

เหตุยกเว้นโทษตามประมวลกฎหมายอาญาของคู่สมรสข้ามเพศ

Exemption from Criminal Liability for Transgender Spouses under the Criminal Code

จงรักษ์ พลสงคราม

Jongruk Ponsongcarm

อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม ชลบุรี

School of Law, Sripatum University-Chonburi Campus, Thailand

Corresponding Author: Email: jongrukponsongcarm83@gmail.com

(Received: October 10, 2024; Revised: October 20, 2024; Accepted: November 9, 2024)

บทคัดย่อ

บทความฉบับนี้มีวัตถุประสงค์ เพื่อศึกษาปัญหาความไม่เหมาะสม ในการรับโทษทางอาญาของคู่สมรสข้ามเพศ รวมทั้งแนวคิด กฎหมายของต่างประเทศ ที่เกี่ยวกับการรับโทษในทางอาญาของคู่สมรสข้ามเพศ เพื่อนำไปสู่การปรับปรุงกฎหมาย ให้เหมาะสมตรงตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายอาญา โดยศึกษาและวิเคราะห์เชิงคุณภาพ ผลการศึกษาพบว่า ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 71 บัญญัติบัญญัติยกเว้นโทษในทางอาญาที่กระทำระหว่างสามีภริยาเฉพาะคู่สมรสที่เป็นชายกับหญิงเท่านั้น (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2887/2563) ในขณะที่ปัจจุบัน ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติให้สิทธิคนข้ามเพศสามารถสมรสกันได้ ไม่ว่าจะเป็นการสมรสระหว่างชายกับชายหรือการสมรสระหว่างหญิงกับหญิงแต่คู่สมรสข้ามเพศดังกล่าวกลับไม่ได้รับการยกเว้นโทษ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 71 เพราะมิใช่เป็นการสมรสระหว่างชายกับหญิง กรณีดังกล่าวจึงก่อให้เกิดความไม่เท่าเทียมกัน ระหว่างคู่สมรสที่เป็นชายกับหญิงกับคู่สมรสข้ามเพศ ด้วยเหตุนี้จึงควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา เพื่อก่อให้เกิดความเท่าเทียมกันในทางกฎหมายและสอดคล้องกับการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

คำสำคัญ: การสมรสข้ามเพศ; สามีภริยา; คู่สมรสข้ามเพศ; ความเท่าเทียมกันในการรับโทษทางอาญา

Abstract

This article aims to examine the appropriateness of criminal liability for transgender spouses, as well as concepts and foreign laws related to criminal liability for transgender spouses. The goal is driver for legal amendment that align with the objectives of criminal law. The study employs qualitative analysis. The findings reveal that Section 71 of the Criminal Code provides exemption from criminal liability for offenses committed between spouses, but only for marriages between a man and a woman (Supreme Court Judgment 2887/2563). However, the current Civil and Commercial Code allows transgender individuals to marry, whether it's a marriage between men - men or women - women. Despite this, these transgender spouses do not receive exemption from criminal liability under Section 71 of the Criminal Code because their union is not between a man and a woman. This situation creates inequality between heterosexual married couples and transgender married couples. Therefore, it is recommended that the Criminal Code be

amended to ensure legal equality and consistency with the amendments made to the Civil and Commercial Code.

Keywords: Transgender marriage; Spouses; Transgender Spouses; Criminal liability inequality

1. บทนำ

ปัจจุบันพระราชบัญญัติ แก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 24) ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เมื่อวันที่ 24 กันยายน 2567 มีบทบัญญัติให้สิทธิในการสมรสของคู่สมรสข้ามเพศซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของกลุ่มบุคคลหลากหลายทางเพศ (LGBTQI+) ว่าสามารถกระทำได้และเป็นการสมรสที่ถูกต้องตามกฎหมาย โดยการแก้ไขจากคำว่า ‘ชาย’ และ ‘หญิง’ เป็นคำว่า “บุคคล” ได้แก่ บทบัญญัติเรื่องเงื่อนไขแห่งการสมรสตามมาตรา 1448, 1450, 1452, 1453 แก้ไขจาก ‘ชาย’ และ ‘หญิง’ เป็นคู่สมรส ได้แก่ หมวด 3 ว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยา ได้แก่ มาตรา 1461 (ไชยพัฒน์ ธรรมชุตินันท์, 2567) ตัวอย่างบทบัญญัติที่การแก้ไข เช่น มาตรา 1448 บัญญัติว่า “การสมรสจะกระทำได้อีกเมื่อบุคคลทั้งสองฝ่ายมีอายุสิบแปดปี บริบูรณ์แล้วแต่ในกรณีที่มีเหตุอันสมควร ศาลอาจอนุญาตให้ทำการสมรสก่อนนั้นได้” หรือ มาตรา 1461 วรรคแรก บัญญัติว่า “คู่สมรสต้องอยู่กินด้วยกันฉันคู่สมรส”

ในขณะที่เหตุยกเว้นโทษตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 71 วรรคแรก มีคำวินิจฉัยของศาลฎีกาที่ 2887/2563 วางหลักว่า จะต้องเป็นสมรสของชายกับหญิงเท่านั้นทำให้คู่สมรสข้ามเพศระหว่างชายกับชายหรือระหว่างหญิงกับหญิงได้รับความคุ้มครองทางกฎหมายไม่เท่าเทียมกันกับคู่สมรสระหว่างชายกับหญิงและอาจจะเป็นการเลือกปฏิบัติขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 27 วรรคหนึ่งและวรรคสามว่า “บุคคลย่อมเสมอภาคกันในกฎหมาย มีสิทธิและเสรีภาพ และได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน

การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล ไม่ว่าจะด้วยเหตุความแตกต่างในเรื่อง เพศ หรือเหตุอื่นใด จะกระทำมิได้” ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงสนใจที่จะศึกษาเหตุยกเว้นโทษตามประมวลกฎหมายอาญาของคู่สมรสข้ามเพศ เพื่อนำไปสู่แนวทางในการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 71 เพื่อให้คู่สมรสข้ามเพศได้รับสิทธิในทางกฎหมายอย่างเท่าเทียมกับคู่สมรสที่เป็นชายกับหญิงและเป็นการสอดคล้องกับการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

2. วัตถุประสงค์

2.1 เพื่อศึกษาแนวคิดเกี่ยวกับเหตุยกเว้นโทษในทางอาญา ตามประมวลกฎหมายอาญา

2.2 เพื่อศึกษาเหตุยกเว้นโทษ กรณีการกระทำความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา ตามประมวลกฎหมายอาญา ประเทศไทย สาธารณรัฐเกาหลี ประเทศญี่ปุ่นและสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

2.3 เพื่อวิเคราะห์ เสนอแนะ แก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 71 วรรคแรก

3. แนวคิดทฤษฎีและกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

3.1 แนวคิดทฤษฎีทางด้านสังคม

กลุ่มคนหลากหลายทางเพศ (LGBTQI+) ในสังคมไทย ชีรา ทองกระจาย (ม.ป.ป) กล่าวว่า ความหลากหลายทางเพศนั้นเหมือนจะอยู่กับสังคมไทยมานานแล้ว จากหลักฐานกฎหมายตราสามดวงซึ่งเป็นระบบกฎหมายที่สันนิษฐานว่าใช้สืบต่อกันมาตั้งแต่ต้นกรุงศรีอยุธยาหรือก่อนก่อตั้งกรุงศรีอยุธยาจนถึงสมัยรัชกาลที่ 5 แห่งกรุงรัตนโกสินทร์ปรากฏการณ์กล่าวถึง “กะเทย” ในพระอัยการลักษณะฎีกา ในส่วนที่กล่าวถึงบุคคล 3 จำพวก ที่จะเอามาเป็นพยานมิได้ โดย “กะเทย

บัณฑิตเอชเกิร์” เป็นหนึ่งใน 33 จำพวก ที่ไม่สามารถมาเป็นพยานได้ถือเป็นผู้ที่อยู่นอกกรอบศีลธรรมที่สังคมกำหนดหรือเป็นบุคคล “ชายขอบ” ที่สังคมไม่ยอมรับให้เท่าเทียมเท่ากับผู้อื่น (อัญมณี สัจจาสัย, 2567)

LGBTQI เป็นตัวอักษรย่อของสมาชิกในกลุ่มซึ่งมีความหมายดังนี้ (อัญมณี สัจจาสัย, 2567)

“L” Lesbian เลสเบียน คือ ผู้หญิงที่ชอบผู้หญิงด้วยกัน และมักใช้คำว่า หญิงรักหญิง

“G” Gay เกย์ คือ ผู้ชายที่ชอบผู้ชาย หรือ คนที่ชอบเพศเดียวกัน (homosexual) ที่มีลักษณะทางกายภาพเป็น ผู้ชายโดยจะมีความรักและความปรารถนาในระหว่างเพศเดียวกันการมีความสัมพันธ์ในแบบคู่รัก

“B” Bisexual คือ คนที่ชอบทั้งผู้ชายและผู้หญิง และมีความสนใจและความชอบทางเพศและ/หรือมีพฤติกรรมทางเพศต่อคนที่เป็นเพศเดียวกับตนเอง หรือเพศอื่นๆ

“T” Transgender (คำที่คนไทยทั่วไปใช้เรียกคือ ผู้หญิงหรือผู้ชายข้ามเพศ) หรือ ทีจี คือ บุคคลที่มีอัตลักษณ์ทางเพศและการแสดงออกที่สะท้อนเพศของตนเองไม่ตรงกับเพศกำเนิดอย่างสิ้นเชิง รวมถึงการผ่าตัดเปลี่ยนแปลงลักษณะทางเพศด้วย ผู้หญิงที่มีจิตใจเป็นผู้ชาย ผู้ชายที่มีจิตใจเป็นผู้หญิง ซึ่งแบ่งออกเป็น 2 ประเภท

(1) Male to female Transgender (MtF) หญิงข้ามเพศ (transwoman) ใช้เรียกคนข้ามเพศ จากหญิงเป็นชายที่กำลังอยู่ในขั้นตอนการแปลงเพศหรือได้แปลงเพศเป็นหญิงแล้ว ระบุว่าตนเองเป็นผู้ชาย และแสดงลักษณะท่าทางเป็นชายผ่านการแต่งตัวหรือท่าทาง อาจมีการทำศัลยกรรมเปลี่ยนแปลงลักษณะทางเพศ

(2) Female to Male Transgender (FtM) ชายข้ามเพศ (transman) ใช้เรียกคนข้ามเพศจากหญิงเป็นชายที่กำลังอยู่ในขั้นตอนการแปลงเพศหรือได้แปลงเพศเป็นชายแล้ว ระบุว่าตนเองเป็นผู้หญิง และแสดงลักษณะท่าทางเป็นชายผ่านการแต่งตัวหรือท่าทาง อาจมีการทำศัลยกรรมเปลี่ยนแปลงลักษณะทางเพศ

“Q” Queer ควีร์ คือ คนที่ยังไม่แน่ใจในเพศ หมายถึง กลุ่มคนที่ไม่ได้มีเพศตามที่สังคมกำหนด ไม่จำกัดกรอบ โดยเน้นว่าเพศเป็นสภาวะที่เลื่อนไหลไปมา เปลี่ยนแปลงได้ และไร้กรอบไร้ขีดจำกัด

“I” Intersex หรือ อินเตอร์เซ็กส์ คือ บุคคลที่เกิดมามีลักษณะทางกายภาพโดยมีอวัยวะสืบพันธุ์ของทั้งสองเพศ อินเตอร์เซ็กส์คือคนที่ไม่สามารถระบุเพศของตัวเองได้อย่างชัดเจน มีทั้งคนที่เกิดมามีอวัยวะสืบพันธุ์ของทั้งสองเพศ ปริมาณฮอร์โมนหรือโครโมโซมเพศที่ผิดปกติ

3.2 แนวคิดทฤษฎีทางด้านกฎหมายของประเทศไทย

กฎหมายอาญาของประเทศไทยเกี่ยวกับเหตุยกเว้นโทษในทางอาญาให้แก่คู่สมรส ปรากฏหลักฐานตั้งแต่อดีตถึงปัจจุบันจะเห็นได้จากกฎหมายตราสามดวง ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินระหว่างสามีภรรยา บัญญัติไว้ในบทที่ 146 บัญญัติว่า “มาตราหนึ่งลูกเขยลักทรัพย์สิ่งของสิ่งใด ๆ ของพ่อตาแม่ยาย ๆ ลักทรัพย์ของลูกเขยแลลูกสะใภ้ลักทรัพย์ของพ่อผัวแม่ผัว ๆ ลักทรัพย์ของลูกสะใภ้ลักทรัพย์ของพ่อแม่ ๆ ลักทรัพย์ของลูก น้าลักทรัพย์ของหลาน ๆ ลักทรัพย์ของน้า ลุงตาปู่ยายลักทรัพย์หลาน ๆ ลักทรัพย์ ลุงตาปู่ยาย พี่ลักทรัพย์ของน้อง ๆ ลักทรัพย์ของที่ประการเท่านั้นทำนว่าไข่อื่นเขาทรัพย์เรือวเดียวกันยากไรเขาเสียกันมิได้ให้คืนแต่ทรัพย์สิ่งของนั้นให้แก่กันจะลงโทษและปรับไหมให้แก่กันตั้งฉนั้นผู้อื่นมิได้

อนึ่ง ผัวเมียลักทรัพย์สิ่งของกันเองท่านให้เอาโทษตั้งฉนั้นผู้อื่นเลยแม้ลักแล้วจะหย่าแบ่งทรัพย์กันก็ให้บังคับให้โดยขนาดถ้าญาติเขยสะใภ้ทั้งหลายก็ดูเดียวกัน กล่าวมาด้วยลักษณะโจรอันเป็นลหุโทษสั้นอยู่แต่เท่านั้น” (พชรพร หงส์สุวรรณ, 2555)

แนวความคิดดังกล่าว มีนักกฎหมายแสดงความเห็นสนับสนุนเกี่ยวกับเหตุยกเว้นโทษในการกระทำความผิดอาญาบางข้อหาระหว่างสามีภริยาไว้หลายท่าน (รัชตยา ใจหาญ, 2567) ได้แก่

จิตติ ดิงศภัทย์ เห็นว่า การลงโทษผู้กระทำความผิดระหว่างสามีภริยาไม่ก่อให้เกิดผลประโยชน์ต่อส่วนรวม และกลับเป็นการบั่นทอนความมั่นคงของครอบครัว ทำให้เกิดผลเสียมากกว่าผลดีและไม่สมกับความผิด กฎหมายจึงยกเว้นโทษให้ (จิตติ ดิงศภัทย์, 2510)

คณิต ณ นคร เห็นว่า ความมุ่งหมายของบทบัญญัติมาตรา 71 วรรคหนึ่ง เกิดจากเหตุผลพิเศษในการรักษาสถาบันครอบครัว เพื่อรักษาเอกภาพเพราะกฎหมายเห็นว่าครอบครัวเป็นสถาบันทางสังคมที่สำคัญ (คณิต ณ นคร, 2560)

เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ เห็นว่า เนื่องจากลักษณะความสัมพันธ์ใกล้ชิดของบุคคลในฐานะคู่สมรสหรือญาติ อาจมีการกระทบกระทั่งการกระทำความผิดต่อกันในบางเรื่อง หากไม่มีการลดหย่อนปรนโทษอาจทำให้ความสัมพันธ์ในครอบครัวต้องร้าวฉาน กฎหมายจึงกำหนดขึ้นเพื่อไม่ให้ความผิดอาญากระทบกระเทือนต่อความสงบสุขของสถาบันพื้นฐานของสังคมอย่างสถาบันครอบครัว (เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, 2551)

จากความเห็นของนักกฎหมายดังกล่าวจะเห็นได้ว่า สถาบันครอบครัวเป็นส่วนหนึ่งของสังคม หากสถาบันครอบครัวเกิดการแตกแยก ร้าวฉาน สังคมก็จะได้รับผลกระทบไปด้วย ในขณะที่การอยู่ร่วมกันของคนในครอบครัวย่อมมีการกระทบกระทั่ง โดยเฉพาะในเรื่องทรัพย์สิน สิ่งสำคัญคือการให้อภัยของคนในครอบครัวและมาตรการทางกฎหมายก็เป็นส่วนหนึ่งในการส่งเสริมการให้อภัย โดยการยกเว้นโทษหรือลดหย่อนผ่อนโทษ ดังนั้นการลงโทษสมาชิกครอบครัวโดยเฉพาะความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินย่อมก่อให้เกิดความร้าวฉานเพิ่มมากขึ้นและอาจนำมาซึ่งการล่มสลายของสถาบันครอบครัว ในขณะที่การยกเว้นโทษหรือลดหย่อนผ่อนโทษในทางอาญาจะเป็นส่วนหนึ่งของเครื่องมือในการประคับประคองเพื่อให้สถาบันครอบครัวยังคงดำรงอยู่ได้ ดังนั้นการลงโทษสมาชิกครอบครัวโดยเฉพาะความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินจึงทำให้เกิดผลเสียมากกว่าผลดี

ปัจจุบันประมวลกฎหมายอาญาบัญญัติเหตุยกเว้นโทษการกระทำความผิดทางอาญาระหว่างสามีภริยาไว้ในมาตรา 71 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า “ความผิดตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 334 ถึงมาตรา 336 วรรคแรก และมาตรา 341 ถึงมาตรา 364 นั้น ถ้าเป็นการกระทำที่สามีกระทำต่อภริยา หรือภริยากระทำต่อสามี ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษ”

สำหรับสามีภริยาที่จะได้รับการยกเว้นโทษ ตามมาตรา 71 วรรคแรก จะต้องเป็นสามีภริยาโดยชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ จะต้องเป็นการสมรสโดยการจดทะเบียนสมรส ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1457 นอกจากนี้แต่เดิมการสมรสทำได้เฉพาะชายสมรสกับหญิงเท่านั้น ดังจะเห็นได้จาก ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1448 (เดิม) บัญญัติว่า “การสมรสจะทำได้ต่อเมื่อชายและหญิงมีอายุสิบเจ็ดปีบริบูรณ์” หรือ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1452 (เดิม) บัญญัติว่า “ชายหรือหญิงจะทำการสมรสในขณะที่ตนมีคู่สมรสอยู่ไม่ได้” เหตุดังกล่าวทำให้ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า การได้รับการยกเว้นโทษตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 71 จะต้องเป็นการสมรสระหว่างชายกับหญิงเท่านั้น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2887/2563 “โจทก์ร่วมและจำเลยจดทะเบียนสมรสกันที่ประเทศอังกฤษเมื่อปี 2557 เมื่อมาตรา 1448 บัญญัติว่า “การสมรสจะทำได้ต่อเมื่อชายและหญิงมีอายุสิบเจ็ดปีบริบูรณ์แล้ว” แสดงว่าการสมรสจะสมบูรณ์ต่อเมื่อคู่สมรสเป็นชายและหญิง เมื่อจำเลยและโจทก์ร่วมต่างก็เป็นหญิง การสมรสระหว่างจำเลยและโจทก์ร่วมจึงไม่ต้องด้วยเงื่อนไขของการสมรสตามกฎหมายไทย จำเลยและโจทก์ร่วมไม่มีสถานะเป็นสามีภริยาตามกฎหมาย กรณีจึงไม่ต้องด้วยเหตุยกเว้นโทษตาม ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 71”

ปัจจุบันประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีการแก้ไขเพิ่มเติม ให้มีการสมรสของคนข้ามเพศได้โดยเปลี่ยนคำว่า “ชายหญิง” เป็น “บุคคล” เช่น มาตรา 1448 บัญญัติว่า “การสมรสจะกระทำได้ก็ต่อเมื่อบุคคลทั้งสองฝ่ายมีอายุสิบแปดปีบริบูรณ์แล้วแต่ในกรณีมีเหตุอันสมควร ศาลอาจอนุญาตให้ทำการสมรสก่อนนั้นได้”

3.3 แนวคิดทฤษฎีทางด้านกฎหมายของต่างประเทศ

สำหรับในต่างประเทศที่มีบัญญัติของกฎหมายตามแนวความคิดดังกล่าวและใกล้เคียงกับของไทย ได้แก่ สาธารณรัฐเกาหลี ซึ่งประมวลกฎหมายอาญาของประเทศเกาหลี (The Korean Criminal Code) มีบทบัญญัติการกระทำความผิด ระหว่างสามภริยาที่น่าสนใจคือ มาตรา 328 (1)

มาตรา 328 (อาชญากรรมและการร้องทุกข์ระหว่างญาติ)

เมื่อความผิดตามมาตรา 323 ถูกกระทำต่อญาติสายตรงของผู้กระทำความผิด, คู่สมรส, ญาติที่อาศัยอยู่ด้วยกัน, สมาชิกในครอบครัวที่อาศัยอยู่ด้วยกัน หรือคู่สมรสของบุคคลเหล่านั้น การลงโทษสำหรับความผิดนั้นจะได้รับการยกเว้น”

สำหรับมาตรา 328 ถูกนำไปใช้การกระทำความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ระหว่างสามภริยา โดยมาตรา 344

มาตรา 344 (อาชญากรรมระหว่างญาติ)

“บทบัญญัติของมาตรา 328ให้นำมาใช้โดยอนุโลมกับความผิดตามมาตรา 329 ถึงมาตรา 332 และการพยายามกระทำความผิดดังกล่าว”

สำหรับความผิดต่างๆ ที่นำมาตรา 328 ไปใช้ ได้แก่ ความผิดฐานลักทรัพย์ ตามมาตรา 329 มาตรา 329 (การลักทรัพย์)

“บุคคลใดลักทรัพย์ของผู้อื่น จะต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกปี หรือปรับไม่เกินสิบล้านวอน”

มาตรา 330 (การลักทรัพย์โดยมีพฤติการณ์พิเศษ)

“บุคคลใดลักทรัพย์ของผู้อื่นโดยบุกรุกเข้าไปในที่ที่อาศัย บ้านพักที่มีผู้ดูแล โครงสร้าง หรือเรือ หรือห้องที่มีผู้อยู่อาศัยในเวลากลางคืน จะต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี”

ความผิดฐานลักทรัพย์ ตามมาตรา 329 กำหนดโทษสำหรับการลักทรัพย์ทั่วไป ในขณะที่ความผิดฐานลักทรัพย์ตามมาตรา 330 กำหนดโทษสำหรับการลักทรัพย์ที่มีพฤติการณ์พิเศษ คือ มีการบุกรุกเข้าไปในสถานที่ต่างๆ ในเวลากลางคืน ซึ่งมีโทษหนักกว่าการลักทรัพย์ทั่วไป

จากบทบัญญัติมาตรา 344 การกระทำความผิดตามมาตรา 329-332 ระหว่างสามภริยาเป็นการกระทำที่มีความผิดแต่ไม่ต้องรับโทษ

นอกจากสาธารณรัฐเกาหลีแล้วประเทศญี่ปุ่นก็เป็นอีกประเทศหนึ่งที่มีบทบัญญัติของกฎหมายตามแนวความคิดดังกล่าว ซึ่งประมวลกฎหมายอาญาญี่ปุ่น (A Preparatory Draft for the Penal Code of Japan 1961) ได้บัญญัติความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ไว้ในลักษณะที่ 18 ความผิดฐานลักทรัพย์และปล้นทรัพย์ (Crimes of Theft and Robbery) ตั้งแต่มาตรา 337-353 ความผิดลักทรัพย์ธรรมดาอยู่ในมาตรา 337 ซึ่งต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 7 ปี ความผิดฐานปล้นทรัพย์และปล้นทรัพย์ในเหตุฉกรรจ์ ตั้งแต่มาตรา 338-346 โดยเฉพาะในมาตรา 351 ได้กำหนดความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ที่สามภริยาหรือญาติสืบสายโลหิตที่กระทำผิดต่อกันให้อยู่ในดุลพินิจของศาลที่จะลงโทษ (สมควร ชันเงิน, 2548) ภายใต้เงื่อนไขว่าการดำเนินคดีจะต้องมีการร้องทุกข์ของผู้เสียหาย บทบัญญัติ มาตรา 351 มีเนื้อหาที่น่าสนใจดังต่อไปนี้

มาตรา 351 การลักทรัพย์จากญาติ

1) บุคคลที่กระทำหรือพยายามกระทำความผิดใดๆ ภายใต้มาตรา 337 ถึง 339 ต่อคู่สมรส ญาติสืบสายโลหิตตรง หรือผู้ที่อาศัยอยู่ในครัวเรือนเดียวกัน จะถูกดำเนินคดีได้ก็ต่อเมื่อมีการร้องทุกข์ส่วนตัวเท่านั้น

2) การลงโทษอาจได้รับการยกเว้นหากความผิดที่ครอบคลุมในวรรค (1) ได้กระทำต่อคู่สมรสของผู้กระทำความผิดหรือญาติสืบสายโลหิตตรง

มาตรา 351 (1) นี้แสดงให้เห็นว่ากฎหมายให้ความสำคัญกับความสัมพันธ์ในครอบครัว โดยเปิดโอกาสให้มีการไกล่เกลี่ยหรือยกโทษได้ในกรณีที่เป็นการผิดระหว่างคู่สมรส ญาติใกล้ชิด โดยการกำหนดให้การดำเนินคดีจะต้องมี "การร้องทุกข์ส่วนตัว" หากไม่มีการร้องทุกข์ ตามมาตรา 351 (1) รัฐก็ไม่สามารถดำเนินคดีอาญาแก่สามีหรือภรรยาที่กระทำความผิดได้

เมื่อมีการร้องทุกข์ จากผู้เสียหาย ตามมาตรา 351 (1) มาตรา 351 ตามวรรค (2) ระบุว่า "การลงโทษอาจได้รับการยกเว้น" (Punishment may be remitted) คู่สมรสที่เป็นผู้กระทำความผิดอาจได้รับการยกเว้นโทษ แต่ไม่ใช่การรับรองว่าจะได้รับการยกเว้นโทษแน่นอน เนื่องจากกฎหมายใช้คำว่า "อาจ" (may) การตัดสินใจยกเว้นโทษหรือไม่นั้น น่าจะขึ้นอยู่กับดุลยพินิจของศาลหรือผู้พิพากษา

สำหรับประเทศในภาคพื้นยุโรปก็นำแนวความคิดดังกล่าวไปบัญญัติเป็นกฎหมายเช่นเดียวกัน ได้แก่ สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ซึ่งความผิดฐานลักทรัพย์ในประมวลกฎหมายอาญาของเยอรมัน (GERMAN CRIMINAL CODE) มีการบัญญัติเอาไว้ตั้งแต่ มาตรา 242 ถึง มาตรา 248c โดยได้แบ่งความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ไว้หลายลักษณะ ได้แก่ ความผิดฐานลักทรัพย์ทั่วไป ตามมาตรา 242 การลักทรัพย์และการลักทรัพย์ที่มีความร้ายแรง ตามมาตรา 243 (สมควร ชันเงิน, 2548)

สำหรับการลักทรัพย์ระหว่างคู่สมรส ประมวลกฎหมายเยอรมัน มีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้อง ได้แก่มาตรา 247

มาตรา 247 "การลักทรัพย์จากญาติหรือบุคคลที่อาศัยอยู่ในบ้านเดียวกัน หากผู้เสียหายจากการลักทรัพย์เป็นญาติ ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลของผู้กระทำความผิด หรือหากผู้เสียหายอาศัยอยู่ในครัวเรือนเดียวกันกับผู้กระทำความผิด ความผิดนี้จะสามารถดำเนินคดีได้ก็ต่อเมื่อมีการร้องขอเท่านั้น"

มาตรา 247 กำหนดเงื่อนไขพิเศษสำหรับการดำเนินคดีในกรณีที่การลักทรัพย์เกิดขึ้นระหว่างญาติหรือผู้ที่อาศัยอยู่ด้วยกัน ในกรณีนี้ การดำเนินคดีจะทำได้ก็ต่อเมื่อมีการร้องขอจากผู้เสียหาย ซึ่งแตกต่างจากการลักทรัพย์ทั่วไปที่สามารถดำเนินคดีได้โดยรัฐโดยไม่ต้องมีการร้องขอ

วัตถุประสงค์ของมาตรานี้ อาจเป็นเพื่อให้โอกาสในการแก้ไขปัญหภายในครอบครัวหรือระหว่างผู้ที่อยู่อาศัยร่วมกัน โดยไม่ต้องนำเรื่องเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมทางอาญาทันที

มาตรานี้ระบุถึง "ญาติ" (relatives) แต่ไม่ได้ระบุเจาะจงถึง "คู่สมรส" หรือ "สามีภรรยา" อย่างไรก็ตาม โดยทั่วไปแล้ว คู่สมรสมักจะถือว่าเป็นญาติกันตามกฎหมาย นอกจากนี้ มาตรานี้ยังครอบคลุมถึง "บุคคลที่อาศัยอยู่ในบ้านเดียวกัน" ซึ่งโดยปกติแล้วคู่สมรสก็มักจะอาศัยอยู่ด้วยกัน ดังนั้น การลักทรัพย์ระหว่างสามีภรรยาน่าจะอยู่ภายใต้ขอบเขตของมาตรานี้ ซึ่งหมายความว่า การดำเนินคดีจะต้องมีการร้องขอจากผู้เสียหาย

นอกจากความผิดฐานลักทรัพย์และประมวลกฎหมายเยอรมัน ยังได้นำบทบัญญัติมาตรา 247 กรณีที่มีการกระทำความผิดของบุคคลที่อยู่ในบ้านเดียวกันกับความผิดฐานฉ้อโกง ตามมาตรา 263 (4) มาตรา 265a (3) และความผิดฐานยักยอกมาตรา 266 (2)

จากที่กล่าวมาเป็นแนวความคิดและบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดทางอาญาของคู่สมรสทั้งของประเทศไทยและของต่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นกรณีของประเทศไทยและสาธารณรัฐเกาหลีที่บัญญัติยกเว้นโทษแก่คู่สมรสหรือของประเทศญี่ปุ่นที่ให้อำนาจแก่ศาลที่จะลงโทษหรือลงโทษเพียงว่ากล่าวตักเตือนหรือของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ที่ให้สิทธิแก่ผู้เสียหายในการดำเนินคดีแก่คู่สมรสที่กระทำความผิด แม้หลักเกณฑ์ของกฎหมายแต่ละประเทศจะแตกต่างกันแต่มีแนวความคิดที่เหมือนกันคือ เพื่อรักษาสถาบันของครอบครัว อันเป็นสถาบันหลักของสังคม

4. วิธีดำเนินการ

บทความวิชาการนี้ ใช้รูปแบบการศึกษาเชิงคุณภาพ โดยใช้วิธีศึกษาค้นคว้าและรวบรวมข้อมูลจากแหล่งเอกสารต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ หนังสือ ตำรา รายงานการวิจัย บทความทางอินเทอร์เน็ต อันเกี่ยวกับกลุ่มบุคคลหลากหลายทางเพศ (LGBTQI+) และประมวลกฎหมายอาญา เพื่อศึกษา แนวความคิด ประเภท ลักษณะและหลักเกณฑ์บัญญัติแห่งกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับคู่สมรสข้ามเพศ โดยนำข้อมูลมาดำเนินการศึกษา วิเคราะห์และสรุปความเห็นเพื่อเสนอแนะแนวทางแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาให้เหมาะสม ต่อไป

5. ผลการศึกษา

จากที่ได้ทำการศึกษาค้นคว้ารวบรวมข้อมูลจากแหล่งเอกสารต่างๆ สามารถวิเคราะห์ได้ดังต่อไปนี้

5.1 การยกเว้นโทษทางอาญาให้แก่คู่สมรสข้ามเพศ

แนวคิดที่ว่าด้วยเหตุยกเว้นโทษในทางอาญาให้แก่คู่สมรส กฎหมายไทยมีแนวความคิดในเรื่องดังกล่าวมาแล้วตั้งแต่อดีต ดังจะเห็นได้จาก กฎหมายตราสามดวง ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินระหว่างสามีภรรยา บัญญัติไว้ในบทที่ 146 ซึ่งแนวความคิดดังกล่าวได้สร้างเอกภาพในครอบครัวอยู่เหนือความผิดหรือข้ออ้างทางสังคม กล่าวคือ นอกเหนือจากจุดประสงค์หลักกฎหมายอาญาที่มุ่งคุ้มครองความสงบเรียบร้อยของสังคม ในกรณีที่มีความสัมพันธ์ระหว่างสามีภรรยาเข้ามาเกี่ยวข้อง กฎหมายอาญาต้องคำนึงถึงเอกภาพในครอบครัวด้วย เพราะในการอยู่ร่วมกันเป็นครอบครัวนั้นอาจมีการกระทบกระทั่งกันบ้างไม่มากก็น้อยซึ่งถือว่าเป็นเรื่องธรรมดา (พชรพร หงส์สุวรรณ, 2555, หน้า 48.) นักกฎหมายหลายท่านก็เห็นด้วยกับแนวความคิดดังกล่าว ได้แก่ จิตติ ดิงศภัทย์ เห็นว่า การลงโทษผู้กระทำความผิดระหว่างสามีภรรยาไม่ก่อให้เกิดผลประโยชน์ต่อส่วนรวม และกลับเป็นการบั่นทอนความมั่นคงของครอบครัว ทำให้เกิดผลเสียมากกว่าผลดีและไม่สมกับความผิด กฎหมายจึงยกเว้นโทษให้ (จิตติ ดิงศภัทย์, 2510, หน้า 878) เช่นเดียวกับเกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ เห็นว่า เนื่องจากลักษณะความสัมพันธ์ใกล้ชิดของบุคคลในฐานะคู่สมรสหรือญาติอาจมีการกระทบกระทั่งการกระทำความผิดต่อกันในบางเรื่อง หากไม่มีการลดหย่อนปรนโทษอาจทำให้ความสัมพันธ์ในครอบครัวต้องร้างฉาน กฎหมายจึงกำหนดขึ้นเพื่อไม่ให้ความผิดอาญากระทบกระเทือนต่อความสงบสุขของสถาบันพื้นฐานของสังคมอย่างสถาบันครอบครัว (เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, 2551)

แนวความคิดของต่างประเทศ ประมวลกฎหมายอาญาของสาธารณรัฐเกาหลี (The Korean Criminal Code) มีบทบัญญัติยกเว้นโทษสำหรับการกระทำความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินระหว่างสามีภรรยา คือมาตรา มาตรา 328 ซึ่งมาตรา 328 ถูกนำไปใช้ในความผิดฐานลักทรัพย์ระหว่างสามีภรรยา โดยมาตรา มาตรา 344 ไม่ว่าจะมีความผิดฐานลักทรัพย์ทั่วไปตามมาตรา 329 ความผิดฐานลักทรัพย์โดยมีพฤติการณ์พิเศษตามมาตรา 329 หรือความผิดฐานลักทรัพย์พิเศษตาม มาตรา 331 ซึ่งใกล้เคียงกับประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 71 วรรคแรกเป็นอย่างมาก

ในขณะที่ประเทศญี่ปุ่น ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศญี่ปุ่น มาตรา 351 (1) ได้ให้อำนาจในการดำเนินคดีแก่คู่สมรสที่เป็นผู้เสียหายโดยผ่านกระบวนการร้องทุกข์ และแม้มีการร้องทุกข์แล้ว มาตรา 351 (2) ก็ให้ศาลมีอำนาจในการใช้ดุลพินิจยกเว้นโทษให้คู่สมรสที่เป็นผู้กระทำความผิดได้

แม้ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศญี่ปุ่น จะได้บัญญัติยกเว้นโทษให้โดยตรงแต่บทบัญญัติดังกล่าวก็แสดงออกให้เห็นแนวความคิดของกฎหมายในการสร้างเอกภาพในครอบครัวที่จะต้องอยู่เหนือความผิดหรือข้ออ้างทางสังคม (พชรพร หงส์สุวรรณ, 2555)

สำหรับ สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ประมวลกฎหมายอาญาของเยอรมนี มีมาตรา 247 บัญญัติว่า “การลักทรัพย์จากญาติหรือบุคคลที่อาศัยอยู่ในบ้านเดียวกัน หากผู้เสียหายจากการลักทรัพย์เป็นญาติ ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลของผู้กระทำความผิด หรือหากผู้เสียหายอาศัยอยู่ในครัวเรือนเดียวกันกับผู้กระทำความผิด ความผิดนี้จะสามารถดำเนินคดีได้ก็ต่อเมื่อมีการร้องขอเท่านั้น” (The German Criminal Code)

ประมวลกฎหมายอาญาของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มาตรา 247 แม้จะบัญญัติการกระทำความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ระหว่างบุคคลที่อาศัยอยู่ในบ้านเดียวกันซึ่งรวมถึงคู่สมรส ผู้กระทำมีความผิดและต้องได้รับโทษแต่ การที่ศาลจะลงโทษบุคคลดังกล่าวได้ จะต้องมีการร้องขอจากผู้เสียหายว่าจะดำเนินคดีอาญาแก่สามีภริยาซึ่งเป็นผู้กระทำความผิดหรือไม่ ลักษณะดังกล่าวแสดงให้เห็นถึงแนวความคิดของกฎหมายอาญาที่จะต้องคำนึงถึงเอกภาพในครอบครัวเป็นหลักเพราะในการอยู่ร่วมกันเป็นครอบครัวนั้นอาจมีการกระทบกระทั่งกันบ้างไม่มากนักซึ่งถือว่าเป็นเรื่องธรรมดา

แม้ว่าประมวลกฎหมายอาญาของประเทศญี่ปุ่นและประมวลกฎหมายอาญาของประเทศเยอรมนีจะมีได้บัญญัติยกเว้นโทษให้แก่คู่สมรสที่กระทำความผิดอาญาฐานลักทรัพย์ระหว่างกันซึ่งแตกต่างจากประมวลกฎหมายอาญาของสาธารณรัฐเกาหลีที่บัญญัติยกเว้นความรับผิดทางอาญาของคู่สมรสเหมือนกับประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทย แต่บทบัญญัติของประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทยและประมวลกฎหมายอาญาของเยอรมนีดังกล่าวก็แสดงออกให้เห็นแนวความคิดของกฎหมายในการสร้างเอกภาพในครอบครัวที่จะต้องอยู่เหนือความผิดหรือข้ออ้างทางสังคม ดังนั้นประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทย ประมวลกฎหมายอาญาของสาธารณรัฐเกาหลี ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศญี่ปุ่นและประมวลกฎหมายอาญาของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี จึงมีแนวความคิดเดียวกันที่มองเห็นความสำคัญของเอกภาพในสถาบันครอบครัวมากกว่าการรับโทษในทางอาญาของบุคคลในครอบครัว

แนวความคิดในการยกเว้นโทษให้แก่คู่สมรสในความผิดเกี่ยวกับทรัพย์บางฐานความผิดที่กระทำระหว่างคู่สมรส แม้ในอดีตแนวความคิดดังกล่าวจะมุ่งเน้นไปที่คู่สมรสที่เป็นชายกับหญิงเท่านั้น ไม่ได้กล่าวถึงคู่สมรสข้ามเพศระหว่างชายกับชายหรือระหว่างหญิงกับหญิงก็ตาม แนวความคิดดังกล่าวก็สามารถนำมาปรับใช้สำหรับคู่สมรสข้ามเพศได้ เพราะเมื่อในปัจจุบันกฎหมายอนุญาตให้มีการสมรสระหว่างคู่สมรสข้ามเพศได้ก็เท่ากับว่ากฎหมายยอมรับหรือรับรองว่าคู่สมรสข้ามเพศเป็นกลุ่มบุคคลอีกกลุ่มหนึ่งที่ถือว่าเป็นสถาบันครอบครัวเหมือนกับคู่สมรสที่เป็นชายกับหญิงเหมือนในอดีตที่ผ่านมา

ดังนั้นการกระทำความผิดเกี่ยวกับทรัพย์บางฐานความผิดระหว่างคู่สมรสข้ามเพศก็ควรที่จะได้รับการยกเว้นโทษตามแนวความคิดที่ได้ทำการศึกษาามาเช่นกัน

5.2 ผลของการรับโทษทางอาญาของคู่สมรสข้ามเพศกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560

จากที่ได้ทำการศึกษาพบว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มีการแก้ไขให้มีการสมรสระหว่างคนข้ามเพศได้ โดยแก้ไขคำว่า “สามีภริยา” เป็น คำว่า “บุคคล” ดังนั้นการสมรสในปัจจุบันจึงอาจเป็นการสมรสระหว่าง ชายกับชาย หรือหญิงกับหญิง ในขณะที่ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 71 วรรคแรก บัญญัติยกเว้นโทษสำหรับความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ที่กระทำลงระหว่างสามีภริยา ซึ่งศาลฎีกาได้วินิจฉัยวางหลักเอาไว้ว่า “สามีภริยา” ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 71 จะต้องเป็นการสมรสระหว่างชายกับหญิงเท่านั้น (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2887/2563) ดังนั้นการกระทำความผิดอาญาเกี่ยวกับทรัพย์บางข้อหา ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 71 ของคนข้ามเพศไม่ว่าจะเป็นการกระทำความผิดของคู่สมรสที่เป็นชายกับชายหรือหญิงกับหญิง ก็ยังคงถือว่าเป็นการกระทำที่มีความผิดและได้รับโทษในทางอาญา ในขณะที่คู่สมรสที่เป็นชายกับหญิง ไม่ว่าจะบุคคลในกลุ่มคนหลากหลายทางเพศ (LGBTQI+) หรือไม่ก็ตาม ก็จะได้รับยกเว้นโทษ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 71 วรรคแรก ทำให้ในปัจจุบันคู่สมรสที่เป็นชายกับหญิงจะได้รับการยกเว้นโทษ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 71 ในขณะที่คู่สมรสข้ามเพศไม่ได้รับการยกเว้นโทษ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 71 ทั้ง ๆ ที่การสมรสทั้ง 2 กรณีเป็นการสมรสที่ชอบด้วยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กรณีดังกล่าวน่าจะถือว่า มาตรา 71 ขัดต่อ

หลักความเสมอภาคของบุคคลและการห้ามเลือกปฏิบัติ ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 บัญญัติรองรับไว้ใน มาตรา 27 วรรคหนึ่งและวรรคสาม ซึ่งบัญญัติว่า “บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมาย มีสิทธิและเสรีภาพ และได้รับความคุ้มครอง ตามกฎหมายเท่าเทียมกัน...”

การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล ไม่ว่าจะด้วยเหตุความแตกต่างในเรื่อง เพศ หรือเหตุอื่นใด จะ กระทำได้”

ดังนั้นเมื่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ยินยอมให้มีการสมรสข้ามเพศได้ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 71 วรรคแรก ก็ควรจะยกเว้นโทษสำหรับการกระทำความผิดอาญาเกี่ยวกับกับทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสข้ามเพศเช่นเดียวกันเพื่อจะได้ สอดคล้องกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และไม่เป็นการขัดข้อหลักความเสมอภาคตามที่บัญญัติรองรับไว้ในรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 27

6. การอภิปรายผล

จากแนวความคิดที่ว่า การสร้างเอกภาพในครอบครัวอยู่เหนือความผิดหรือข้ออ้างทางสังคม เนื่องจากในการอยู่ ร่วมกันเป็นครอบครัวนั้นอาจมีการกระทบกระทั่งกันบ้างไม่มากก็น้อยซึ่งถือว่าเป็นเรื่องธรรมดา ดังนั้น ประมวลกฎหมายอาญา จึงมีแนวความคิดว่าควรรยกเว้นโทษหรือลดหย่อนผ่อนโทษหรือให้การดำเนินคดีอาญาดังกล่าวเป็นไปตามเจตนาของบุคคลใน ครอบครัว ซึ่งแนวความคิดดังกล่าวตรงกับกฎหมายไทย คือ ประมวลกฎหมายอาญาที่ได้บัญญัติยกเว้นโทษให้แก่สามีภริยาซึ่งเป็นคู่สมรสเฉพาะความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินบางฐานความผิด ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 71 วรรคแรก อย่างไรก็ตาม คำว่า สามี ภริยา ตามมาตรา 71 วรรคแรก หมายถึง การสมรสระหว่างชายกับหญิงเท่านั้น ในขณะที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติให้สิทธิแก่คู่สมรสข้ามเพศ สามารถทำการสมรสกันได้โดยชอบด้วยกฎหมายซึ่งเท่ากับว่ากฎหมายยอมรับหรือรับรองว่าคู่ สมรสข้ามเพศเป็นกลุ่มบุคคลอีกกลุ่มหนึ่งที่ถือว่าเป็นสถาบันครอบครัวเหมือนกับคู่สมรสที่เป็นชายกับหญิง แต่จากการศึกษา พบว่าคู่สมรสข้ามเพศกลับไม่ได้รับการยกเว้นโทษตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 71 วรรคแรก อันเป็นการขัดต่อ แนวความคิดที่ว่า เอกภาพในครอบครัวอยู่เหนือความผิดหรือข้ออ้างทางสังคม ในขณะที่คู่สมรสระหว่างชายกับหญิงกลับได้รับ การยกเว้นโทษ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 71 วรรคแรก ทำให้คู่สมรสข้ามเพศได้รับความคุ้มครองทางกฎหมายไม่เท่า เทียมกับคู่สมรสที่เป็นชายกับหญิง กรณีดังกล่าวถือว่าคุณสมรสข้ามเพศถูกเลือกปฏิบัติ ซึ่งการเลือกปฏิบัติดังกล่าวน่าจะถือว่าขัด ต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 27

ด้วยเหตุนี้ผู้เขียนจึงเห็นควรมีแก้ไขเพิ่มเติม ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 71 วรรคแรก เพื่อให้บทบัญญัติแห่ง กฎหมายดังกล่าวเป็นไปตามเจตนารมณ์ของแนวความคิด สอดคล้องกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และก่อให้เกิดความ เท่าเทียมกันในทางกฎหมายของคู่สมรสข้ามเพศ

7. ข้อเสนอแนะ

ควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญามาตรา 71 วรรคแรก โดยการเปลี่ยน คำว่า “สามีภริยา” เป็นคำว่า “คู่สมรส” เพื่อให้สอดคล้องกับบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมและก่อให้เกิดความเท่า เทียมกันในทางกฎหมายอาญาระหว่างคู่สมรสที่เป็นชายหญิงกับคู่สมรสข้ามเพศ

8. เอกสารอ้างอิง

- เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. (2551). คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1. (พิมพ์ครั้งที่ 10). กรุงเทพฯ: พลสยาม พรินต์ติ้ง (ประเทศไทย).
จิตติ ดิงศภัทย์. (2510). กฎหมายอาญาภาค 1. (พิมพ์ครั้งที่ 8). กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.
คณิต ณ นคร. (2560). กฎหมายอาญาภาคทั่วไป. (พิมพ์ครั้งที่ 6). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
.ไชยพัฒน์ ธรรมชุตินันท์. (2567). “สมรสเท่าเทียม” ก้าวสำคัญกฎหมายครอบครัวไทย : สาระสำคัญและเรื่องที่ยังไปไม่ถึง. (ออนไลน์) สืบค้นเมื่อ 5 ก.ค. 2567. สืบจากเว็บไซต์ <https://www.the101.world/marriage-equality-bill>.
พชรพร หงส์สุวรรณ. (2555). เหตุทำให้อาญยอมความได้ : ศึกษากรณีความผิดบางฐานระหว่างสามีภรรยา. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.
นางรัชทยา ใจหาญ. เหตุยกเว้นโทษทางอาญาตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 71. (ออนไลน์). สืบค้นเมื่อ 11 กรกฎาคม 2567. สืบจากเว็บไซต์ https://library.coj.go.th/pdf-view.html?fid=48740&table=files_biblio.
รัฐสภา. (2567). กฎหมายเพื่อการสมรสเท่าเทียม. (ออนไลน์). สืบค้นเมื่อ 11 กรกฎาคม 2567. สืบจากเว็บไซต์ <https://www.senate.go.th/view/386/NewsDetailAll/Latest/145/TH-TH>.
สมควร ชันเงิน. (2548). ความผิดอาญาเกี่ยวกับทรัพย์ที่สามีและภริยากระทำต่อกัน. (ออนไลน์) สืบค้นเมื่อ 11 กรกฎาคม 2567. สืบจากเว็บไซต์ https://digital.library.tu.ac.th/tu_dc/frontend/Info/item/dc:113609.
อัญมณี สัจจาสัย. ความหลากหลายทางเพศ ตอนที่ 1 เพศสภาพ และ LGBTQI คืออะไร. (ออนไลน์) สืบค้นเมื่อ 11 กรกฎาคม 2567 สืบจากเว็บไซต์ https://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/elaw_parcy/ewt_dl_link.php?nid=2649.