

บทที่ 3

มาตรการทางกฎหมายในการตรวจค้นตัวผู้ต้องขังในต่างประเทศ

สำหรับเนื้อหาในบทนี้จะกล่าวถึงมาตรการทางกฎหมายในการป้องกันการตรวจค้นตัวผู้ต้องขังของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ประเทศสหรัฐอเมริกา เขตบริหารพิเศษฮ่องกง แห่งสาธารณรัฐประชาชนจีน และประเทศออสเตรเลีย ในส่วนที่เกี่ยวกับการตรวจค้นตัวผู้ต้องขัง และการจำแนกประเภทผู้ต้องขังที่เป็นบุคคลแปลงเพศ ซึ่งเป็นประโยชน์ในการศึกษาเปรียบเทียบกับประเทศไทย อีกทั้งมีประโยชน์ต่อการวิเคราะห์กับกฎหมายไทยในเรื่องดังกล่าวที่ยังเกิดเป็นปัญหาอยู่ ตลอดจนสามารถนำส่วนที่ดีของประเทศนั้นๆ มาปรับใช้กับประเทศไทยในทางปฏิบัติได้

3.1 สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (Federal Republic of Germany)

สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil Law ซึ่งอำนาจตามกฎหมายที่ทำให้สามารถที่จะลงโทษจำคุกผู้กระทำความผิดได้นั้น จะต้องอาศัยหลัก “ไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย” อันเป็น “หลักประกันในกฎหมายอาญา” และเป็น “รัฐธรรมนูญ” ประกอบกับโทษจำคุกเป็นโทษชนิดหนึ่งตามประมวลกฎหมายอาญา ดังนั้น อำนาจในการที่ศาลจะพิพากษาลงโทษจำคุกผู้กระทำความผิดได้อันเป็นผลให้บุคคลคนหนึ่งจะต้องถูกบังคับโทษจำคุกในเรือนจำ จะต้องมาจากหลักการพื้นฐานของหลักรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญเยอรมันบัญญัติถึงเรื่อง “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ไว้ในมาตรา 1(1) ว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” เป็นสิ่งที่ไม่อาจล่วงละเมิดได้ เป็นภาระหน้าที่ของรัฐที่จะต้องให้ความเคารพและให้ความคุ้มครอง และเป็นคุณค่าสูงสุดของรัฐธรรมนูญ การดำเนินการต่างๆ ของรัฐนั้น ต้องเป็นไปเพื่อมนุษย์มิใช่มนุษย์ดำรงอยู่เพื่อรัฐ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ไม่ได้เกิดจากการที่รัฐธรรมนูญเข้ามารับรอง แต่มีมาตั้งแต่เมื่อมีมนุษย์การกระทำทั้งหลายของรัฐจะต้องสอดคล้องกับคุณค่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เพราะมนุษย์เป็นเป้าหมายการดำเนินการของรัฐ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในฐานะที่เป็นคุณค่าสูงสุดของรัฐธรรมนูญนั้นเพื่อที่จะให้ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” มีผลในทางปฏิบัติจึงต้องถือว่าเนื้อหาของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นพื้นฐานที่จะต้องนำมาใช้ประกอบในการตีความสิทธิเสรีภาพของผู้ต้องขัง หรือในการตีความสิทธิขั้นพื้นฐานต่างๆ จะต้องตีความว่ามีผลมาจากศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ นอกจากนี้ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ยังเป็นตัวกำหนดกำหนดทิศทางของการกระทำทั้งหลายของรัฐ รวมถึงวัตถุประสงค์ภาระหน้าที่ ความชอบธรรมของรัฐ และของ

กฎหมายที่มีคุณค่าในทางส่วนบุคคลซึ่งเป็นพื้นฐานต่อการใช้สิทธิเสรีภาพอื่น และก่อให้เกิดบทสันนิษฐานที่เป็นคุณต่อปัจเจกชนในกรณีที่มีความสัมพันธ์กับอำนาจรัฐ¹

ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันได้เคยวินิจฉัยการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์โดยวิธีการอธิบายถ้อยคำต่างๆ เช่น การทำให้ได้รับความอับอาย (Emiedrigung) การลงโทษที่มีลักษณะทารุณโหดร้าย เป็นต้น ว่าเป็นการกระทำที่เป็นการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และศาลได้พัฒนาไปสู่หลักทั่วไปว่า การกระทำใดของรัฐก็ตามที่ลดคุณค่าของมนุษย์เป็นเพียงวัตถุในการกระทำนั้นถือเป็นการกระทบถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์² ดังนั้น การตรวจค้นตัวผู้ต้องขังซึ่งเป็นมาตรการเพื่อความปลอดภัยภายในเรือนจำที่อาจกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของผู้ต้องขังได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในการตรวจค้นผู้ต้องขังที่ต้องให้ผู้ต้องขังถอดเสื้อผ้าเปลือยกาย หรือมีการล้วงล้ำเข้าไปในอวัยวะภายในร่างกายของผู้ต้องขังนั้น อาจก่อให้เกิดความอับอายต่อผู้ต้องขังได้ ดังนั้นกฎหมายเยอรมันจึงต้องมีบทบัญญัติเกี่ยวกับหลักเกณฑ์เพื่อกำหนดขอบเขตและวิธีปฏิบัติในส่วนของมาตรการในการตรวจค้นตัวผู้ต้องขังเอาไว้ เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของผู้ต้องขัง

3.1.1 การตรวจค้นตัวผู้ต้องขัง กฎหมายว่าด้วยการบังคับโทษจำคุกของเยอรมัน (Strafvollzugsgesetz - StVollzG) ได้มีการบัญญัติเกี่ยวกับมาตรการในการตรวจค้นตัวผู้ต้องขังเอาไว้ในหมวดที่ 11 ว่าด้วยมาตรการรักษาความปลอดภัยและความเป็นระเบียบเรียบร้อยภายในเรือนจำ (Elfter Titel 11 - Sicherheit und Ordnung) มาตรา 84 ซึ่งบัญญัติว่า

มาตราที่ 84 การตรวจค้น³

¹ สิทธิและเสรีภาพของผู้ต้องขังตามรัฐธรรมนูญ (น. 105-106), โดย พัชราภรณ์ กองอุบล, 2546.

² แหล่งเดิม.

³ § 84 StVollzG – Durchsuchung

(1) Gefangene, ihre Sachen und die Hafträume dürfen durchsucht werden. Die Durchsuchung männlicher Gefangener darf nur von Männern, die Durchsuchung weiblicher Gefangener darf nur von Frauen vorgenommen werden. Das Schamgefühl ist zu schonen.

(2) Nur bei Gefahr im Verzug oder auf Anordnung des Anstaltsleiters im Einzelfall ist es zulässig, eine mit einer Entkleidung verbundene körperliche Durchsuchung vorzunehmen. Sie darf bei männlichen Gefangenen nur in Gegenwart von Männern, bei weiblichen Gefangenen nur in Gegenwart von Frauen erfolgen. Sie ist in einem geschlossenen Raum durchzuführen. Andere Gefangene dürfen nicht anwesend sein.

(3) Der Anstaltsleiter kann allgemein anordnen, daß Gefangene bei der Aufnahme, nach Kontakten mit Besuchern und nach jeder Abwesenheit von der Anstalt nach Absatz 2 zu durchsuchen sind.

(1) การค้นตัวผู้ต้องโทษ ค้นทรัพย์สิน และการค้นห้องขังสามารถทำได้ การค้นตัวผู้ต้องขังชายให้กระทำโดยผู้ชาย การค้นตัวผู้ต้องขังหญิงให้กระทำโดยหญิง ความอับอายทางเพศต้องได้รับการคุ้มครอง

(2) เฉพาะในกรณีจำเป็นเร่งด่วนหรือตามคำสั่งของผู้บัญชาการเรือนจำ การเปิดสิ่งของที่เกี่ยวเนื่องกับการค้นตัวให้กระทำได้ ผู้ต้องขังชายให้กระทำโดยผู้ชาย ผู้ต้องขังหญิงให้กระทำโดยหญิง และต้องกระทำในห้องที่ปิดมิดชิดไม่เปิดเผย ผู้ต้องขังคนอื่นๆ นั้นจะไม่นิยมนุญาตให้อยู่ร่วมด้วยในขณะที่มีการตรวจค้น

(3) ผู้บัญชาการเรือนจำอาจวางกฎระเบียบหรือคำสั่งทั่วไปเกี่ยวกับการตรวจค้นผู้ต้องขังตาม อนุมาตรา (2) ในขั้นตอนการรับตัวผู้ต้องขัง การพอกับผู้มาเยี่ยม หรือทุกครั้งที่ผู้ต้องขังออกจากเรือนจำ

มาตรการทางกฎหมายดังกล่าวนี้เป็นส่วนหนึ่งของคำสั่งและข้อบังคับของเรือนจำ⁴ ซึ่งเป็นการดำรงไว้ซึ่งความปลอดภัยและเป็นระเบียบเรียบร้อยเพื่อไม่ให้เกิดการละเมิดสิทธิภายในเรือนจำ ซึ่งจะแบ่งออกเป็นกามาตรการรักษาความปลอดภัยแบบทั่วไป และมาตรการรักษาความปลอดภัยแบบพิเศษ ซึ่งในส่วนของตรวจค้นตัวผู้ต้องขังนั้นเป็นหนึ่งในมาตรการรักษาความปลอดภัยแบบทั่วไป

การตรวจค้น (Durchsuchung) เป็นมาตรการเพื่อความปลอดภัยในการตรวจค้นห้องขังสิ่งของ และบุคคลในห้องขัง ซึ่งบัญญัติไว้ในมาตรา 84 แห่งกฎหมายว่าด้วยการบังคับโทษจำคุก (§ 84 StVollzG), ข้อ 91 แห่งกฎหมายว่าด้วยการบังคับโทษจำคุกของบาเยิร์น (Art. 91 BayStVollzG), มาตรา 71 แห่งกฎหมายว่าด้วยการบังคับโทษจำคุกของฮัมบวร์ก (§ 71 HmbStVollzG) และมาตรา 77 แห่งกฎหมายว่าด้วยการบังคับโทษจำคุกของนีเดอร์ซัคเซิน (§ 77 NJVollzG) ซึ่งกฎหมายเหล่านี้ได้บัญญัติเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ในการตรวจค้นหาสิ่งของหรือหลักฐานต่างๆ โดยได้กำหนดให้เจ้าพนักงานสามารถเข้าไปเพื่อตรวจค้นภายในเรือนจำได้ตลอดเวลา และในช่วงระยะเวลาสั้นๆ โดยสามารถทำการจู่โจมตรวจค้น (โดยไม่ต้องบอกกล่าวล่วงหน้า) เพื่อพิสูจน์ว่าผู้ต้องขังนั้นไม่ได้ใช้ห้องขังหรือสิ่งของเครื่องใช้ที่ก่อให้เกิดอันตราย และพิสูจน์ว่าผู้ต้องขังไม่มีแผนในการต่อสู้แหกหักหรือหลบหนี ในกรณีที่นักโทษที่มีความเสี่ยงและนักโทษที่น่าสงสัยว่าจะหลบหนีจะถูกตรวจค้นทุกวัน แต่อย่างไรก็ดี การมีระเบียบปฏิบัติในการบังคับใช้ที่เข้มงวดนี้ทำให้อกฎหมายถูกวิพากษ์วิจารณ์ เนื่องจากการตรวจค้นภายในห้องขังอย่างเป็นทางการนั้นย่อมทำให้

⁴ *Strafvollzug*. (pp. 407-411), by Klaus Laubenthal. 2008, Auflage 5. Würzburg: Springer.

ผู้ต้องขังเกิดความไม่ไว้วางใจและมีความก้าวร้าว บรรยากาศในการควบคุมดูแลผู้ต้องขังภายในเรือนจำนั้นก็จะเป็นปฏิปักษ์ต่อผู้ต้องขัง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการที่ไม่อนุญาตให้ผู้ต้องขังอยู่ภายในห้องขังในขณะที่เจ้าพนักงานกำลังทำการตรวจค้น โดยกฎหมายว่าด้วยการบังคับโทษจำคุกของฮัมบวร์กได้กำหนดไว้ในมาตรา 71 วรรค 1 (§ 71 Abs. 1 S. 1 HmbStVollzG) อย่างชัดเจนว่าอนุญาตให้ตรวจค้นสิ่งของในห้องขังของผู้ต้องขังได้ตลอดเวลา เพื่อความปลอดภัยและความสงบเรียบร้อย โดยจะไม่อนุญาตให้ผู้ต้องขังอยู่ด้วยในขณะที่ทำการตรวจค้น และในมาตรา 71 วรรค 2 (§ 71 Abs. 1 S. 2 HmbStVollzG) กำหนดให้ในการตรวจค้นสามารถติดตั้งอุปกรณ์ทางเทคนิคได้ และในขณะที่ตรวจค้นสิ่งของและห้องขังสามารถใช้สุนัขในการดมกลิ่นได้

3.1.2 การตรวจค้นตัวผู้ต้องขังแบบถอดเสื้อผ้า ในกรณีการตรวจค้นตัวบุคคล กฎหมายได้แบ่งลักษณะของการตรวจค้นออกเป็น 2 ประเภท กล่าวคือ การตรวจค้นแบบถอดเสื้อผ้า และไม่ถอดเสื้อผ้า

ในมาตรา 84 (1) แห่งกฎหมายว่าด้วยการบังคับโทษจำคุก (§ 84 Abs. 1 StVollzG), ข้อ 91(2) แห่งกฎหมายว่าด้วยการบังคับโทษจำคุกของบาเยิร์น (Art.91 Abs. 2 BayStVollzG), มาตรา 71(2) แห่งกฎหมายว่าด้วยการบังคับโทษจำคุกของฮัมบวร์ก (§ 71 Abs. 2 HmbStVollzG) และมาตรา 77(2) แห่งกฎหมายว่าด้วยการบังคับโทษจำคุกของนีเดอร์ซัคเซิน (§ 77 Abs. 2 NJVollzG) ได้กำหนดให้อำนาจผู้บัญชาการเรือนจำเป็นผู้สั่งการในเรื่องทั่วไปได้ โดยสามารถสั่งให้ดำเนินการตรวจค้นเสื้อผ้าและการตรวจค้นภายในกระเป๋าเสื้อผ้าของผู้ต้องขังหรือใช้อุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ในการตรวจค้นได้

ในทางกลับกันในการตรวจค้นแบบถอดเสื้อผ้า ในมาตรา 84 (2) แห่งกฎหมายว่าด้วยการบังคับโทษจำคุก (§ 84 Abs. 2 StVollzG), ข้อ 91(2) แห่งกฎหมายว่าด้วยการบังคับโทษจำคุกของบาเยิร์น (Art.91 Abs. 2 BayStVollzG), มาตรา 71(2) แห่งกฎหมายว่าด้วยการบังคับโทษจำคุกของฮัมบวร์ก (§ 71 Abs. 2 HmbStVollzG) และมาตรา 77(2) แห่งกฎหมายว่าด้วยการบังคับโทษจำคุกของนีเดอร์ซัคเซิน (§ 77 Abs. 2 NJVollzG) ได้อนุญาตให้ดำเนินการตรวจค้นตัวผู้ต้องขังแบบถอดเสื้อผ้าได้ในเฉพาะกรณีที่่จะเกิดอันตรายเร่งด่วนหรือตามคำสั่งของผู้บัญชาการเรือนจำเท่านั้น

ในมาตรา 84 (3) แห่งกฎหมายว่าด้วยการบังคับโทษจำคุก (§ 84 Abs. 3 StVollzG), ข้อ 91(3) แห่งกฎหมายว่าด้วยการบังคับโทษจำคุกของบาเยิร์น (Art.91 Abs. 3 BayStVollzG), มาตรา 71(3) แห่งกฎหมายว่าด้วยการบังคับโทษจำคุกของฮัมบวร์ก (§ 71 Abs. 3 HmbStVollzG) และมาตรา 77(3) แห่งกฎหมายว่าด้วยการบังคับโทษจำคุกของนีเดอร์ซัคเซิน (§ 77 Abs. 3 NJVollzG) ได้บัญญัติถึงประเด็นสำคัญของมาตรการเพื่อความปลอดภัยและความเป็นระเบียบในการตรวจค้น

แบบถอดเสื้อผ้า (Entkleidung) โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการป้องกันการลักลอบนำยาเสพติดเข้ามาในเรือนจำ ซึ่งเป็นการสั่งการจากผู้บัญชาการเรือนจำ มีดังต่อไปนี้

- (1) ในขั้นตอนการรับตัวผู้ต้องขังเข้าสู่เรือนจำ
- (2) หลังจากการติดต่อกับผู้มาเยี่ยม
- (3) ทุกครั้งที่ผู้ต้องขังออกไปภายนอกเรือนจำ

การตรวจค้นตัวผู้ต้องขังแบบถอดเสื้อผ้า รวมถึงการตรวจค้นหาสิ่งของที่ซุกซ่อนภายในร่างกายที่สามารถมองเห็นได้ (natürlich einsehbaren Körperhöhlen ภาษาอังกฤษคือ body cavity) และทวารในร่างกาย (Körperöffnungen ภาษาอังกฤษ Body Orifice) แต่อย่างไรก็ดี มาตรา 84 (2) แห่งกฎหมายว่าด้วยการบังคับโทษจำคุก (§ 84 Abs. 2 u. 3 StVollzG), ข้อ 91(2) แห่งกฎหมายว่าด้วยการบังคับโทษจำคุกของบาเยิร์น (Art.91 Abs. 2 BayStVollzG), มาตรา 71(2) แห่งกฎหมายว่าด้วยการบังคับโทษจำคุกของฮัมบวร์ก (§ 71 Abs. 2 HmbStVollzG) และมาตรา 77(2) แห่งกฎหมายว่าด้วยการบังคับโทษจำคุกของนีเดอร์ซัคเซิน (§ 77 Abs. 2 NJVollzG)

ใน § 84 Abs. 1 S. 2 u. 3 StVollzG (Art. 91 Abs. 1 S. 2 u. 3 BayStVollzG, § 71 Abs. 1 S. 3 u. 4 HmbStVollzG, § 77 Abs. 1 S. 2 u. 3 NJVollzG) กำหนดว่าโดยพื้นฐานของการตรวจค้นในทุกๆ ครั้ง อนุญาตให้ใช้เจ้าหน้าที่ที่เพศเดียวกันกับนักโทษเป็นผู้ตรวจค้น ทั้งนี้ควรใช้วาจาและการกระทำที่สุภาพอย่างระมัดระวังเพื่อไม่ให้ผู้ต้องขังเกิดความรู้สึกอับอาย

การป้องกันไม่ให้ผู้ต้องขังเกิดความรู้สึกอับอายในกรณีที่ใช้วิธีการตรวจค้นตัวผู้ต้องขังแบบถอดเสื้อผ้า ใน § 84 Abs. 2 S. 2 bis 4 StVollzG (Art. 91 Abs. 2 S. 2 bis 4 BayStVollzG, § 71 Abs. 2 S. 2 u. 3 HmbStVollzG, § 77 Abs. 2 S. 2 bis 4 NJVollzG) กำหนดให้ต้องดำเนินการในห้องที่ปิดมิดชิด โดยให้มีเพียงเจ้าหน้าที่ที่เพศเดียวกันกับนักโทษเท่านั้น ที่จะได้รับอนุญาตให้อยู่ด้วยขณะดำเนินการตรวจค้น และไม่อนุญาตให้นักโทษคนอื่นๆ อยู่ในห้องด้วยในขณะที่มีการตรวจค้นหรือถ้าไม่เช่นนั้นก็ต้องมีฉากกั้นไว้ขณะที่ตรวจค้น

3.2 สหรัฐอเมริกา (USA)

สหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่ปกครองแบบระบบกฎหมาย Common Law ในการคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องขังในสหรัฐอเมริกาก็จะเป็นไปตามกฎบัตรแห่งสิทธิ (Bill of Rights) ได้แก่เสรีภาพที่จะไม่ถูกทารุณกรรมและการลงโทษโดยผิดปกติ หลักประกันในเรื่องนี้เกิดจากรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 8 ที่บัญญัติห้ามการลงโทษที่ทารุณโหดร้ายและผิดปกติวิสัย ซึ่งคำว่า “โหดร้าย” และ “ผิดปกติวิสัย” ตามกฎบัตรแห่งสิทธิ (Bill of Rights) หมายถึงการลงโทษที่ไม่มีอำนาจ และไม่ได้สัดส่วนกับความผิด โดยรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 8 นี้ ไม่เพียงมีบทบาท

ในการแก้ไขการกระทำที่ไม่ชอบของรัฐ แต่ยังคงถึงปรัชญาที่ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 8 นั่นก็คือ การคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

3.2.1 การตรวจค้นตัวผู้ต้องขัง มาตรการทางกฎหมายว่าด้วยการค้นและการยึดนั้นถูกบัญญัติขึ้นในการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 4 ของรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา โดยผู้ต้องขังสามารถร้องเรียนได้ว่าการกระทำของเจ้าหน้าที่นั้นเป็นการกระทำที่ล่วงละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพในกรณีที่ การค้นนั้นกระทำโดยเจ้าพนักงานที่เป็นเพศตรงข้ามกับผู้ที่ถูกตรวจค้น หรือการค้นนั้นอาจก่อให้เกิดการย้ายศักดิ์ศรีและเป็นการลงโทษที่ไม่เหมาะสม

โดยการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 4 ของรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาได้บัญญัติว่า

“สิทธิของประชาชนจะต้องถูกคุ้มครองในส่วนบุคคล ที่อยู่อาศัย เอกสาร และอำนาจกับการค้นและการยึดที่ปราศจากเหตุผลอันควรจะต้องไม่ถูกละเมิด และจะต้องไม่ออกหมาย เว้นแต่จะมีเหตุอันควรเชื่อและมีการปฏิบัติหรือการรับรองแล้ว”⁵

ศาลฎีกาแห่งสหรัฐอเมริกาได้วางหลักเกณฑ์ในคดี Bell v. Wolfish ว่า เหตุอันควรเชื่อนั้นจะไม่นำมาใช้เป็นมาตรฐานในการตรวจค้นเรือนจำหรือทัณฑสถาน ศาลเพียงกำหนดว่าการค้นนั้นสามารถทำได้เพียงแค่มิเหตุผลพอสมควรก็เพียงพอแล้ว เนื่องจากศาลเห็นว่าเรือนจำนั้นเป็นสถานที่ที่เต็มไปด้วยความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายอย่างร้ายแรง โดยการลักลอบนำเงิน ยาเสพติด อาวุธ หรือสิ่งของต้องห้ามอื่นๆ นั้นเกิดขึ้นอยู่เป็นประจำ ดังนั้นเจ้าหน้าที่เรือนจำจะต้องมีอิสระในการตรวจค้นตัวผู้ต้องขังโดยให้มีเงื่อนไขในการปฏิบัติที่น้อยที่สุดเพื่อประโยชน์ในการดูแลสุขภาพความปลอดภัยภายในเรือนจำ แต่อย่างไรก็ดีการค้นนั้นก็ต้องอยู่ภายใต้กรอบแห่งรัฐธรรมนูญ แต่ตัวชี้วัดถึงเหตุอันควรในการค้นภายใต้การแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 4 แห่งรัฐธรรมนูญนี้ก็ไม่สามารถให้คำจำกัดความหรือกลไกในการปฏิบัติได้อย่างชัดเจน โดยในแต่ละกรณีจะต้องมีความสมดุลของความจำเป็น โดยเฉพาะอย่างยิ่งกับการค้นที่เป็นการล่วงล้ำสิทธิในสิทธิของบุคคล

ผู้ต้องขังอาจถูกค้นและยึดทรัพย์สินจากการตรวจค้นหาสิ่งของที่ผิดกฎหมาย รวมทั้งการรักษาความปลอดภัยในเรือนจำได้ เรือนจำในสหรัฐได้กำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องการค้นและการยึดสิ่งของรวมถึงการสังเกตหรือการค้นห้องขังโดยใช้เครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์ด้วย เช่น การค้นและการยึดสิ่งของในห้องขังจะต้องมีหลักฐานรายงาน และได้รับอนุญาตจากผู้บังคับบัญชาที่

⁵ Gary W. DeLand. (2012). *Prisoner Searches*. p. 1.

⁶ “The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.”

รับผิดชอบ การค้นหรือยึดสิ่งของของนักโทษซึ่งจะให้นักโทษถูกดำเนินคดีในศาล หรือได้รับการพิจารณาโทษทางวินัยจะต้องเป็นไปตามระเบียบข้อบังคับของเรือนจำ ในกรณีที่มีการละเมิดสิทธิของนักโทษอย่างชัดเจนตามบทบัญญัติ 4 แห่งรัฐธรรมนูญ นักโทษจะต้องได้รับการแจ้งสิทธิด้วยว่าเขาอาจดำเนินคดีแพ่งเพื่อเรียกค่าเสียหายจากการละเมิดสิทธินั้นได้⁷

3.2.2 การตรวจค้นตัวผู้ต้องขังแบบถอดเสื้อผ้า ในประเทศสหรัฐอเมริกาในบางมลรัฐจะมีการบัญญัติกฎหมายในเรื่องของการการตรวจค้นสิ่งของในตัวผู้ถูกคุมขังแบบพิเศษหรือแบบถอดเสื้อผ้า (Strip Search) เอาไว้โดยเฉพาะเป็นลายลักษณ์อักษร และในบางมลรัฐนั้นได้ออกเป็นแผนนโยบายซึ่งบังคับใช้ภายในหน่วยงานราชทัณฑ์ของมลรัฐนั้น

3.2.2.1 มลรัฐโรดไอส์แลนด์

มลรัฐโรดไอส์แลนด์ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาโดยบัญญัติเป็นพระราชบัญญัติว่าด้วยการตรวจค้นตัวแบบถอดเสื้อผ้า ในปี ค.ศ. 2013 (Rhode Island Strip Search of Detainee Act of 2013) โดยได้เพิ่มเติมไว้ใน หมวดที่ 7.1 ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา โดยมีใจความดังนี้

หมวดที่ 7.1

การตรวจค้นตัวแบบถอดเสื้อผ้า

มาตรา 12-7.1-1⁸ ในหมวดนี้จะเรียกว่า “พระราชบัญญัติว่าด้วยการตรวจค้นตัวแบบถอดเสื้อผ้าแห่งโรดไอส์แลนด์ ค.ศ. 2013”

มาตรา 12-7.1-2⁹ สภานิติบัญญัติตระหนักดีว่าการตรวจค้นแบบถอดเสื้อผ้า (Strip searches) และการตรวจค้นสิ่งของที่ซุกซ่อนภายในร่างกาย (body cavity searches) ต่อบุคคลที่ถูก

⁷ สิทธิและเสรีภาพของผู้ต้องขังตามรัฐธรรมนูญ (น. 74) โดย พิชราภรณ์ กองอุบล, 2546, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

⁸ 12-7.1-1. Short title. - This chapter shall be known and may be cited as the “Rhode Island Strip Searches of Detainees Act of 2013.”

⁹ 12-7.1-2. Purpose. -- The general assembly recognizes that the use of strip searches and body cavity searches of individuals lawfully detained may, under certain circumstances, be necessary to protect the safety of law enforcement personnel, members of the public, and other detainees; to detect and secure evidence of criminal activity; and to safeguard the security, safety and orderly administration of criminal detention and holding facilities. The general assembly further recognizes the substantial intrusion on personal privacy and integrity caused by such searches and the consequent necessity that these searches be conducted only with proper justification and authority and with due recognition of and deference to the human dignity of those being searched.

ควบคุมตัวอย่างถูกต้องตามกฎหมายนั้น อาจอยู่ภายใต้สถานการณ์ที่แน่นอนเพื่อความจำเป็นในการรักษาความปลอดภัยของการบังคับใช้กฎหมายของเจ้าหน้าที่ สมาชิกในสังคม และผู้ถูกคุมขังคนอื่นๆ เพื่อค้นหาหรือคุ้มครองพยานหลักฐานของการกระทำทางอาญา เพื่อการรักษากระบวนการรักษาความปลอดภัย เพื่อความเป็นระเบียบเรียบร้อยในการบริหารจัดการสถานที่ควบคุมตัวทางอาญา และเพื่อความสะดวกในการปฏิบัติงาน สถานิติบัญญัติได้ตระหนักต่อไปถึงการล่วงล้ำความเป็นส่วนตัวส่วนตัวและศักดิ์ศรีของบุคคลจากการตรวจค้นดังกล่าว และความจำเป็นที่เกิดขึ้นว่าการตรวจค้นดังกล่าวนี้จะถูกนำมาใช้เพียงเฉพาะกรณีที่มีเหตุผลที่เหมาะสมและมีอำนาจในการปฏิบัติและมีการรับรู้ถึงการเคารพศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของผู้ถูกตรวจค้น

มาตรา 12-7.1-3¹⁰ (ก) “การตรวจค้นสิ่งของที่ซุกซ่อนภายในร่างกาย” หมายความว่า การตรวจค้นที่เกี่ยวข้องกับการตรวจภายในร่างกายในส่วนที่เป็นโพรงหรือช่อง ยกเว้นการตรวจด้วยตา ในทางช่องหู ช่องจมูก และช่องปาก

(ข) “ผู้ถูกคุมขัง” หมายความว่า บุคคลที่ถูกควบคุมตัวภายใต้การจับกุมหรืออยู่ในการดูแลและการควบคุมของรัฐ หรือการบังคับใช้กฎหมายของเจ้าพนักงานหรือผู้ช่วยเจ้าพนักงานในรัฐ โรดไอส์แลนด์ แต่ไม่รวมถึงผู้กระทำความผิดอาญาซึ่งจะถูกส่งตัวไปยังทัณฑสถานตามคำพิพากษา หรือบุคคลที่ถูกคุมขังที่ศูนย์กักกันไวแอตต์

¹⁰ 12-7.1-3. Definitions. -- (a) “Body cavity search” means any search involving internal physical examination of body cavities, with the exception of a visual inspection of the ears, nose, and mouth.

(b) “Detainee” means any person who is detained, under arrest, or otherwise in the custody and control of any state or local law enforcement personnel or agent within the state of Rhode Island but does not include criminal offenders committed to the adult correctional institution following conviction or sentencing or to persons confined at the Wyatt Detention Center.

(c) “Probable cause” means sufficient, objective facts or circumstances to lead a reasonable person to believe that a detainee is in possession of a weapon, contraband, or evidence of a crime, that cannot be detected and seized pursuant to a thorough frisk or pat search of a detainee’s person.

(d) “Reasonable suspicion” means sufficient, objective facts or circumstances to lead a reasonable person to suspect that a detainee is in possession of a weapon, contraband or evidence of a crime, that cannot be detected and seized pursuant to a thorough frisk or pat search of a detainee’s person.

(e) “Strip search” means any search requiring the removal or rearrangement of some or all of the clothing of a detainee to permit the visual inspection of the genitalia, buttocks, anus, female breasts or undergarments of the detainee

(ค) “เหตุอันควรเชื่อ” หมายความว่า ข้อเท็จจริงหรือสถานการณ์ที่เพียงพอซึ่งทำให้วิญญูชนเชื่อได้ว่าผู้ถูกคุมขังคนนั้นมีอาวุธ สิ่งของต้องห้าม หรือหลักฐานแห่งอาชญากรรมไว้ในครอบครองที่ไม่สามารถพบได้จากการตรวจค้นผู้ถูกคุมขังอย่างละเอียดด้วยวิธีการปกติ

(ง) “เหตุอันควรสงสัย” หมายความว่า ข้อเท็จจริงหรือสถานการณ์ที่เพียงพอซึ่งทำให้วิญญูชนสงสัยได้ว่าผู้ถูกคุมขังคนนั้นมีอาวุธ สิ่งของต้องห้าม หรือหลักฐานแห่งอาชญากรรมไว้ในครอบครองที่ไม่สามารถพบได้จากการตรวจค้นผู้ถูกคุมขังอย่างละเอียดด้วยวิธีการปกติ

(จ) “การค้นแบบถอดเสื้อผ้า” หมายถึง การค้นที่จำเป็นต้องมีการถอดหรือมีการจัดการกับเสื้อผ้าของผู้ถูกคุมขังทั้งหมดหรือบางส่วนเพื่อที่จะสามารถตรวจสอบ อวัยวะเพศ ก้น รูทวาร เต้านมของผู้หญิง หรือภายในตัวผู้ถูกคุมขังด้วยสายตา

มาตรา 12-7.1-4¹¹ ผู้ถูกคุมขังในมลรัฐโรดไอส์แลนด์ จะต้องไม่ถูกตรวจค้นตัวแบบถอดเสื้อผ้าหรือตรวจค้นสิ่งของที่ซุกซ่อนภายในร่างกาย เว้นแต่จะปฏิบัติตามขั้นตอนที่ได้บัญญัติไว้ตามพระราชบัญญัตินี้ ผู้ถูกคุมขังที่ถูกคุมขังอยู่ที่ทัณฑสถานตามคำพิพากษาของศาลจะต้องถูกตรวจค้นตัวโดยเป็นไปตามระเบียบของกรมราชทัณฑ์โดยให้เป็นไปตามกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่นั้น ผู้ถูกคุมขังที่ถูกควบคุมตัวอยู่ที่ศูนย์กักกันไวแอตต์จะอยู่ภายใต้การตรวจค้นเพื่อให้สอดคล้องกับกฎระเบียบและข้อบังคับของสถานที่ประกาศใช้ให้สอดคล้องกับกฎหมายที่ใช้บังคับ

มาตรา 12-7.1-5¹² (ก) มาตรฐานของความน่าเชื่อถือ ทั้งในการตรวจค้นแบบถอดเสื้อผ้าและการตรวจค้นสิ่งของที่ซุกซ่อนอยู่ในร่างกายจะต้องไม่ถูกนำมาใช้อย่างเป็นกิจวัตร การตรวจค้น

¹¹ 12-7.1-4. Policy. -- No detainee in the state of Rhode Island shall be subject to a strip search or body cavity search except in accordance with the procedures set forth herein. Detainees confined at the adult correctional institution on the basis of a criminal conviction or sentence shall be subject to search pursuant to regulations promulgated by the department of corrections in accordance with applicable law. Detainees confined at the Wyatt Detention Center shall be subject to search in accordance with rules and regulations of that facility promulgated in accordance with applicable law.

¹² 12-7.1-5. Search prerequisites. -- (a) Standard of belief. Neither strip searches nor body cavity searches shall be conducted as a matter of routine procedure. A strip search may be conducted based upon reasonable suspicion. A body cavity search may be conducted only pursuant to a warrant based upon probable cause.

(b) Basis of belief. Neither reasonable suspicion nor probable cause, as defined herein, may be based solely on the nature of the offense charged or on the detainee’s previous criminal record. A belief or suspicion sufficient to support either search also may not be based on mere speculation, conjecture, or hunch.

แบบถอดเสื้อผ้าอาจกระทำได้อีกเมื่อมีเหตุอันควรสงสัย ส่วนการตรวจค้นสิ่งของที่ซุกซ่อนภายในร่างกายนั้นอาจกระทำได้อีกเมื่อมีเหตุอันควรเชื่อเช่นนั้น

(ข) เกณฑ์ของความน่าเชื่อ ทั้งในเหตุอันควรเชื่อและเหตุอันควรสงสัยที่ได้บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัตินี้ อาจไม่ได้ขึ้นอยู่กับเพียงลักษณะของความผิดหรือประวัติอาชญากรรมของผู้ถูกคุมขังเท่านั้น ความเชื่อหรือความสงสัยนั้นอาจไม่ได้ขึ้นอยู่กับเพียงการคาดเดาหรือสามัญสำนึก อาจรวมถึงข้อเท็จจริงหรือสถานการณ์ที่เพียงพอที่จะทำให้เกิดเหตุอันควรสงสัยหรือเหตุอันควรเชื่อในกรณีดังต่อไปนี้ เช่น

- (1) ลักษณะของข้อหาที่กระทำความผิด
- (2) ลักษณะและการกระทำของผู้ถูกคุมขัง
- (3) สถานการณ์โดยรวมในการจับหรือการคุมขัง
- (4) ประวัติอาชญากรรมของผู้ถูกคุมขัง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการกระทำความผิดที่รุนแรง และความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด
- (5) การค้นพบพยานหลักฐานของผู้กระทำความผิดรายสำคัญในมุมมองธรรมดาหรือในการค้นที่เกิดขึ้นเพื่อการจับกุม
- (6) การตรวจหาวัตถุต้องสงสัยที่อยู่ภายใต้เสื้อผ้าของผู้ถูกคุมขังในระหว่างการลงพื้นที่ตรวจค้นเพื่อการจับกุม
- (7) ประเภทของเสื้อผ้าและลักษณะของเสื้อผ้าที่ผู้ถูกคุมขังสวมใส่

มาตรา 12-7.1-6 การตรวจค้นตัวแบบถอดเสื้อผ้าหรือการตรวจค้นสิ่งของที่ซุกซ่อนภายในร่างกายต่อเมื่อได้ปฏิบัติตามขั้นตอนดังต่อไปนี้

Facts or circumstances sufficient to establish reasonable suspicion or probable cause may include, but are not limited to, the following:

- (1) The nature of the offense charged;
- (2) The detainee's appearance and demeanor;
- (3) The circumstances surrounding the arrest or detention;
- (4) The detainee's criminal record, particularly past crimes of violence and narcotics offenses;
- (5) The discovery of evidence of a major offense in plain view or in the course of a search incident to arrest;
- (6) Detection of suspicious objects beneath the detainee's clothing during a field search incident to arrest;
- (7) The type of clothing and manner in which it is worn by the detainee.

(1) ก่อนที่จะมีการตรวจค้น

(i) เขียนคำร้อง โดยอธิบายให้ผู้ถูกคุมขังที่จะถูกตรวจค้นทราบถึงรายละเอียดในข้อเท็จจริงหรือสถานการณ์ที่จะทำให้เกิดเหตุอันควรสงสัยหรือเหตุอันควรเชื่อที่จะนำมาสู่การตรวจค้น

(ii) ได้รับการอนุมัติเป็นลายลักษณ์อักษรจากเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจหรือเจ้าหน้าที่อื่นที่ได้รับมอบหมาย

(iii) ขออนุมัติหมายค้นสำหรับการตรวจค้นสิ่งของที่ซุกซ่อนภายในร่างกาย

(iv) การตรวจค้นจะต้องปฏิบัติตามสถานที่ที่ปลอดภัยและเป็นส่วนตัวซึ่งไม่สามารถตรวจสอบด้วยสายตาด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ หรือเป็นที่สังเกตของบุคคลที่ไม่ได้มีส่วนร่วมในการตรวจค้นดังกล่าว

(v) ต้องมีเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องในการตรวจค้นไม่เกิน 2 คนเว้นแต่การมีส่วนร่วมของบุคคลที่เพิ่มขึ้นกว่านั้นถือเป็นสิ่งจำเป็นเพื่อความปลอดภัยของผู้ถูกคุมขังหรือผู้ที่มีส่วนร่วมในการตรวจค้นนั้น

(vi) เจ้าหน้าที่ที่มีส่วนร่วมในการค้นหาทุกคนจะต้องเป็นเพศเดียวกันกับผู้ถูกคุมขังที่ถูกตรวจค้น เว้นแต่จะเป็นแพทย์ที่มีใบอนุญาตในการตรวจค้นสิ่งของที่ซุกซ่อนภายในร่างกายเท่านั้น

(vii) ผู้ถูกคุมขังที่ถูกตรวจค้นนั้นจะต้องไม่ถูกสัมผัสร่างกายในระหว่างการตรวจค้นแบบถอดเสื้อผ้า เว้นแต่ผู้ถูกคุมขังปฏิเสธไม่ให้ความร่วมมือในการค้น หรือโดยประการอื่นใดที่ไม่สามารถปฏิบัติตามในการตรวจค้นได้ เนื่องจากเงื่อนไขทางสุขภาพกายหรือสุขภาพจิตของบุคคลนั้น

(viii) การตรวจค้นสิ่งของที่ซุกซ่อนภายในร่างกายทุกครั้งนั้นจะต้องดำเนินการโดยแพทย์หรือพยาบาลที่มีใบอนุญาตเท่านั้น

(2) ภายหลังตรวจค้น เจ้าพนักงานผู้มีอำนาจหรือเจ้าพนักงานอื่นที่ได้รับมอบหมายให้ทำการค้นจะต้องจัดทำรายงานเกี่ยวกับพฤติการณ์ต่างๆ ในการตรวจค้นไว้เป็นลายลักษณ์อักษร รวมถึงข้อมูลดังต่อไปนี้

(i) ข้อเท็จจริงโดยเฉพาะ และ/หรือ พฤติการณ์ที่ได้มีการระบุว่าเหตุอันควรสงสัยหรือเหตุอันควรเชื่อที่จะนำมาสู่การตรวจค้น สำเนาคำร้องและคำรับรองเป็นลายลักษณ์อักษรจะต้องแนบมากรับรายงานการตรวจค้นด้วย ในกรณีของการตรวจค้นสิ่งของที่ซุกซ่อนภายในร่างกาย จะต้องแนบสำเนามาหมายค้นเข้ามาในรายงานด้วย

(ii) ชื่อและที่อยู่ของผู้ถูกคุมขัง และ วัน เวลา และสถานที่ในการตรวจค้น

(iii) ชื่อ ยศหรือตำแหน่ง และเพศของบุคคลที่เกี่ยวข้องในการค้น

(iv) รายละเอียดเกี่ยวกับผลของการตรวจ ประกอบด้วย รายการของสิ่งของที่ถอดออกจากตัวผู้ถูกคุมขัง และตำแหน่งที่ค้นพบสิ่งของบนตัวผู้ถูกคุมขังแต่ละรายจากการที่ถูกยึด

(v) สำเนารายงานดังกล่าวจะต้องส่งให้แก่ผู้ถูกคุมขังที่ถูกตรวจค้น

มาตรา 12-7.1-7¹³ (ก) ผู้ถูกคุมขังคนใดที่ได้รับการความเสียหายจากการตรวจค้นที่ได้ดำเนินการโดยปราศจากเหตุอันควรสงสัยหรือเหตุอันควรเชื่อที่ใช้บังคับตามหมวดนี้ หรือที่มีได้ปฏิบัติตามขั้นตอนที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัตินี้ย่อมมีสิทธิที่จะได้รับการเยียวยาในการดำเนินการทางแพ่งกับผู้ที่มีส่วนร่วมหรือผู้ที่อนุมัติการตรวจค้นดังกล่าว รวมทั้งรัฐและหน่วยงานท้องถิ่นที่บุคคลนั้นสังกัดอยู่ เพื่อชดเชยในความเสียหายไม่น้อยกว่า 1,000 ดอลลาร์ ค่าเสียหายเชิงลงโทษ ค่าทนายความ และค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดี แต่เจ้าพนักงานตุลาการที่เป็นผู้อนุมัติหมายค้นโดยสุจริตจะได้รับการคุ้มครองจากการรับผิดชอบตามมาตรา

(ข) ไม่มีหลักฐานใดที่หามาได้โดยผ่านหรือเป็นผลมาจากการตรวจค้นที่ปราศจากเหตุอันควรสงสัยหรือเหตุอันควรเชื่อซึ่งบังคับตามข้อบังคับในพระราชบัญญัตินี้ หรือที่มีได้ปฏิบัติตามขั้นตอนที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัตินี้จะนำมาปรับได้ในชั้นพิจารณาในการกระทำใดๆ ในทุกๆ ศาลของมลรัฐนี้

(ค) การเยียวยาผู้ถูกคุมขังตามมาตรานี้ต้องอยู่นอกเหนือการเยียวยาอื่นๆ ที่ผู้ถูกคุมขังที่ได้รับการความเสียหายมีอยู่แล้วตามกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่

กฎหมายฉบับนี้ได้วางแนวทางและหลักเกณฑ์ในการตรวจค้นตัวผู้ถูกคุมขังไว้โดยได้คุ้มครองสิทธิของผู้ถูกคุมขังในการที่จะได้รับการคุ้มครองไม่ให้ได้รับความเสียหายจากการกระทำ

¹³ 12-7.1-7. Remedies for violations. -- (a) Any detainee aggrieved by a search performed without the requisite reasonable suspicion or probable cause mandated by this chapter or without substantial compliance with the procedures provided herein shall be entitled to seek relief in a civil action against all those participating in or approving such a search, as well as the state or local governmental entity by whom they are employed, for compensatory damages of not less than one thousand dollars (\$1,000), punitive damages, attorneys' fees, and costs of the suit. Any judicial officer approving a warrant and any person acting in good faith based upon a facially valid warrant shall be immune from liability under this section.

(b) No evidence procured by, through, or as a consequence of a search performed without the requisite reasonable suspicion or probable cause mandated by this statute or without substantial compliance with the procedures provided herein shall be admissible in the trial of any action in any court of this state.

(c) The remedies provided herein shall be in addition to any other remedies which a aggrieved detainee may have pursuant to applicable law.

ของเจ้าหน้าที่ของรัฐในการตรวจค้นตัว โดยจะต้องมีเหตุอันควรสงสัยหรือเหตุอันควรเชื่อว่าผู้ถูกคุมขังนั้นมีอาวุธ ยาเสพติด หรือสิ่งของต้องห้ามอื่นๆไว้ในครอบครอง หรือซุกซ่อนเอาไว้ในร่างกาย ซึ่งเป็นการจำกัดอำนาจของเจ้าพนักงานมิให้กระทำการตรวจค้นตัวผู้ถูกคุมขังแบบถอดเสื้อผ้าหรือตรวจค้นสิ่งของที่ซุกซ่อนภายในร่างกายของผู้ต้องขังได้ตามอำเภอใจ เนื่องจากการค้นดังกล่าวนั้นเป็นการกระทำที่กระทบต่อร่างกายและจิตใจของผู้ถูกตรวจค้น เนื่องจากการที่ผู้ถูกตรวจค้นจะต้องเปลือยกายต่อหน้าบุคคลอื่น หรือถูกล้วงล้วงอวัยวะต่างๆของร่างกาย เช่น อวัยวะเพศ หรือรูทวารของผู้ถูกตรวจค้น ย่อมทำให้ผู้ถูกตรวจค้นนั้นเกิดความอับอายทางเพศ

แต่อย่างไรก็ดี พระราชบัญญัตินี้ก็ได้นำมาใช้กับเฉพาะการตรวจค้นตัวผู้ที่ถูกคุมขังไว้ในอำนาจรัฐในกรณีอื่นๆ แต่ไม่รวมถึงนักโทษที่อยู่ในเรือนจำตามความหมายของคำจำกัดความคำว่าผู้ถูกคุมขัง ตามมาตรา 12-7.1-3 (ข.)

นักโทษในเรือนจำหรือทัณฑสถานซึ่งศาลได้มีคำพิพากษาให้จำคุกนั้นย่อมไม่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายนี้แต่ในการตรวจค้นแบบถอดเสื้อผ้าในบางรัฐนั้นก็ได้ออกเป็นนโยบายเกี่ยวกับการตรวจค้นผู้ต้องขังเอาไว้

3.2.2.2 มลรัฐเคนตักกี

กรมราชทัณฑ์แห่งมลรัฐเคนตักกี ได้กำหนดนโยบายเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวเอาไว้ในนโยบายหมายเลข 9.8 โดยประกาศใช้เมื่อวันที่ 20 สิงหาคม ค.ศ. 2013 ซึ่งกำหนดคำจำกัดความไว้ใน ข้อ I. และกำหนดนโยบายในการตรวจค้นตัวผู้ต้องขังไว้ในข้อ II.A. โดยได้บัญญัติไว้ดังนี้

I. คำจำกัดความ¹⁴

¹⁴ I. DEFINITIONS

“Body cavity search” means a manual or instrument inspection of a person’s anal, vaginal or other body cavity by a trained medical professional.

“Contraband” is defined by KRS 520.010.

“Cross-gender” means a person of the opposite gender.

“Exigent circumstances” means any set of temporary and unforeseen circumstances that require immediate action in order to combat a threat to the security or institutional order of a facility.

“Frisk” or “pat-down search” means a search during which a person is not required to remove his clothing and includes a visual inspection of the open mouth.

“Inventory Search” means the search of an inmate’s property and personal belongings.

“Strip search” means a body search during which a person is required to remove his clothing, and during which a person is subject to visual inspection of the genital and anal area, as well as other body cavities.

“การตรวจค้นสิ่งของที่ซุกซ่อนภายในร่างกาย” หมายถึง การตรวจสอบด้วยตนเองหรือเครื่องมือทางอวัยวะหรือรูทวารหนักหรือช่องอื่นๆในร่างกาย โดยแพทย์ผู้เชี่ยวชาญ

“สิ่งของต้องห้าม” ถูกกำหนดโดย KRS 520.010.¹⁵ (สิ่งของที่ถูกกฎหมายห้ามมิให้รับไว้ครอบครอง)

“ข้ามเพศ” หมายถึง บุคคลที่เป็นเพศตรงข้าม

“สถานการณ์ฉุกเฉิน” หมายถึง สถานการณ์ที่เกิดขึ้นเป็นการชั่วคราวและไม่อาจคาดหมายได้ ซึ่งจำเป็นต้องมีการดำเนินการในทันทีทันใดเพื่อที่จะต่อสู้กับภัยคุกคามต่อความปลอดภัยหรือเพื่อความสะดวกแก่เรือนจำ

“การตรวจค้นแบบปกปิด” หมายถึง การตรวจค้นตัวโดยที่บุคคลไม่ต้องถอดเสื้อผ้า และรวมถึงการตรวจสอบในปากด้วยตาเปล่า

“การตรวจค้นที่เก็บของ” หมายถึง การตรวจค้นทรัพย์สินของผู้ต้องขัง และของใช้ส่วนตัวของผู้ต้องขัง

“การตรวจค้นแบบถอดเสื้อผ้า” หมายถึง การตรวจค้นร่างกายโดยต้องถอดเสื้อผ้าของผู้ต้องขังออกและตรวจสอบด้วยสายตาในบริเวณอวัยวะเพศ ทวารหนัก และช่องอื่นๆในร่างกาย

II. นโยบายและวิธีปฏิบัติ

A. นโยบายในการตรวจค้นตัวผู้ต้องขัง

1. นโยบายทั่วไป

ก. ทุกๆ พื้นที่และทรัพย์สินของผู้ต้องขังนั้นต้องสามารถตรวจค้นได้ในทุกเวลา¹⁶

ข. ผู้ต้องขังทุกคนจะต้องถูกตรวจค้นได้ทุกเวลา¹⁷

ค. ผู้ต้องขังทุกคนจะถูกตรวจค้นแบบถอดเสื้อผ้า ถ้า

(1) เข้า หรือ ออก จากเรือนจำ

(2) เข้า หรือ ออก จากจุดเยี่ยมญาติ

¹⁵ 520.010bDefinitions for chapter.

The following definitions apply in this chapter, unless the context otherwise requires:

(1) "Contraband" means any article or thing which a person confined in a detention facility is prohibited from obtaining or possessing by statute, departmental regulation, or posted institutional rule or order;

¹⁶ a. All inmate areas and property shall be subject to a search at any time.

¹⁷ b. All inmates shall be subject to a search at any time.

(3) เข้า หรือ ออก จากพื้นที่ควบคุม หรือพื้นที่อุตสาหกรรมของเรือนจำ หรือห้องต้มผ้า หรือพื้นที่อื่นๆที่จำกัดการเข้าถึงของนักโทษ¹⁸

ง. ผู้ต้องขังที่ไม่ได้อยู่ในหลักเกณฑ์ในการตรวจค้นแบบถอดเสื้อผ้าข้างต้น อาจถูกตรวจค้นแบบถอดเสื้อผ้าได้หากมีเหตุอันควรสงสัยว่านักโทษคนนั้นนำสิ่งของต้องห้ามเข้ามา¹⁹

จ. ผู้ต้องขังจะต้องไม่ถูกตรวจค้นหรือตรวจร่างกายสำหรับวัตถุประสงค์เพียงการกำหนดสถานะของอวัยวะเพศของผู้ต้องขัง²⁰

ฉ. การตรวจค้นสิ่งของที่ซุกซ่อนในร่างกายร่วมกับการตรวจค้นแบบถอดเสื้อผ้านั้นจะกระทำได้ต่อเมื่อมีเหตุอันควรสงสัยว่าผู้ต้องขังมีสิ่งของซุกซ่อนอยู่ในช่องใดช่องหนึ่งในร่างกาย แต่การตรวจค้นสิ่งของภายในร่างกายต้องได้รับการอนุมัติจากแพทย์หรือบุคคลที่พัศดีมอบหมาย²¹

ช. การตรวจค้นแบบถอดเสื้อผ้าทุกครั้ง นอกเหนือจากที่ได้รับอนุญาตตามข้อ ค. (1), (2) และ (3) ข้างต้น จะได้รับการจดบันทึกและบันทึกไว้ในสมุดจรรยาบรรณการตรวจค้นแบบถอดเสื้อผ้า ซึ่งจะต้องประกอบด้วย²²

¹⁸ c. All inmates shall be subject to a strip search if

(1) Entering or exiting an institution,

(2) Entering or exiting the visiting area, or

(3) Entering or exiting a controlled area, the Prison Industries area, boiler room area, or other area to which inmate access is limited.

¹⁹ d. Inmates, who do not fall into one of the strip search categories above, may be strip searched if reasonable suspicion exists that the inmate is carrying contraband.

²⁰ e. An inmate shall not be searched or physically examined for the sole purpose of determining the inmate's genital status.

²¹ f. Body cavity searches in conjunction with strip searches shall only be made if a reasonable suspicion exists that the inmate is carrying contraband in a cavity. All body cavity searches shall require the approval of the Warden or his designee.

²² g. All strip searches, other than those authorized in subsection c. (1), (2) and (3) above, shall be logged and documented in the institutional strip search logbook, which shall include:

(1) Date and time of the search,

(2) Person authorizing the search,

(3) Person or persons conducting the search,

(4) Whether the genital area or the anal area was inspected,

- (1) วันที่ และเวลาที่ทำการตรวจค้น
- (2) บุคคลที่อนุมัติให้ทำการค้น
- (3) บุคคลที่เป็นผู้ดำเนินการตรวจค้น
- (4) บริเวณอวัยวะเพศหรือทวารหนักที่ได้ทำการตรวจค้น
- (5) ช่องในร่างกายที่ได้ทำการตรวจค้น
- (6) เหตุผลในการตรวจค้น และ
- (7) ผลลัพธ์ของการตรวจค้น

ซ. นอกจากในกรณีที่จำเป็นเร่งด่วน ในการตรวจค้นแบบถอดเสื้อผ้านั้น จะต้องกระทำโดยเจ้าพนักงานที่เป็นเพศเดียวกันกับผู้ต้องขัง การตรวจค้นข้ามเพศแบบถอดเสื้อผ้าที่ได้รับอนุญาตในข้อ ก. (1), (2) และ (3) ข้างต้น จะได้รับการจดบันทึกเอาไว้ในสมุดบันทึกการตรวจค้นแบบถอดเสื้อผ้าของเรือนจำ²³

(1) การตรวจค้นจะต้องดำเนินการในลักษณะที่ให้เกียรติผู้ต้องขังและอยู่ภายใต้เงื่อนไขของสุขอนามัย

(2) เจ้าหน้าที่หรือผู้ดำเนินการตรวจค้นอื่นๆ ที่ทำการตรวจค้นจะต้องไม่ทำการข่มขู่ คุกคาม หรือพุดชู้หน้าในขณะที่ทำการตรวจค้น

(5) Whether any body cavity was searched,

(6) The reason for the search, and

(7) The results of the search.

²³ h. Except in exigent circumstances, a strip search shall be conducted by a staff member of the same gender as the inmate. All cross-gender strip searches, to include those authorized in subsection c. (1), (2), and (3) above shall be logged and documented in the institutional strip search logbook.

(1) The search shall be carried out in a dignified manner and under sanitary conditions.

(2) Officers or others conducting the search shall not make threatening, insulting, or suggestive remarks while conducting the search.

(3) If requiring an inmate to expose body cavities, the person conducting the search shall not touch the body of the inmate except as authorized in subsection (h) of this section.

(4) Once a search is complete, clothing that is not in violation of policy shall be returned to the inmate in order to redress.

(3) หากมีความจำเป็นที่จะต้องให้ผู้ต้องขังเปิดให้เห็นช่องต่างๆ ในร่างกาย การดำเนินการตรวจค้นจะต้องไม่สัมผัสร่างกายของผู้ต้องขัง เว้นแต่จะได้รับอนุญาตตามข้อยกเว้นในข้อ ๗. นี้

(4) เมื่อการตรวจค้นเสร็จสมบูรณ์ เสื้อผ้าที่ไม่ได้อยู่ในข่ายที่ละเมิดต่อนโยบายนี้ ก็ต้องส่งคืนแก่ผู้ต้องขังให้แต่งตัว

ฉ. ในการตรวจค้นผู้ต้องขังที่ต้องใช้วิธีการล้วงไปในช่องของร่างกาย การเอ็กซเรย์ หรือวิธีการทางการแพทย์ จะต้องดำเนินการในที่ที่มิดชิด โดยแพทย์ผู้เชี่ยวชาญของเรือนจำ²⁴

2. ผู้ต้องขังจะต้องไม่ตกอยู่ภายใต้การตรวจค้นซ้ำในร่างกายหรือพื้นที่อยู่อาศัยของผู้ต้องขัง อันเป็นการกลั่นแกล้งผู้ต้องขังเป็นการส่วนตัว การตรวจค้นห้องขังหรือที่เก็บของของผู้ต้องขังจะต้องกระทำทำให้ผู้ต้องขังได้รับผลกระทบในขณะนั้น เว้นแต่พฤติการณ์ของผู้ต้องขังรายนั้นเป็นภัยคุกคามต่อเจ้าหน้าที่ ความปลอดภัย หรือตามคำสั่งของเรือนจำ²⁵

3. เมื่อดำเนินการตรวจค้นห้องขังหรือที่เก็บของในพื้นที่ของผู้ต้องขังที่กำหนดไว้ นักโทษที่ได้รับผลกระทบ ในระหว่างการตรวจค้นอาจจะใส่กุญแจมือไว้ด้านหลังของผู้ต้องขัง และอาจต้องนั่งอยู่บนเก้าอี้ในระหว่างการตรวจค้น²⁶

4. การตรวจค้นข้ามเพศโดยการตรวจค้นแบบปกติในการตรวจค้นผู้ต้องขังเพศหญิงจะต้องนำมาใช้เฉพาะในสถานการณ์ฉุกเฉินเท่านั้นและจะต้องมีการจดบันทึกเอาไว้ การตรวจค้นแบบปกติหรือการตรวจค้นพื้นที่ของผู้ต้องขังอาจดำเนินการได้ในหลากหลายเหตุผลตามความจำเป็นของเจ้าหน้าที่ราชทัณฑ์ เหตุผลในการตรวจค้นอาจรวมถึงกรณีดังต่อไปนี้²⁷

²⁴ i. Any search of an inmate which requires probing of a body cavity, x-rays, or any medical procedure shall be conducted in private by an institutional medical professional.

²⁵ 2. An inmate shall not be subject to repeated searches of his person or living area as a method of harassing the particular inmate. Cell or inventory searches shall be done with the affected inmate present unless his presence poses a threat to staff, security, or institutional order.

²⁶ 3. When conducting cell or inventory searches in the inmate's assigned living area, the affected inmate, if present during the search, may be handcuffed behind his back and may be required to remain seated in a chair during the search.

²⁷ 4. All cross-gender pat down or frisk searches of female inmates shall only be conducted under exigent circumstances and shall be documented. Other pat down or frisk searches, or area searches of inmates may be conducted for a variety of reasons as deemed necessary by correctional staff. Reasons for these searches may include the following:

- ก. หากเป็นที่สังเกตหรือสงสัยว่ากิจกรรมนั้นมีความน่าสงสัยหรือผิดปกติ
- ข. หากมีการละเมิดกฎระเบียบภายในเรือนจำ
- ค. เพื่อป้องกันเจ้าหน้าที่ ผู้ต้องขัง หรือเรือนจำ
- ง. โดยการไม่บอกกล่าวล่วงหน้า
- จ. หากเข้าหรือออกจากกิจกรรมภายในบริเวณเรือนจำ
- ฉ. หากได้รับคำสั่งจากเจ้าพนักงานราชทัณฑ์ และ
- ช. หากเจ้าพนักงานเกิดความสงสัยในทรัพย์สินของผู้ต้องขัง

5. ผู้ต้องขังอาจต้องถูกใช้เครื่องพันธนาการในระหว่างการตรวจค้นแบบปกติ เพื่อเหตุผลในการรักษาความปลอดภัย²⁸

จากแนวนโยบายในการตรวจค้นผู้ต้องขังดังกล่าวนี้ จะเห็นได้ว่า กรมราชทัณฑ์ของมลรัฐเคนตักกีได้ให้ความสำคัญกับการคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องขังในการที่จะถูกตรวจค้นตัวหรือตรวจค้นที่อยู่อาศัยหรือที่เก็บของของผู้ต้องขัง ซึ่งได้กำหนดกรอบอำนาจของเจ้าหน้าที่เอาไว้อย่างชัดเจนเพื่อป้องกันมิให้เจ้าหน้าที่เรือนจำนั้นกระทำการตรวจค้นผู้ต้องขังได้อย่างตามอำเภอใจ ซึ่งเป็นการป้องกันการปฏิบัติก่อให้เกิดความอับอายทางเพศต่อผู้ต้องขังได้ในระดับหนึ่ง

แนวนโยบายฉบับนี้ได้กล่าวถึงการตรวจค้นข้ามเพศ กล่าวคือการตรวจค้นโดยเจ้าหน้าที่ที่เป็นเพศตรงข้ามกับผู้ต้องขังที่ถูกตรวจค้น ซึ่งเป็นการกระทบต่อสิทธิของผู้ต้องขัง และยังอาจก่อให้เกิดความอับอายทางเพศต่อผู้ต้องขัง แต่อย่างไรก็ดี แนวนโยบายฉบับดังกล่าวนี้มีได้กล่าวถึงผู้ต้องขังที่เป็นเพศที่ 3 กล่าวคือ บุคคลแปลงเพศที่ผ่านการผ่าตัดแปลงเพศจากชายเป็นหญิง หรือจากหญิงเป็นชายว่าจะต้องได้รับการปฏิบัติแบบใด

ด้วยเหตุที่สหรัฐอเมริกายังไม่มีกฎหมายต้นแบบการยอมรับสถานะผู้แปลงเพศ แม้บางมลรัฐจะมีกฎหมายยอมรับสถานะผู้ผ่าตัดแปลงเพศ แต่คงเป็นการยินยอมให้เปลี่ยนชื่อในสูติบัตร

-
- a. If suspicious or unusual activity is observed or suspected;
 - b. If a rule violation is committed;
 - c. For the protection of staff, inmate, or institution;
 - d. On an unannounced basis;
 - e. If entering or exiting an activity within the main institutional compound;
 - f. If ordered by any Correctional employee; and
 - g. If an employee is not sure of an inmate's possessions.

²⁸ 5. Inmates may be placed in restraints during pat down, or frisk searches for safety and security reasons.

เท่านั้น ไม่สามารถนำมาใช้ในการสมรสในเพศใหม่ได้ จึงเห็นได้ว่าบุคคลแปลงเพศได้รับการคุ้มครองทางกฎหมายน้อยมาก การพิจารณาคดี การจำคุกไม่มีการแยกนักโทษ จนมีนักโทษที่เป็นโรค Transsexuality ถูกข่มขืนและล่วงละเมิดทางเพศจึงฟ้องเรือนจำเป็นคดี Harrison v. Ohio ในคดีดังกล่าวคณะแพทย์ได้เสนอให้แยกนักโทษที่มีอาการ Transsexuality ออกจากนักโทษทั่วไป เพราะนักโทษดังกล่าวต้องได้รับการดูแลทางการแพทย์เช่นการบำบัดด้วยฮอร์โมน จิตบำบัด รวมถึงเป็นการป้องกันโรคติดต่อทางเพศ (HIV/AIDS) อีกด้วย อันเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานในด้านสวัสดิการและความปลอดภัย อย่างไรก็ตาม แม้สหรัฐอเมริกาจะมีกฎหมายยอมรับสถานะของผู้แปลงเพศในบางมลรัฐ แต่สหรัฐอเมริกาก็มีกฎหมายห้ามเลือกปฏิบัติ (Antidiscrimination) ทางเพศ โดยรัฐ Minnesota ออกกฎหมายเป็นมลรัฐแรกในปี 1993 และต่อมาทุกมลรัฐก็ออกกฎหมายดังกล่าวซึ่งสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา อาทิ มลรัฐ Pennsylvania มีกฎหมาย Senate Bill 608,609 บัญญัติให้ความคุ้มครองบุคคลทุกเพศ โดยไม่เลือกชนชั้น ศาสนา สีผิว สัญชาติ เพศ การแสดงออกทางเพศ²⁹

เรือนจำเขตแห่งมลรัฐซานฟรานซิสโกนั้นจะมีการตรวจค้นตัวผู้ต้องขังที่รับตัวเข้ามาใหม่โดยวิธีการตรวจค้นแบบถอดเสื้อผ้า (Strip Searches) เพื่อตรวจหาอาวุธ และสิ่งของต้องห้าม ซึ่งในส่วนของผู้ต้องขังแปลงเพศนั้น ในระบบของเรือนจำบางแห่งนั้นกำหนดให้ต้องให้เจ้าพนักงานเรือนจำที่เป็นเพศเดียวกับเพศใหม่ของผู้ต้องขังแปลงเพศเป็นผู้ดำเนินการตรวจค้น เช่นผู้ต้องขังที่แปลงเพศจากชายเป็นหญิงก็จะต้องให้เจ้าหน้าที่เรือนจำที่เป็นเพศหญิงทำการตรวจค้น แต่ในกรณีของเรือนจำเขตของมลรัฐซานฟรานซิสโกนี้ ได้ให้ความสำคัญกับสิทธิในการมีตัวเลือกในการได้รับการปฏิบัติของผู้ต้องขังแปลงเพศ ดังนั้นระเบียบนี้จึงได้ให้สิทธิผู้ต้องขังแปลงเพศในการที่จะเลือกเพศของเจ้าหน้าที่เรือนจำที่จะทำการตรวจค้นแบบถอดเสื้อผ้าได้ แต่ในกรณีที่ผู้ต้องขังไม่สามารถเลือกได้(ซึ่งกรณีดังกล่าวเกิดขึ้นน้อยมาก) ผู้ต้องขังคนนั้นจะได้รับการตรวจค้นโดยเจ้าหน้าที่เพศชาย 1 คน และเจ้าหน้าที่เพศหญิง 1 คน

เนื่องจากธรรมชาติของการตรวจค้นผู้ต้องขังแบบถอดเสื้อผ้า จะต้องให้ความสนใจเป็นพิเศษในการให้ความเป็นส่วนตัวแก่ผู้ต้องขังให้มากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ การตรวจค้นที่ดำเนินการโดยเจ้าหน้าที่คนเดียวในห้องที่มีมิติที่อยู่ในห้องโถงขนาดใหญ่จะให้ความเป็นส่วนตัวแก่ผู้ต้องขังรวมทั้งลดโอกาสในการกระทำละเมิดแก่ผู้ต้องขังโดยเจ้าพนักงาน แต่อย่างไรก็ตามก็ไม่ควรให้ผู้ต้องขังได้รับการตรวจค้นแบบถอดเสื้อผ้าซึ่งกระทำโดยเจ้าหน้าที่เพียงคนเดียว

ในเรือนจำเขตของมลรัฐซานฟรานซิสโก (San Francisco County Jail) ได้มีการกำหนดระเบียบในการปฏิบัติต่อผู้ต้องขังแปลงเพศซึ่งช่วยให้เจ้าพนักงานเรือนจำป้องกันการเลือก

²⁹ สถานะทางกฎหมายของผู้แปลงเพศ (น. 77), โดย วัชรินทร์ สังสีแก้ว, 2547, กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ปฏิบัติต่อผู้ต้องขังแปลงเพศตามกฎหมายที่ทั้งเคารพในความต้องการของผู้ต้องขังแปลงเพศและทำให้เรือนจำเขตของมลรัฐซานฟรานซิสโกนั้นได้ปฏิบัติตามกฎหมายว่าด้วยการต่อต้านการเลือกปฏิบัติโดยระเบียนดังกล่าวนี้จะนำมาใช้เสริมกับระเบียบเดิมที่มีอยู่เพื่อที่จะคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องขังแปลงเพศ³⁰

3.3 เขตบริหารพิเศษฮ่องกงแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีน

ฮ่องกงเป็นเขตบริหารพิเศษที่ขึ้นตรงต่อรัฐบาลกลางของสาธารณรัฐประชาชนจีนแต่เดิมฮ่องกง เป็นเพียงหมู่บ้านชาวประมงเล็กๆ แห่งหนึ่ง ในเขตอำเภอซินอัน เมืองเซินเจิ้น แต่หลังจากจีนพ่ายแพ้ในสงครามฝิ่น อังกฤษได้เข้าครอบครอง เกาะฮ่องกงและเกาลูนในปี พ.ศ. 2385 (ค.ศ. 1842) และพ.ศ. 2403 (ค.ศ. 1860) ตามลำดับ ในปี พ.ศ. 2441 (ค.ศ. 1898) อังกฤษได้ทำสัญญา ‘เช่าซื้อ’ พื้นที่ทางตอนใต้ของล่าน้ำเซินเจิ้น ซึ่งปัจจุบันเรียกว่า ‘New Territory’ รวมทั้งเกาะรอบข้าง รัฐบาลจีนได้สัญญา ‘หนึ่งประเทศ สองระบบ’ ในการปกครองฮ่องกง ตามกฎหมายพื้นฐานที่ใช้ในการปกครองและบริหารฮ่องกง ที่สภาประชาชนจีนได้อนุมัติและประกาศใช้เป็นกฎหมาย เมื่อวันที่ 4 เมษายน พ.ศ. 2533 โดยให้สิทธิฮ่องกงในการปกครองตนเองอย่างอิสระ สามารถดำเนินนโยบายทางด้านเศรษฐกิจ การค้า การเงิน การพาณิชย์ ฯลฯ ได้ตามระบบเสรี รัฐบาลจีนได้กำหนดให้ฮ่องกงสามารถดำเนินนโยบายเศรษฐกิจเสรีต่อไปได้อีกเป็นเวลา 50 ปี นับตั้งแต่วันที่ 1 กรกฎาคม พ.ศ. 2540 ซึ่งเป็นวันที่รัฐบาลจีนได้รับฮ่องกงกลับคืนจากรัฐบาลสหราชอาณาจักร³¹ ด้วยเหตุที่ฮ่องกงนั้นเคยตกอยู่ในความครอบครองของสหราชอาณาจักร ดังนั้นระบบกฎหมายของฮ่องกงจึงได้คล้ายคลึงกับระบบกฎหมายของสหราชอาณาจักรซึ่งใช้ระบบคอมมอนลอว์

ระบบงานราชทัณฑ์ของฮ่องกงนั้น แต่เดิมยังอยู่ภายใต้การดูแลของศาล ตำรวจ และเรือนจำ แต่ภายหลังระบบเรือนจำได้มีการแบ่งแยกอำนาจออกจากตำรวจกลายเป็นอำนาจอิสระในปี 1879 และในปี 1982 กรมราชทัณฑ์ของฮ่องกงได้รับการเปลี่ยนชื่ออย่างเป็นทางการเป็น Correctional Service Department เพื่อสะท้อนให้เห็นถึงการขยายตัวของโปรแกรมการบังคับโทษโดยมุ่งเน้นไปที่การแก้ไขฟื้นฟูสมรรถภาพของผู้กระทำผิด

³⁰ National Lawyers Guild & City & County of San Francisco Human Rights Commission. (2002).

MODEL PROTOCOLS ON THE TREATMENT OF TRANSGENDER PERSONS BY SAN FRANCISCO COUNTY JAIL. p. 9

³¹ *เขตบริหารพิเศษฮ่องกง.* (2548, 28 เมษายน), สืบค้น 20 มีนาคม 2557, จาก

<<http://th.wikipedia.org/wiki/เขตบริหารพิเศษฮ่องกง>>

ในฐานะที่ราชทัณฑ์เป็นส่วนหนึ่งในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของฮ่องกง กรมราชทัณฑ์ทำหน้าที่ให้ไปตามพระราชกฤษฎีกาเรือนจำ(หมวดที่ 234) โดยกรมราชทัณฑ์จะต้องสร้างความปลอดภัย สภาพแวดล้อมที่ดีและมีมนุษยธรรมในการควบคุมตัวบุคคลที่อยู่ในความดูแลของราชทัณฑ์ และอำนวยความสะดวกแก่ผู้ต้องขังในการกลับคืนสู่สังคมในฐานะพลเมืองดีโดยผ่านโปรแกรมการแก้ไขฟื้นฟูที่ครบวงจร³²

3.3.1 การตรวจค้นตัวผู้ต้องขัง ในส่วนของกฎหมายที่เกี่ยวกับการค้นตัวผู้ต้องขังของฮ่องกงนั้น ได้มีการบัญญัติกฎหมายไว้เป็นลายลักษณ์อักษรไว้ใน Prison Rule (Chapter 234A, Rule 9, 10) ประกาศใช้เมื่อวันที่ 20 มิถุนายน 1997 โดยบัญญัติว่า

Rule 9 การตรวจค้น³³

(3) การปฏิบัติโดยทั่วไป

(ก) การรับเข้า และการจำหน่ายออก

(1) ผู้ต้องขังทุกคนจะต้องถูกตรวจค้นเมื่อถูกรับเข้ามายังเรือนจำโดยผู้บัญชาการเรือนจำและเจ้าหน้าที่อื่นๆ ทำการตรวจค้นและสิ่งของที่มิได้รับอนุญาตให้นำเข้าไปทั้งหมดจะต้องนำออกจากผู้ต้องขัง

³² Report on the Grade Structure Review of the Disciplined Services. (2008). *Standing Committee on Disciplined Services Salaries and Conditions of Service*. p. 41.

³³ Rule 9 Searching

(3) GENERAL TREATMENT

(a) Admission and Discharge

(1) Every prisoner shall be searched on admission and at such times subsequently as the Superintendent or other officer in charge may direct, and all articles for the possession of which no authority has been given shall be taken from him.

(1A) The Medical Officer, or a Chief Officer, Principal Officer, Officer or Nurse, authorized by the Medical Officer, may, for the purpose of paragraph (1), search the rectum, nostrils, ears and any other external orifice of a prisoner. (L.N. 2 of 1974)

(2) The searching of a prisoner shall be conducted with due regard to decency and self-respect, and in as seemly a manner as is consistent with the necessity of discovering any concealed articles.

(3) No prisoner shall be stripped and searched in the sight of another prisoner unless a senior officer considers it necessary in the interests of the security of a prison or the safety of any person. (L.N. 353 of 1981)

(1ก) เจ้าหน้าที่ทางการแพทย์ หรือประธานเจ้าหน้าที่ หัวหน้าเจ้าหน้าที่ เจ้าหน้าที่ หรือพยาบาลที่ได้รับอนุญาตจากแพทย์ อาจดำเนินการตามวัตถุประสงค์ในวรรค (1) โดยการตรวจค้นทางทวารหนัก จมูก หู และช่องต่างๆภายนอกของผู้ต้องขัง

(2) การตรวจค้นผู้ต้องขังนั้นจะต้องดำเนินการ โดยคำนึงถึงความเหมาะสมและเคารพต่อผู้ต้องขังและในลักษณะที่เหมาะสมตามที่สอดคล้องกับความจำเป็นเพื่อการตรวจพบสิ่งของที่ซ่อนเร้นอยู่ในตัวผู้ต้องขัง

(3) ผู้ต้องขังจะต้องไม่ถูกถอดเสื้อผ้าและกันต่อหน้าผู้ต้องขังคนอื่นๆ เว้นแต่เจ้าหน้าที่ระดับสูงนั้นจะเห็นว่าเป็นสิ่งที่จำเป็นเพื่อประโยชน์ในการรักษาความปลอดภัยของเรือนจำและความปลอดภัยของบุคคล

Rule 10 บทบัญญัติสำหรับผู้ต้องขังหญิง³⁴

ผู้ต้องขังจะต้องถูกดำเนินการตรวจค้น โดยเจ้าหน้าที่ที่เป็นเพศเดียวกันกับผู้ต้องขังใน ส่วนอื่นๆ นั้นก็ต้องดำเนินการในการรับตัวหรือการปล่อยตัวผู้ต้องขังหญิงเช่นเดียวกับผู้ต้องขังชาย

จะเห็นได้ว่าตามกฎหมายบังคับโทษจำคุกของฮ่องกงนั้นก็ได้อำนาจให้การตรวจค้น นั้นเป็นสิ่งที่ต้องกระทำทุกครั้งที่มีการรับตัวผู้ต้องขังเข้ามายังเรือนจำ เช่นเดียวกับกฎหมาย บังคับโทษของประเทศอื่นๆ เพื่อเป็นการป้องกันไม่ให้เกิดการลักลอบนำสิ่งของต้องห้ามหรือสิ่งของ ที่จะก่อให้เกิดอันตรายต่อความมั่นคงและความปลอดภัยภายในเรือนจำ

3.3.2 การตรวจค้นตัวผู้ต้องขังแบบถอดเสื้อผ้า ถึงแม้จะมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการตรวจค้นตัว ผู้ต้องขังกำหนดหลักเกณฑ์ในการตรวจค้นตัวผู้ต้องขังไว้ใน Prison Rule (Chapter 234A, Rule 9,10) ซึ่งได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการตรวจค้นตัวผู้ต้องขังแบบถอดเสื้อผ้าไว้ด้วย โดยจะอยู่ใน Rule 9 (3) ซึ่งบัญญัติเป็นข้อห้ามไม่ให้ผู้ต้องขังนั้นถูกตรวจค้นตัวแบบถอดเสื้อผ้าต่อหน้าผู้ต้องขังคน อื่นๆ ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อไม่ให้ผู้ต้องขังเกิดความอับอาย แต่ในส่วนของเจ้าพนักงานที่จะทำการ ตรวจค้นนั้น ได้ระบุไว้ใน Rule 10 ซึ่งบัญญัติไว้เฉพาะในส่วนของผู้ต้องขังหญิง ซึ่งจะต้องถูกตรวจ ค้นโดยเจ้าพนักงานที่เป็นหญิงเท่านั้น ทั้งนี้เพื่อให้สอดคล้องกับข้อกำหนดกรุงเทพฯ (The Bangkok Rules) ข้อกำหนดที่ 19

³⁴ Rule 10 Provisions as to female prisoners

No prisoner shall be searched other than by an officer of the same sex. In other respects the same course shall be pursued in reference to the admission or discharge of a female prisoner as in the case of a male prisoner.

แต่อย่างไรก็ตามแม้ Prison Rule (Chapter 234A, Rule 9(3)) นั้นแม้จะบัญญัติข้อห้ามในการตรวจค้นผู้ต้องขังแบบถอดเสื้อผ้าต่อหน้าผู้ต้องขังคนอื่น ๆ แต่ก็ไม่ได้ให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ระดับสูงในการอนุญาตให้ทำการตรวจค้นตัวผู้ต้องขังแบบถอดเสื้อผ้าต่อหน้าผู้ต้องขังคนอื่น ๆ ถ้าหากเห็นว่ามีเหตุจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการรักษาความปลอดภัยภายในเรือนจำ ซึ่งกฎหมายดังกล่าวก็ได้กำหนดว่า “เหตุจำเป็น” นั้นได้แก่อะไรบ้าง และก็ได้กำหนดให้มีการทำบันทึกเหตุจำเป็นดังกล่าวและแสดงต่อผู้ต้องขัง ดังนั้น กฎหมายดังกล่าวจึงยังมีช่องโหว่ให้เจ้าพนักงานสามารถใช้ดุลพินิจในการตรวจค้นได้อย่างกว้างขวาง³⁵ ซึ่งหากผู้ต้องขังที่ถูกตรวจค้นตัวแบบถอดเสื้อผ้าต่อหน้าผู้ต้องขังคนอื่น ๆ นั้นเห็นว่าการที่ตนถูกตรวจค้นดังกล่าวนั้น เป็นการละเมิดสิทธิเสรีภาพโดยเจ้าพนักงาน ผู้ต้องขังก็มีสิทธิที่จะร้องเรียนไปยังหน่วยรับและสอบสวนเรื่องร้องเรียน (Complaints Investigation Unit) ซึ่งก็เป็นหน่วยงานภายในของกรมราชทัณฑ์ของฮ่องกงเอง ซึ่งการร้องเรียนดังกล่าวก็อาจทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมในการสอบสวนเรื่องร้องเรียนได้ โดยข้อเท็จจริงปรากฏว่า ในปี ค.ศ. 2006 หน่วยรับและสอบสวนเรื่องร้องเรียน ได้มีการรับแจ้งเรื่องร้องเรียนจำนวน 172 เรื่อง ซึ่งมีเรื่องที่ได้รับการสอบสวนในทันทีจำนวน 90 เรื่อง ซึ่งมีเพียง 3.3% (3 เรื่อง) เท่านั้นที่ได้รับการสอบสวนทั้งหมดหรือบางส่วน ส่วนเรื่องอื่นๆที่เหลือถูกพิจารณาว่าข้อร้องเรียนเป็นเท็จ หรือเจ้าพนักงานทำถูกต้อง หรือไม่ได้รับการพิสูจน์³⁶

ส่วนการตรวจค้นตัวผู้ต้องขังที่จำเป็นต้องตรวจค้นในช่องหรือรูทวารต่างๆ นั้น Prison Rule (Chapter 234A, Rule 9(1g)) กำหนดให้ต้องกระทำโดยเจ้าหน้าที่ทางการแพทย์ หรือประธานเจ้าหน้าที่ หัวหน้าเจ้าหน้าที่ เจ้าหน้าที่ หรือพยาบาลที่ได้รับอนุญาตจากแพทย์ เท่านั้น ซึ่งเป็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพในชีวิตและร่างกายผู้ต้องขัง เนื่องจากการตรวจค้นที่จะต้องมีการล้วงล้ำเข้าไปในร่างกายของผู้ต้องขังนั้นย่อมกระทบต่อสิทธิเสรีภาพในชีวิตและร่างกายของผู้ต้องขังโดยตรง ซึ่งหากดำเนินการโดยเจ้าหน้าที่ที่ไม่มีความเชี่ยวชาญโดยตรง เช่น เจ้าพนักงานเรือนจำทั่วไป ไปนั้นอาจก่อให้เกิดความบาดเจ็บหรือเป็นอันตรายแก่ตัวผู้ต้องขังได้ ดังนั้นกฎหมายในข้อดังกล่าวจึงถือว่าเป็นกฎหมายที่มีการคุ้มครองและให้ความสำคัญต่อสิทธิเสรีภาพของผู้ต้องขังอยู่มาก และในปัจจุบันกรมราชทัณฑ์ของฮ่องกงก็พยายามทำการศึกษาวิจัยเพื่อปรับปรุงแก้ไขกฎหมายในเรื่องดังกล่าวให้ทันสมัยและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของผู้ต้องขังในการตรวจค้นตัวผู้ต้องขัง โดยศึกษาแนวทางตามกฎหมายของประเทศออสเตรเลีย³⁷ โดยจะศึกษาในหัวข้อต่อไป

³⁵ *Degrading strip search procedures by law enforcement agencies* (p. 5), Hong Kong Human Rights Commission Society for Community Organization, 2008.

³⁶ Ibid.

³⁷ Ibid.

3.4 ออสเตรเลีย (Australia)

ประเทศออสเตรเลียเป็นประเทศที่อยู่ในเครือจักรภพอังกฤษจึงใช้กฎหมายระบบจารีตประเพณี Common Law เช่นเดียวกับอังกฤษ โดยอยู่บนพื้นฐานของหลักนิติธรรม (Rule of law) ความยุติธรรม (Justice) และความเป็นอิสระของตุลาการ (The Independence of the Judiciary) โดยทั้งประชาชนชาวออสเตรเลียและที่ไม่ใช่ประชาชนชาวออสเตรเลียนั้นก็จะได้รับการปฏิบัติที่เท่าเทียมกันตามกฎหมายที่มีอยู่เพื่อให้แน่ใจว่าประชาชนในประเทศจะไม่ได้รับการปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมหรือโดยพลการจากรัฐบาลหรือเจ้าพนักงานของรัฐ³⁸

3.4.1 การตรวจค้นตัวผู้ต้องขัง ประเทศออสเตรเลียนั้นมีกฎหมายเกี่ยวกับการบังคับโทษจำคุกและการปฏิบัติต่อผู้ต้องขังเอาไว้โดยเฉพาะโดยได้บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ (Prisons Act 1981) และข้อบังคับราชทัณฑ์ (Prisons Regulation 1982) โดยข้อบังคับราชทัณฑ์นั้นเป็นการบัญญัติขึ้นมาเพื่อขยายความหรือให้รายละเอียดเกี่ยวกับการวิธีการและข้อบังคับในการปฏิบัติต่อผู้ต้องขังตามพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ โดยในเรื่องการตรวจค้นผู้ต้องขังนั้นได้บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติราชทัณฑ์มาตรา 49 และขยายความโดยข้อบังคับราชทัณฑ์ โดยได้วางกฎระเบียบในการตรวจค้นไว้ในข้อบังคับที่ 78 ซึ่งบัญญัติว่า

ข้อบังคับที่ 78 หน้าที่ในการตรวจค้นผู้ต้องขัง³⁹

(1) ผู้ต้องขังทุกคนจะต้องถูกตรวจค้นเมื่อถูกแรกรับเข้ามาในเรือนจำและในทันทีก่อนที่จะถูกปล่อยตัวออกจากเรือนจำ และอาจถูกตรวจค้นในโอกาสอื่นๆ และในลักษณะเช่นอาจมีการพิจารณาถึงความจำเป็นโดยผู้บัญชาการเรือนจำ⁴⁰

(2) เจ้าพนักงานเรือนจำสามารถตรวจค้นผู้ต้องขังที่อยู่ในความควบคุมดูแลของตนและเมื่อผู้ต้องขังออกจากหรือเข้าสู่เรือนจำหรือมีการย้ายเรือนจำ เจ้าพนักงานเรือนจำจะต้องทำการตรวจค้นนักโทษแต่ละคน⁴¹

³⁸ Department of Foreign Affairs and Trade. (2012), *Legal system*. from <http://www.dfat.gov.au/facts/legal_system.html>

³⁹ 8. Duties as to search of prisoners

⁴⁰ (1) Each prisoner shall be searched on his admission to prison and immediately before his discharge from prison and may be searched on such other occasions and in such manner as may be considered necessary by the superintendent.

⁴¹ (2) A prison officer may search any prisoner in his charge or under his supervision and where prisoners have left or returned to a prison or have been transferred between prisons, a prison officer shall search each prisoner.

(3) ผู้ต้องขังจะต้องไม่ถูกถอดเสื้อผ้าในขณะที่ตรวจค้น เว้นแต่ ผู้บัญชาการเรือนจำ (หรือในกรณีที่ผู้บัญชาการเรือนจำไม่สามารถติดต่อกับเจ้าพนักงานหรือเจ้าพนักงานในระดับสูงกว่า) ได้รับคำร้องขอจากเจ้าพนักงานเรือนจำใดๆ ที่เกี่ยวข้องในการตรวจค้นดังกล่าว ซึ่งจะต้องจัดทำรายงานเป็นลายลักษณ์อักษรและส่งต่อไปยังผู้บัญชาการเรือนจำ⁴²

(4) การตรวจค้นผู้ต้องขังจะต้องดำเนินการโดยคำนึงถึงความเหมาะสมและเคารพในตนเองภายใต้ข้อบังคับ (5) ผู้ต้องขังจะต้องไม่ถูกถอดเสื้อผ้าและตรวจค้นต่อหน้าบุคคลที่เป็นเพศตรงข้าม และในขณะที่ทำการตรวจค้นจะต้องไม่มีผู้ต้องขังคนใดถูกเปลือยกายต่อหน้าผู้ต้องขังคนอื่นๆ⁴³

(5) ผู้บัญชาการเรือนจำอาจร้องขอให้เจ้าหน้าที่ทางการแพทย์อยู่ร่วมด้วยในการตรวจค้น⁴⁴

จากข้อบังคับข้อดังกล่าวข้างต้นนั้น จะเห็นได้ว่า ผู้ต้องขังทุกคนจะต้องถูกตรวจค้นตัวทุกครั้งที่มีการเข้าหรือออกจากเรือนจำ หรือเวลาอื่นๆตามที่ผู้บัญชาการเรือนจำเห็นสมควร เพื่อเหตุผลในการรักษาความสงบเรียบร้อยและรักษาความปลอดภัยภายในเรือนจำ ไม่ให้ผู้ต้องขังลักลอบนำสิ่งของต้องห้ามหรือสิ่งของอันตรายใดๆ เข้ามาภายในเรือนจำได้ แต่ก็ไม่ได้อนุญาตให้เจ้าพนักงานเรือนจำสามารถทำการตรวจค้นตัวผู้ต้องขังได้ตามอำเภอใจ จึงถือว่าเป็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของผู้ต้องขังตามสมควร

3.4.2 การตรวจค้นตัวผู้ต้องขังแบบถอดเสื้อผ้า จากข้อบังคับราชทัณฑ์ที่ 78 (3) และ(4) จะเห็นได้ว่า ข้อบังคับดังกล่าวได้มีการกำหนดข้อห้ามและข้อยกเว้น รวมทั้งหลักเกณฑ์ในการตรวจค้นผู้ต้องขังแบบถอดเสื้อผ้าแล้ว ในข้อบังคับที่ 81 ยังได้มีการบัญญัติถึงรายละเอียดในการตรวจค้นตัวผู้ต้องขังแบบถอดเสื้อผ้าเอาไว้อย่างละเอียดและชัดเจน ดังนี้

⁴² (3) A prisoner shall not be stripped of his clothing and searched unless the superintendent (or where the superintendent is unable to be contacted an officer of or above the rank of senior officer) has so ordered and any prison officer involved in such a search shall make a written report of the search and forward it to the superintendent.

⁴³ (4) A search of a prisoner shall be conducted with regard to decency and self-respect and, subject to subregulation (5), the prisoner shall not be stripped of his clothing and searched in the sight or the presence of a person of the opposite sex and, where practicable, no prisoner shall be stripped in the presence of another prisoner.

⁴⁴ (5) The superintendent may request the presence of a medical officer during the search of a prisoner.

ข้อบังคับที่ 81 ข้อบังคับในการตรวจค้นแบบถอดเสื้อผ้าภายใต้มาตรา 49 แห่งพระราชบัญญัติราชทัณฑ์⁴⁵

(1) เมื่อผู้บัญชาการเรือนจำมีความจำเป็นที่จะต้องตรวจค้นตัวบุคคลตามมาตรา 49 ของพระราชบัญญัติ และบุคคลจะต้องถอดเสื้อผ้าเพื่อวัตถุประสงค์ในการตรวจค้นนั้น นอกเหนือไปจากความต้องการที่กำหนดไว้ในข้อบังคับที่ 80(1) และ (3)

(ก) ผู้บัญชาการเรือนจำอาจร้องขอให้เจ้าหน้าที่ทางการแพทย์อยู่ร่วมด้วยในขณะทำการตรวจค้น

(ข) การตรวจค้นจะต้องดำเนินการต่อหน้าเจ้าหน้าที่ไม่เกิน 2 คน เว้นแต่ผู้บัญชาการเรือนจำจะมีคำสั่งเป็นอย่างอื่นเพื่อประโยชน์ในการรักษาความปลอดภัยของเรือนจำ หรือเพื่อป้องกันการต่อสู้ขัดขวางในการดำเนินการตรวจค้น⁴⁶

(2) ภายใต้บังคับมาตรา 49(4) แห่งพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ และข้อบังคับอนุ (1)(ก) การตรวจค้นภายใต้ข้อบังคับนี้จะต้องไม่ถูกดำเนินการโดยหรือต่อหน้าสายตาของบุคคลที่ไม่ได้เป็นเพศเดียวกันกับบุคคลที่ถูกตรวจค้น⁴⁷

(3) การตรวจค้นตัวบุคคลจะต้องดำเนินการอย่างรวดเร็วโดยคำนึงถึงความเหมาะสมและเคารพตนเองและเป็นไปตามกฎระเบียบที่เกี่ยวข้อง⁴⁸

(4) ผู้บัญชาการเรือนจำอาจจัดบันทึกการตรวจค้นตัวบุคคลในทุกๆ ครั้งตามมาตรา 49 แห่งพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ที่บุคคลใดจะต้องทำการถอดเสื้อผ้าและในการจัดบันทึกต้องประกอบด้วย

⁴⁵ 81. Regulation of strip searches under section 49

⁴⁶ (1) Where the superintendent requires a search of a person pursuant to section 49 of the Act and that person is required to remove any clothing for the purposes of the search then, in addition to the requirements set down in regulation 80(1) and (3) —

(a) the superintendent may request the presence of a medical officer during the search;

(b) the search shall be conducted in the presence of not more than 2 officers unless the superintendent orders otherwise in the interests of security of the prison or to overcome actual resistance offered to the search.

⁴⁷ (2) Subject to section 49(4) of the Act and to subregulation (1)(a), a search under this regulation shall not be conducted by or in the presence or within the sight of any person who is not of the same sex as the person being searched.

⁴⁸ (3) A search of a person shall be conducted expeditiously, with regard to decency and self-respect and in accordance with any relevant rules or standing orders.

- (ก) ชื่อและที่อยู่ของผู้ถูกตรวจค้น
- (ข) ข้อมูลประจำตัวของผู้ต้องขังซึ่งได้รับการเยี่ยมญาติหรือต้องการจะเยี่ยมญาติ
- (ค) ลักษณะของการตรวจค้น
- (ง) รายละเอียดเกี่ยวกับทรัพย์สินที่ยึด และ
- (จ) รายละเอียดอื่นๆที่เกี่ยวข้อง⁴⁹

(5) ในกรณีที่ยึดสิ่งของได้หลังจากที่ทำการตรวจค้นภายใต้ข้อบังคับนี้ เจ้าพนักงานผู้มีอำนาจต้องแจ้งให้ผู้บัญชาการเรือนจำที่จะกำหนดทิศทางตามมาตรา 49(5) แห่งพระราชบัญญัติราชทัณฑ์⁵⁰

(6) ข้อบังคับดังกล่าวนี้นำมาบังคับใช้ในกรณีของการตรวจค้นที่บุคคลผู้ถูกตรวจค้นจะต้องถอดเสื้อผ้าและถูกตรวจค้นด้วยสายตาและด้วยมือในกรณีของการตรวจสอบช่องต่างๆ ในร่างกาย⁵¹

จากข้อกำหนดดังกล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่ากฎหมายของประเทศออสเตรเลียนั้นได้มีการบัญญัติกฎหมายขึ้นเพื่อคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องขัง โดยมีการจำกัดอำนาจของเจ้าหน้าที่ราชทัณฑ์ในการตรวจค้นตัวผู้ต้องขัง โดยเฉพาะอย่างยิ่งการตรวจค้นแบบถอดเสื้อตัวนั้น โดยหลักแล้วถือเป็นข้อห้ามมิให้กระทำ แต่อาจกระทำได้ต่อเมื่อทำตามหลักเกณฑ์ในข้อยกเว้นตามที่กฎหมายบัญญัติเท่านั้น อีกทั้งยังมีข้อห้ามไม่ให้ทำการตรวจค้นตัวผู้ต้องขังแบบถอดเสื้อตัวต่อหน้าบุคคลที่เป็นไม่ใช่เพศเดียวกันกับผู้ต้องขังที่ถูกตรวจค้น และห้ามไม่ให้ทำการตรวจค้นแบบถอดเสื้อตัวต่อหน้าผู้ต้องขังคนอื่น เพื่อป้องกันความอับอายทางเพศของผู้ต้องขัง

⁴⁹ (4) The superintendent shall keep or cause to be kept a record of every search of a person pursuant to section 49 of the Act where the person is required to remove any clothing and the record shall include —

- (a) the name and address of the person;
- (b) the identity of the prisoner that the person was visiting, or intended to visit;
- (c) the nature of the search;
- (d) a description of any article seized; and
- (e) any other relevant details.

⁵⁰ (5) Where any article is seized after a search under this regulation, the superintendent shall as soon as practicable notify the chief executive officer who shall make a direction under section 49(5) of the Act.

⁵¹ (6) This regulation applies in the case of a search where a person is required to undress and be searched visually and by hand and in the case of an examination of body orifices.

ประเทศออสเตรเลียมีกฎหมายยอมรับสถานะผู้แปลงเพศในแต่ละมลรัฐ โดยการดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางอาญาจะได้รับการปฏิบัติตามเพศใหม่ที่ได้มา จะไม่มีการเลือกปฏิบัติ นอกจากนี้บุคคลที่มีพฤติกรรมหรือมีลักษณะที่แสดงออกมาเป็นอีกเพศหนึ่ง ต้องปฏิบัติต่อผู้นั้นตามเพศที่แสดงออกมา (to discriminate against a people because that person was thought to be of particular sexuality regardless of whether that was the case or not) ซึ่งปัญหาดังกล่าวศาลสูงมลรัฐนิวเซาท์เวลส์ได้พิพากษาว่าเฉพาะผู้ที่ผ่าตัดแปลงเพศแล้วจึงจะถือว่ามีเพศใหม่ ส่วนผู้ที่มีเพียงลักษณะและพฤติกรรมที่แสดงออกมาตรงกันข้ามกับเพศของตนคงได้รับการปฏิบัติตามเพศเดิม ส่วนการจำคุก ผู้ที่ผ่าตัดแปลงเพศแล้วจะต้องถูกจำคุกในเพศใหม่ ส่วนผู้ที่ยังไม่ได้ผ่าตัดแปลงเพศจะถูกจำคุกแยกต่างหากจากนักโทษทั่วไป⁵² ดังนั้น ในการตรวจค้นตัวผู้ต้องขังแปลงเพศนั้นจะต้องกระทำโดยเจ้าพนักงานที่เป็นเพศเดียวกับเพศที่ใหม่ที่ผู้ต้องขังแสดงออก

⁵² สถานะทางกฎหมายของผู้แปลงเพศ (น. 83), โดย วัชรินทร์ สังข์แก้ว, 2547, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์