุ่มแบบมีสมาชิกกลุ่มทั่วทั้งประเทศ (Nation-wide class) ทั้งที่จริงๆ แล้วน่าจะเป็นนโยบายขั้นพื้นฐานของการดำเนินคดีแบบกลุ่มที่ต้องการ จะให้พิจารณาพิพากษาเรื่องเดียวกันไปในครั้งเดียว นักวิชาการบางท่านเห็นว่า คดีนี้ศาล ส่งสัญญาณในเรื่องการดำเนินคดีแบบกลุ่มว่า จำนวนสมาชิกกลุ่มจำนวนล้านกว่ารายที่กระจาย อยู่ทั่วสหรัฐอเมริกานั้นมีจำนวนมากเกินไป หากแบ่งย่อยออกฟ้องหลายคดีแบบกลุ่มหลายคดี น่าจะสามารถพิสูจน์ความเป็นกลุ่มก้อนหรือลักษณะที่เหมือนกันได้ง่ายกว่า เช่น การดำเนินคดี แบบกลุ่มของลูกจ้างในสาขาเดียวหรือรัฐเดียว หรือภายใต้การควบคุมงานของ Local manager รายเดียวกัน หรือภูมิภาคย่อย เป็นต้น อย่างไรก็ตามคดีนี้ยังจำนวนสมาชิกกลุ่มมีจำนวน

ดุลพินิจ

น้อยเท่าไรและกระจุกตัวทั้งมีการทำงานภายใต้ Local manager คนเดียวกัน ย่อมเป็นไปได้มากที่สุดที่ศาลจะอนุญาตให้ดำเนินคดีแบบกลุ่มซึ่งถือว่าค่อนข้างแคบ นักกฎหมายบางท่านกล่าวว่า ศาลไม่ได้ถึงกับปิดประตูว่าไม่มีโอกาสที่จะสามารถฟ้องคดีแบบกลุ่มได้เลย แต่อาจอนุญาตเพียงบางกรณี ดังที่กล่าวมาข้างต้นว่าศาลจะทำการพิจารณาในส่วนของ Commonality ค่อนข้างเข้มงวดและอนุญาตให้ดำเนินคดีแบบกลุ่มในเฉพาะบางกรณีหรือสถานการณ์เท่านั้น^{๑๓}

เมื่อเปรียบเทียบบทบัญญัติในส่วนของ Commonality กับบทบัญญัติของการดำเนินคดีแบบกลุ่มของไทยไม่ว่าจะเป็นในส่วนของคำนิยามของคำว่า “กลุ่มบุคคล” หรือการบรรยายฟ้องของโจทก์ จะเห็นว่า บทบัญญัติของ Rule 23 ทำให้การฟ้องคดีแบบกลุ่มนั้นง่ายกว่าของไทย มีการใช้ได้กว้างกว่า เนื่องจากโจทก์เพียงแต่แสดงให้เห็นว่าสิทธิเรียกร้องของสมาชิกกลุ่มนั้นมีประเด็นข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายเหมือนกันทั้งกลุ่มเพียงข้อเดียวก็ถือว่าผ่านเกณฑ์ Commonality แต่ในขณะที่บทบัญญัติของไทยนั้น เน้นย้ำว่า สมาชิกกลุ่มนั้นจะต้องมีสิทธิอย่างเดียวกันอันเนื่องมาจากทั้งข้อเท็จจริงและหลักกฎหมายเดียวกัน องค์กรที่หากมองโครงสร้างของกฎหมายทั้งฉบับและระบบทั้งสองระบบสามารถเห็นเหตุผลของการบัญญัติในหลักเกณฑ์ที่แตกต่างกันนั้นได้ เริ่มต้นจากระบบของ Rule 23 นั้น มีการอนุญาตให้มีการแบ่งกลุ่มย่อยหรือ Subclass ได้ เช่น อาจเนื่องมาจากกรณีการพิสูจน์ที่แต่ละสมาชิกกลุ่มอาจมีต่างกันภายใต้กฎหมายสารบัญญัติเดียวกัน หรือกรณีกฎหมายคนละฉบับเนื่องจากสมาชิกกลุ่มที่หลากหลายอยู่ภายใต้กฎหมายมลรัฐที่แตกต่างกัน เป็นต้น เพื่อให้การดำเนินคดีแบบผู้แทนเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและผลประโยชน์ไม่ขัดกัน ทั้งหากมีการแบ่งกลุ่มย่อยแล้วนั้น Rule 23 บังคับให้มีโจทก์ หรือผู้แทนและทนายความของกลุ่มประจำกลุ่มย่อยดังกล่าวด้วย ป้องกันผลประโยชน์ที่อาจจะไม่สอดคล้องกันของสมาชิกแต่ละกลุ่มที่อาจได้รับการดูแลที่ไม่เป็นเอกเทศ เพื่อเป็นการประกันประโยชน์สูงสุดให้กับสมาชิกในแต่ละกลุ่ม และแต่ละกลุ่มย่อยเองจะต้องผ่านเกณฑ์การพิจารณาแบบกลุ่มด้วยคือทั้งในส่วนของ Numerosity, commonality, typicality and adequacy of representation ทั้งประเภทของการดำเนินคดีแบบกลุ่ม ตัวอย่างของคดีที่แบ่งกลุ่มย่อย เช่น กรณีสมาชิกกลุ่มในคดีสิ่งแวดล้อม

^{๑๓}. Lila Shapiro, Walmart Faces Long Battle O Sex Discrimination, Despite Supreme Court Ruling (01/24/2012 12:16 pm EST), The Huffington Post. Available from http://www.huffingtonpost.com/2012/01/24/walmart-sex-discrimination-supreme-court_n_1227352.html (Last visit August 10th, 2015).

ที่ได้รับสารเคมีในระยะเวลาไม่เท่ากัน บางรายหรือบางกลุ่มมีการแสดงอาการเจ็บป่วยแล้ว แต่สำหรับบางส่วนอาจยังไม่แสดงอาการ สมาชิกกลุ่มสองกลุ่มนี้อาจมีความต้องการในส่วน การเยียวยาที่ต่างกัน สมาชิกที่มีอาการเจ็บป่วยอาจต้องการค่าทดแทนทันทีในปัจจุบัน ในขณะที่กลุ่มที่ยังไม่แสดงอาการอาจต้องการการชดเชยในอนาคตมากกว่าในปัจจุบัน หรือ การดูแลในทางการแพทย์ระยะยาว เป็นต้น นอกจากนี้ Issue class ใน Rule 23 อนุญาตให้ การดำเนินคดีแบบกลุ่มนั้นเป็นไปเพื่อประเด็นบางประเด็น หรือองค์ประกอบของสิทธิเรียกร้อง บางประการ เป็นต้น เพื่อเป็นการจัดการบางชั้นตอน หรือบางคดีให้สิ้นไปในคราวเดียวเช่น พิสูจน์ในประเด็นเหล่านั้นไปพร้อมกันในคราวเดียว

เมื่อผู้อ่านเปรียบเทียบกับหลักเกณฑ์ของกฎหมายไทย จะเห็นว่า มาตรา ๒๒๒/๒๔ อนุญาตให้แบ่งกลุ่มย่อยเฉพาะกรณีลักษณะของความเสียหายที่แตกต่างกันระหว่างบุคคล ในกลุ่มเท่านั้น แต่ไม่สามารถแบ่งกลุ่มย่อยกรณีมีข้อกฎหมาย หรือข้อเท็จจริงแตกต่างกันได้ โดยในชั้นพิจารณากฎหมายนั้น ผู้ร่างยกตัวอย่างกรณีสมาชิกกลุ่มได้รับความเดือดร้อนที่อาจ ต่างกันในเรื่องของความเสียหาย และค่าเสียหายจากการปล่อยน้ำเสียของโรงงานอุตสาหกรรม เช่น หากสมาชิกกลุ่มใช้น้ำต่างๆ กัน ไม่ว่าจะเป็นเพื่ออุปโภคบริโภค เกษตรกรรม หรือ อุตสาหกรรม เป็นต้น^{๑๔} ซึ่งอาจเปรียบเทียบกับเหตุการณ์น้ำมันรั่วในทะเล ไม่ว่าจะเป็นเกิดจาก ท่อส่งน้ำมัน หรือเรือบรรทุกน้ำมัน ทำให้ผู้ที่ประกอบการหรืออาศัยอยู่ริมชายหาด ชายฝั่ง ได้รับความเสียหายเดือดร้อนที่ต่างกันไป เช่น ผู้ประกอบการธุรกิจโรงแรม ร้านอาหาร ประมง หรือผู้อยู่อาศัย เป็นต้น หากมีเหตุดังกล่าวสามารถแบ่งกลุ่มย่อยได้ อย่งไรก็ดี การกำหนด ของบทบัญญัติของไทยให้สมาชิกกลุ่มต้องมีสิทธิอย่างเดียวกันอันเนื่องมาจากทั้งข้อเท็จจริง และหลักกฎหมายเดียวกันมีผลดีและสะดวกในทางปฏิบัติ เช่นกัน คือ จะได้สมาชิกกลุ่ม ที่มีฐานการเรียกร้องนั้นเป็นแบบเดียวกัน ไม่ก่อให้เกิดการขัดกันของผลประโยชน์ของ สมาชิกกลุ่ม ทั้งง่ายต่อการพิจารณาคดีสำหรับทุกฝ่าย มีข้อน่าสังเกตว่า สำหรับกลุ่มย่อย นั้น ไม่ได้มีบทบัญญัติกำหนดว่าจะต้องมีเจตก์และทนายความของเจตก์ที่ดำเนินการแทน กลุ่มย่อยนั้น ทั้งในเรื่องการของกฎเกณฑ์ Certification ของแต่ละกลุ่มไว้



๑๔. ผู้อ่านสามารถศึกษาเพิ่มเติมได้จาก เอกสารประกอบการบรรยายโครงการสัมมนาเชิงปฏิบัติการวิชาการสัญญา ๒๕๕๘ จัดโดย สำนักกฎหมายและวิชาการศาลยุติธรรม เรื่อง บทบาทศาลในการดำเนินคดีแบบกลุ่ม Available from: <http://e-service.coj.go.th/jla/doc/seminar58/report/1.pdf> (Last visited August 12, 2015).