

# TỘI ĐƯA HỐI LỘ THEO CÔNG ƯỚC CHỐNG THAM NHŨNG VÀ QUY ĐỊNH CỦA BỘ LUẬT HÌNH SỰ VIỆT NAM

TRẦN THỊ NGỌC KIM\*

*Bộ luật hình sự năm 2015, sửa đổi, bổ sung năm 2017 (gọi tắt là BLHS năm 2015) ra đời đã thể hiện được nhiều yêu cầu về nội luật hóa Công ước của Liên hợp quốc về chống tham nhũng (gọi tắt là Công ước UNCAC) đối với tội phạm tham nhũng. Tuy nhiên, các quy định trong BLHS năm 2015 về tội đưa hối lộ (Điều 364) chỉ mới tương thích được một phần các yêu cầu hình sự hóa tội phạm tham nhũng theo Công ước UNCAC. Do đó, việc tiếp tục nghiên cứu nhằm hoàn thiện các quy định của BLHS năm 2015 về tội phạm này trên cơ sở yêu cầu của Công ước UNCAC là yêu cầu cần thiết.*

*Từ khóa: Tội đưa hối lộ, Công ước UNCAC, BLHS năm 2015, chống tham nhũng.*

*Ngày nhận bài: 01/3/2021; Biên tập xong: 30/3/2021; Duyệt đăng: 09/4/2021*

The 2015 Penal Code, amended and supplemented in 2017 has internalized many regulations of the United Nations Convention against Corruption (UNCAC). However, its provisions on bribery on Article 364 are only partially compatible with the requirements of criminalizing corruption crimes under the UNCAC. Therefore, based on the requirements of the UNCAC, it is necessary to continue perfecting the 2015 Penal Code's provisions on this crime.

**Keywords:** Crime on bribery, UNCAC, the 2015 Penal Code, corruption prevention.

## 1. Vấn đề hình sự hoá hành vi đưa hối lộ theo UNCAC

### 1.1. Những yêu cầu có tính chất bắt buộc

Công ước UNCAC đặt ra cho các quốc gia thành viên nghĩa vụ hình sự hóa các hành vi hối lộ gồm hối lộ công chức quốc gia, hối lộ công chức nước ngoài hoặc công chức của tổ chức quốc tế công, hối lộ trong khu vực tư. Trong đó, hành vi đưa hối lộ trong Công ước gồm Hối lộ công chức quốc gia (Điều 15), Hối lộ công chức nước ngoài và công chức tổ chức quốc tế công (Điều 16).

- *Yêu cầu về chủ thể:* Người đưa hối lộ trong quan hệ hối lộ theo quy định của Công ước UNCAC có thể là bất kỳ cá nhân, tổ chức nào muốn trục lợi từ hành vi của người nhận hối lộ. Công ước xác định đó có thể là bất kỳ người nào đã có hành vi hứa hẹn chào mời cho một lợi ích không chính đáng đối với người nhận hối

lộ không phụ thuộc vào địa vị pháp lý của họ. Công ước còn quy định pháp nhân cũng có thể là chủ thể của tội phạm hối lộ. Nếu người phạm tội đưa hoặc nhận hối lộ hành động vì lợi ích của pháp nhân và nhân danh pháp nhân, trách nhiệm hình sự của pháp nhân sẽ được đặt ra đối với pháp nhân đó. Đó chính là người đứng đầu của tổ chức đại diện cho pháp nhân hoặc có quyền quyết định nhân danh pháp nhân hoặc quyền kiểm soát các hoạt động trong pháp nhân.

- *Yêu cầu về tội phạm hóa hành vi đưa hối lộ*

Theo quy định tại Điều 15, các quốc gia thành viên phải xác định hành vi vi phạm hình sự sau đây: Hối lộ chủ động, được định nghĩa là lời hứa, đề nghị hoặc đưa đến cho một công chức quốc gia một mối lợi không chính đáng để hành động

\* *Thạc sĩ, Phó trưởng khoa Luật, Trường Đại học Đà Lạt*

hoặc không hành động trong các vấn đề liên quan đến công vụ. Pháp luật bắt buộc phải thực hiện quy định này<sup>1</sup>. Về hành vi đưa hối lộ (hối lộ chủ động), đây là hành vi hứa đưa hối lộ, đưa ra lời mời hối lộ hoặc đưa của hối lộ. Hành vi hứa đưa hối lộ là hành vi người phạm tội đưa ra lời cam kết sẽ trao của hối lộ sau hoặc trường hợp có một thỏa thuận giữa người đưa hối lộ và người nhận hối lộ rằng người đưa hối lộ sẽ trao của hối lộ sau. Đưa ra lời mời hối lộ bao gồm những trường hợp mà trong đó, người đưa hối lộ thể hiện sẵn sàng đưa của hối lộ vào bất kỳ thời điểm nào. Đưa của hối lộ bao gồm trường hợp người đưa hối lộ thực hiện hành vi trao của hối lộ cho người nhận hối lộ với sự thỏa thuận trước hoặc không. Theo quy định của Công ước, hành vi đưa hối lộ hoàn thành khi người có chức vụ quyền hạn nhận thức được sự tồn tại của lời hứa đưa hối lộ hoặc lời hối lộ hoặc của hối lộ đã được chuyển tới người này bất kể người này có chấp nhận lời mời hoặc của hối lộ đó hay không. Vì hành vi bao gồm các trường hợp chỉ đưa hối lộ, nghĩa là, bao gồm cả các trường hợp không được chấp nhận và do đó không thể ảnh hưởng đến hành vi, nên mối liên hệ phải là bị cáo không chỉ có ý định đưa hối lộ mà còn ảnh hưởng đến hành vi của người nhận, bất kể điều này có thực sự diễn ra hay không<sup>2</sup>. Công ước không đòi hỏi hành vi nhận hối lộ và đưa hối lộ không cần có sự thỏa thuận trước của người nhận hối lộ và người đưa hối lộ.

Đối với hành vi hối lộ công chức nước ngoài hoặc công chức của tổ chức quốc tế công, theo quy định tại đoạn 1 Điều 16 của Công ước, các quốc gia thành viên phải xem xét một hành vi là tội phạm khi hành vi đó được thực hiện một cách cố ý,

<sup>1</sup> United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC), *Legislative guide for the implementation of the United Nations Convention against corruption*, United Nations, New York, 2006, đoạn 183 trang 62.

<sup>2</sup> UNODC, tldd, 2006, đoạn 193 trang 64.

là lời hứa hẹn, đề nghị, đưa ra một mối lợi không chính đáng cho công chức nước ngoài hoặc công chức của tổ chức quốc tế công một cách trực tiếp hoặc gián tiếp cho chính bản thân công chức đó hoặc cho người khác, tổ chức khác để công chức đó hành động hoặc không hành động trong phạm vi công vụ của họ nhằm duy trì hoạt động hoặc mối lợi không chính đáng liên quan đến việc tiến hành hoạt động quốc tế<sup>3</sup>. Theo hướng dẫn lập pháp Công ước của UNODC, tội phạm này tương tự với hành vi đưa hối lộ (hối lộ chủ động) ở Điều 15 Công ước UNCAC. Điểm khác nhau là ở điều luật này, hành vi đưa hối lộ là đưa cho công chức nước ngoài hay công chức của tổ chức quốc tế công, thay vì là công chức quốc gia. Mối lợi không chính đáng hoặc hối lộ phải liên quan đến hoạt động kinh doanh quốc tế, bao gồm cả việc cung cấp viện trợ quốc tế. Nếu không, tất cả các yếu tố bắt buộc của hành vi phạm tội (hứa hẹn, cung cấp hoặc cho), bản chất của mối lợi không chính đáng và yếu tố khách quan hoặc chủ quan bắt buộc vẫn giống như mô tả ở trên<sup>4</sup>. Công ước UNCAC không quy định về hậu quả của hành vi đưa hối lộ, chỉ cần thực hiện hành vi đưa hối lộ là đủ yếu tố cấu thành hành vi đưa hối lộ. Của hối lộ được xác định ở đây có thể là lợi ích vật chất hoặc lợi ích phi vật chất và cũng không cần phải xác định giá trị của hối lộ. Việc xác định giá trị của hối lộ là bao nhiêu để có thể cấu thành tội phạm tùy thuộc vào luật pháp quốc gia thành viên.

- *Yêu cầu về lỗi*: Hành vi hối lộ theo quy định của Công ước UNCAC được thực hiện bởi lỗi cố ý. Như vậy, người đưa hối lộ nhận thức rõ hành vi của mình là phạm tội, mong muốn thực hiện hành vi phạm tội của mình đến cùng. Trong trường hợp vì vô ý mà đưa hối lộ thì không đủ yếu tố cấu thành tội phạm tội hối lộ theo

<sup>3</sup> UNODC, tldd, 2006, đoạn 205 trang 66.

<sup>4</sup> UNODC, tldd, 2006, đoạn 208, trang 67.

quy định của Công ước UNCAC. Người phạm tội phải nhận thức được rằng họ đang tự mình hoặc thông qua người khác thực hiện tội phạm về hối lộ, họ phải thấy trước điều đó, hành động một cách có chủ ý, người phạm tội phải mong muốn và quyết định thực hiện tội phạm đến cùng. Ngoài ra, Công ước cũng quy định lỗi cố ý đối với tất cả các yếu tố khách quan của tội phạm. Điều đó có nghĩa là người phạm tội không chỉ mong muốn thực hiện hành vi đưa và nhận hối lộ mà còn mong muốn hành vi làm hoặc không làm một việc của người nhận hối lộ xảy ra để đem lại lợi ích cho người đưa hối lộ.

### 1.2. Những yêu cầu mang tính tùy nghi

- *Yêu cầu về tội phạm hóa hành vi hối lộ* (Điều 16(2), Điều 21 Công ước UNCAC)

Công ước UNCAC quy định tội phạm hóa đối với hành vi nhận hối lộ của công chức nước ngoài và công chức của tổ chức quốc tế công, cũng như hành vi đưa hối lộ cho công chức nước ngoài và công chức của tổ chức quốc tế công là yêu cầu tùy nghi. Các quốc gia thành viên cần nhắc tội phạm hóa yêu cầu này trên cơ sở phù hợp với luật pháp của quốc gia mình.

Đối với Tội hối lộ trong khu vực tư, các quốc gia thành viên phải cần nhắc hành vi sau là tội phạm: Hứa hẹn, chào mời hay mang đến một lợi ích không chính đáng một cách trực tiếp hay gián tiếp cho người điều hành hay làm việc cho tổ chức thuộc khu vực tư vì lợi ích của chính người đó hay của người hoặc tổ chức khác, để người đó vi phạm nhiệm vụ của mình bằng cách làm hoặc không làm một việc gì (đoạn (a) Điều 21 Công ước UNCAC)<sup>5</sup>.

- *Yêu cầu về chủ thể*: Người thực hiện hành vi hối lộ chủ động là bất kỳ ai. Công ước UNCAC cũng như hướng dẫn lập pháp của Công ước không giải thích thế nào là khu vực tư. Vậy khu vực tư có thể hiểu là khu vực tư nhân, trong tiếng Anh

là “Private Sector”. *Khu vực tư nhân* là một phần của nền kinh tế được điều hành bởi các cá nhân và doanh nghiệp hoạt động vì mục tiêu lợi nhuận, không do Nhà nước kiểm soát. Do đó, khu vực tư nhân bao gồm tất cả các doanh nghiệp hoạt động vì mục tiêu lợi nhuận, không thuộc quyền sở hữu hoặc điều hành của Chính phủ<sup>6</sup>.

- *Yêu cầu về tội phạm hóa hành vi đưa hối lộ trong khu vực tư*: Các yếu tố bắt buộc của hành vi này là hứa hẹn, đề nghị hoặc đưa vật nào đó cho một người điều hành hoặc làm việc cho một tổ chức thuộc khu vực tư. Hành vi phạm tội phải bao gồm cả các trường hợp mà vật dùng để hối lộ không chỉ là một món quà hoặc một vật hữu hình nào đó được đưa ra. Vì vậy, một mối lợi không chính đáng có thể là vật hữu hình hoặc vô hình, cho dù là vật chất hay phi vật chất<sup>7</sup>. Mối lợi không chính đáng này không nhất thiết phải được trao ngay lập tức hoặc trực tiếp cho một người điều hành hoặc làm việc cho một tổ chức thuộc khu vực tư nhân. Nó có thể được hứa hẹn, đề nghị và đưa ra một cách trực tiếp hoặc gián tiếp. Một món quà, sự nhượng bộ hoặc lợi ích khác cũng có thể được đưa cho một số người khác như người thân hoặc một tổ chức chính trị. Luật của một số quốc gia có thể bao hàm cả lời hứa và lời đề nghị theo các điều khoản liên quan đến việc cố gắng thực hiện hành vi hối lộ. Trong trường hợp không phải như vậy, cần xác định cụ thể việc hứa hẹn (ngụ ý thỏa thuận giữa người đưa hối lộ và người nhận hối lộ) và đề nghị (không ngụ ý thỏa thuận của người nhận hối lộ). Mối lợi không chính đáng hoặc hối lộ phải liên quan đến nhiệm vụ của người đó<sup>8</sup>. Trong trường hợp người điều hành hoặc làm việc cho một tổ chức trong khu vực tư

<sup>6</sup> Jim Chappelow, *What is the Private Sector?* Truy cập tại <https://www.investopedia.com/terms/p/private-sector.asp> vào lúc 22h00 ngày 21/8/2020.

<sup>7</sup> UNODC, tldd, 2006, đoạn 301, trang 85.

<sup>8</sup> UNODC, tldd, 2006, đoạn 302, trang 85.

không nhận hoặc không chấp nhận hối lộ thì hành vi đưa hối lộ cũng vẫn bị coi là tội phạm<sup>9</sup>.

- *Yêu cầu về lỗi*: Hành vi đưa hối lộ được thực hiện với lỗi cố ý. Mục đích của người nhận hối lộ là đòi hỏi hoặc chấp nhận mỗi lợi ích không chính đáng vì phạm nghĩa vụ của họ, trong quá trình hoạt động kinh tế, tài chính hoặc thương mại<sup>10</sup>.

### 2. Những tương đồng và khác biệt về tội đưa hối lộ theo Bộ luật hình sự Việt Nam với quy định của UNCAC

#### 2.1. Về điểm tương đồng

##### \* Đối với yêu cầu bắt buộc

Quy định của BLHS Việt Nam về tội đưa hối lộ cũng đã được nội luật hóa khá đầy đủ theo yêu cầu của Công ước UNCAC (Điều 15, 16(1)).

*Về dấu hiệu chủ thể của tội phạm*: Công ước UNCAC cũng không quy định cụ thể chủ thể phải có dấu hiệu đặc biệt gì, như vậy có thể hiểu là bất kỳ ai cũng có thể trở thành chủ thể của tội phạm đưa hối lộ. Tại khoản 1 Điều 364 của BLHS Việt Nam cũng quy định chủ thể của tội đưa hối lộ là chủ thể thường, nghĩa là bất kỳ ai có năng lực trách nhiệm hình sự và đạt độ tuổi theo luật định. Đây được coi là điểm tương đồng giữa BLHS nước ta và Công ước UNCAC về chủ thể của tội đưa hối lộ.

*Về dấu hiệu hành vi của tội đưa hối lộ*: Điều 15(a) của Công ước UNCAC đã được nội luật hóa thành Điều 364 BLHS năm 2015. Cụ thể, hành vi hứa đưa hối lộ, chào mời hối lộ hay cho của hối lộ, trực tiếp hay gián tiếp theo quy định của Công ước UNCAC cũng được quy định tại khoản 1 là “ở dạng trực tiếp hay qua trung gian đã đưa hoặc sẽ đưa...”. Hành vi đưa hối lộ cho công chức nước ngoài hoặc công chức của tổ chức quốc tế công tại Điều 16(1) Công ước UNCAC quy định tại khoản 6: Hành

vi đã đưa hối lộ nghĩa là hành vi đã đưa một lợi ích không chính đáng (lợi ích vật chất có giá trị từ 02 triệu đồng trở lên hoặc lợi ích phi vật chất) cho người có chức vụ, quyền hạn hoặc người khác hoặc tổ chức khác để người có chức vụ, quyền hạn làm hoặc không làm một việc vì lợi ích hoặc theo yêu cầu của người đưa hối lộ.

Hình thức đã đưa hối lộ không quan trọng, có thể đưa trực tiếp hoặc đưa qua trung gian, có thể thể hiện ở quà tặng, quà biếu, hoặc các lợi ích phi vật chất khác. Tuy nhiên, việc quy định “đã đưa” vô hình chung đã bỏ qua yếu tố “đang đưa” hối lộ, ví dụ: Hai bên người nhận hối lộ và người đưa hối lộ đang trao và nhận của hối lộ thì hành vi trên có bị xem là tội đưa hối lộ hay chưa? Trên thực tế, hành vi này vẫn bị coi là đủ yếu tố cấu thành tội đưa hối lộ vì đã có nhiều vụ án xảy ra, việc bắt quả tang hành vi đưa và nhận hối lộ vẫn bị xử lý là tội phạm đã hoàn thành. Như vậy, quy định hành vi đưa hối lộ là “đã đưa” liệu có phù hợp? Ngay trong khoản 6 Điều 364 BLHS năm 2015 quy định về hành vi đưa hối lộ cho công chức nước ngoài và công chức của tổ chức quốc tế công thì hành vi khách quan lại là hành vi “đưa hoặc sẽ đưa hối lộ”, trong khi đó trong cấu thành cơ bản tại khoản 1 Điều 364 BLHS năm 2015 lại quy định là “đã đưa hoặc sẽ đưa”. Do đó, hai quy định này rõ ràng đã thể hiện sự không hợp lý trong điều luật.

Hành vi “sẽ đưa” hối lộ cũng được xem là thỏa thuận giữa người nhận hối lộ và người đưa hối lộ về việc sẽ đưa một lợi ích không chính đáng. Tương tự như hành vi “sẽ nhận” hối lộ, tác giả cho rằng “sẽ đưa” hối lộ là hành động xảy ra trong tương lai và là kết quả của hành vi cụ thể đã thực hiện (thỏa thuận, hứa hẹn). Nó là dấu hiệu phản ánh ý thức chủ quan của người đưa. Theo quy định của Công ước UNCAC, hành vi đưa hối lộ là “hứa hẹn, đề nghị hay mang đến” chứ không quy

<sup>9</sup> UNODC, tldđ, 2006, đoạn 303, trang 86.

<sup>10</sup> UNODC, tldđ, 2006, đoạn 305, trang 86.

định là “sẽ đưa”. Vì vậy, cần có sự thay đổi trong sử dụng cụm từ “sẽ đưa” hối lộ cho phù hợp, có thể thay bằng “hứa hẹn đưa” hay “thỏa thuận đưa”. Vậy tội phạm sẽ được coi là hoàn thành trong trường hợp này là tại thời điểm nào? Đó chính là thời điểm người nhận hối lộ và người đưa hối lộ đạt được sự thỏa thuận sẽ đưa hối lộ, không nhất thiết phải sau khi người nhận hối lộ làm hoặc không làm một việc vì lợi ích hoặc theo yêu cầu của người đưa hối lộ.

Mặt khác, trong tội nhận hối lộ thì chủ thể của tội nhận hối lộ là cá nhân nhưng trong tội đưa hối lộ thì việc đưa hối lộ là cá nhân hoặc pháp nhân. Liệu quy định này của BLHS về tội đưa hối lộ có mâu thuẫn với tội nhận hối lộ? Bên cạnh đó, khi quy định hành vi đã đưa hoặc sẽ đưa hối lộ cho “người có chức vụ, quyền hạn hoặc người khác hoặc tổ chức khác”, nhưng khi quy định để chủ thể đó làm hoặc không làm một việc vì lợi ích hoặc theo yêu cầu của người đưa hối lộ thì chỉ quy định là “người có chức vụ, quyền hạn”, vậy còn “người khác hoặc tổ chức khác” trong việc nhận hối lộ này như thế nào, họ làm hoặc không làm một việc vì lợi ích hoặc theo yêu cầu của người đưa hối lộ thì người đưa hối lộ đã đưa hoặc sẽ đưa hối lộ cho họ nhằm mục đích gì? Quy định này đã bộc lộ điểm mâu thuẫn ngay trong điều luật.

Về vấn đề lợi ích vật chất có giá trị từ 02 triệu đồng trở lên hoặc lợi ích phi vật chất. Trong thực tiễn, người đưa hối lộ làm tương người nhận hối lộ là người có chức vụ, quyền hạn mà đưa hối lộ, ví dụ như bị lừa dối mà đưa hối lộ nhưng người này không có khả năng làm hoặc không làm một việc vì lợi ích hoặc theo yêu cầu của người đưa hối lộ thì hành vi này có bị coi là phạm tội đưa hối lộ hay không? Hành vi này vẫn cấu thành tội

đưa hối lộ đã hoàn thành<sup>11</sup>. Bởi lẽ, theo quy định của BLHS năm 2015, hành vi đưa hối lộ và nhận hối lộ là hai tội phạm độc lập, không nhất thiết phải có hành vi nhận hối lộ mới có hành vi đưa hối lộ. Khi đưa một lợi ích không chính đáng thì người đưa hối lộ nghĩ rằng người nhận hối lộ có khả năng làm hoặc không làm một việc vì lợi ích hoặc theo yêu cầu của mình, chính vì thế hành vi đưa hối lộ trong trường hợp này đã đủ yếu tố cấu thành tội đưa hối lộ. Ngoài ra, việc đưa hối lộ trong trường hợp “tặng quà tạ ơn” không bị coi là phạm tội đưa hối lộ, giữa người tặng quà và người nhận quà không có sự thỏa thuận cũng như không gắn với chức vụ quyền hạn của người nhận. Người nhận quà trong trường hợp này không lợi dụng chức vụ, quyền hạn của mình để làm hoặc không làm một việc theo yêu cầu hoặc vì lợi ích của người tặng quà, ở đây không có sự hứa hẹn sẽ trả ơn hay bất kỳ điều gì.

Điều này cũng phù hợp với Luật hình sự của một số quốc gia, ví dụ như Hoa Kỳ có quy định đưa hối lộ là hành vi trực tiếp hoặc gián tiếp đưa, đề xuất đưa hay hứa hẹn đưa bất kỳ lợi ích vật chất nào cho viên chức nhà nước hoặc người được bầu là đưa bất kỳ lợi ích vật chất nào cho viên chức, cá nhân hay tổ chức khác<sup>12</sup>. Chính vì quy định đưa hối lộ là phải có sự thỏa thuận nên Luật hình sự Hoa Kỳ cũng cho thấy nếu đó là tặng quà hoặc hối lộ tạ ơn sẽ không coi là phạm tội đưa hối lộ. Tội phạm hoàn thành khi người đưa hối lộ đưa yêu cầu và người nhận chấp nhận yêu cầu đó của người đưa hối lộ. Tuy nhiên, rất khó xác định thế nào là “sẽ đưa” hối lộ vì thực tế hành vi này chưa xảy ra. Điều này có thể bị nhầm lẫn là thuộc trường hợp “hối lộ tạ ơn”, từ đó dẫn đến việc bỏ lọt tội phạm.

<sup>11</sup> Trịnh Tiến Việt, *Tội đưa hối lộ trong Bộ luật hình sự năm 1999*, Tạp chí Kiểm sát, số 22 (11-2006), trang 45.

<sup>12</sup> Điều 201(1(b)), Bộ luật hình sự Hoa Kỳ.

Về khái niệm “mối lợi không chính đáng” của hành vi tham nhũng được đề cập trong Công ước UNCAC là phù hợp với quy định của BLHS 2015. “Mối lợi không chính đáng” trong Công ước UNCAC được hiểu là lợi ích vật chất (tài sản, các lợi ích vật chất khác) và lợi ích phi vật chất (được khen, phong tặng các danh hiệu cao quý, thăng chức, cho quan hệ tình dục...), động sản hay bất động sản, hữu hình hay vô hình, và các văn bản pháp lý hay giấy tờ chứng minh quyền sở hữu hoặc lợi ích đối với tài sản đó<sup>13</sup>. Trong khi đó, BLHS năm 2015 cũng quy định đối tượng của hành vi tham nhũng bao gồm tiền, tài sản<sup>14</sup> hoặc lợi ích vật chất khác và lợi ích phi vật chất. Như vậy, theo quy định của BLHS năm 2015, lợi ích không chính đáng cũng bao gồm cả lợi ích vật chất và lợi ích phi vật chất.

Về quy định người được hưởng lợi ích khi thực hiện các hành vi liên quan đến tham nhũng, theo Công ước UNCAC có thể là công chức nhà nước hoặc là một cá nhân, tổ chức khác. Trong khi đó, BLHS năm 2015 cũng quy định người được hưởng lợi trong các tội phạm về tham nhũng là người có chức vụ quyền hạn, người khác hoặc tổ chức khác. Về người được hưởng lợi ích khi thực hiện các hành vi liên quan đến tham nhũng, Công ước quy định đó có thể là chính bản thân công chức nhà nước hoặc là một cá nhân, tổ chức khác; và BLHS năm 2015 quy định người được hưởng lợi là người có chức vụ quyền hạn hoặc người khác hoặc tổ chức khác. Như vậy, hai quy định này cơ bản đã đáp ứng được yêu cầu của Công ước.

### *\* Đối với yêu cầu mang tính tùy nghi*

Hành vi đưa hối lộ trong khu vực tư quy định tại Điều 21 Công ước UNCAC đã được tội phạm hóa tại khoản 6 Điều 364 BLHS năm 2015.

*Về dấu hiệu chủ thể:* Người thực hiện hành vi hối lộ chủ động (đưa hối lộ) là bất kỳ ai. Quy định này đã được tội phạm hóa tại khoản 6 Điều 364 BLHS năm 2015; theo đó, chủ thể thực hiện hành vi này là chủ thể thường, bất kỳ ai. Quy định này được coi là phù hợp với quy định tại Điều 21(a) Công ước UNCAC.

*Về dấu hiệu hành vi:* Hối lộ chủ động (đưa hối lộ), theo quy định tại Điều 21(a), các yếu tố bắt buộc của hành vi phạm tội này là hứa hẹn hoặc đưa một lợi ích không chính đáng, trực tiếp hay gián tiếp cho một người điều hành hoặc làm việc cho một tổ chức thuộc khu vực tư. Trong khi đó, quy định về hành vi đưa hối lộ của BLHS năm 2015 là hành vi đã đưa hoặc sẽ đưa hối lộ trực tiếp hay qua trung gian. Lợi ích không chính đáng theo quy định của Công ước UNCAC là lợi ích vật chất hoặc lợi ích phi vật chất, được coi là phù hợp với quy định của BLHS năm 2015 về của hối lộ có thể là tài sản (có giá trị 02 triệu đồng trở lên) hoặc lợi ích phi vật chất.

## 2.2. Những điểm khác biệt

### *\* Đối với yêu cầu bắt buộc*

*Về tính chất của hành vi đưa hối lộ:* Hành vi đưa hối lộ, theo quy định tại Điều 15(a) và 16(1) của Công ước UNCAC bao gồm hành vi hứa hẹn, chào mời hay cho. Trong khi đó, quy định tại Điều 364 BLHS Việt Nam về hành vi đưa hối lộ gồm hành vi đã đưa hoặc sẽ đưa. Quy định này của BLHS năm 2015 được coi là mới hình sự hóa được hành vi đưa hối lộ ở dạng hứa hẹn, cho theo quy định của Công ước UNCAC, còn hành vi chào mời hối lộ, tức là hành vi đưa hối lộ hoàn thành khi người có chức vụ, quyền hạn nhận thức được sự tồn tại của sự chào mời đưa hối lộ hoặc lời hối lộ hoặc của hối lộ đã được chuyển tới người này, bất kể người này có chấp nhận lời mời hoặc của hối lộ đó hay không. Hành vi đã đưa hoặc sẽ đưa trong tội đưa hối lộ tại Điều 364 BLHS Việt Nam

<sup>13</sup> Điều 2(d) Công ước UNCAC

<sup>14</sup> Điều 105 Bộ luật dân sự năm 2015

là phải đạt được sự thỏa thuận giữa người đưa hối lộ và nhận hối lộ bất kể đã nhận được của hối lộ hay chưa. Như vậy, về bản chất, hành vi đưa hối lộ theo quy định tại Công ước UNCAC chưa được hình sự hóa đầy đủ trong BLHS Việt Nam. Hành vi tại Điều 15 và 16(1) Công ước UNCAC đã được tội phạm hóa tại Điều 353 và 364 BLHS Việt Nam. Về hành vi đưa hối lộ, gồm các hành vi hứa hẹn, chào mời hay cho một lợi ích không chính đáng (Điều 15(a), 16(1)), hành vi hứa hẹn và cho một lợi ích không chính đáng đã được tội phạm hóa tại Điều 364 BLHS Việt Nam, hành vi chào mời hối lộ chưa được tội phạm hóa. Chào mời hối lộ được coi như một gợi ý, đề nghị của người đưa hối lộ, điều này không cần biết người nhận hối lộ có nhận được lời chào mời hối lộ hay không vì đây là một tội phạm độc lập với tội nhận hối lộ, kể cả trong trường hợp không có hành vi nhận hối lộ thì hành vi đưa hối lộ cũng cấu thành tội phạm. Như vậy, chào mời hối lộ là hành vi đơn phương của người đưa hối lộ.

*\* Các yêu cầu mang tính tùy nghi*

Đối với hành vi đưa hối lộ trong khu vực tư, quy định tại khoản 6 Điều 364 BLHS Việt Nam gồm hành vi đưa hoặc sẽ đưa hối lộ cho công chức nước ngoài hoặc công chức của tổ chức quốc tế công nhưng hành vi tại Điều 21(a) Công ước UNCAC rộng hơn, bao gồm các hành vi hứa hẹn, chào mời hoặc cho một lợi ích không chính đáng cho công chức nước ngoài hoặc công chức của tổ chức quốc tế công. Như vậy, hành vi chào mời đưa hối lộ chưa được hình sự hóa trong BLHS Việt Nam. Hành vi chào mời đưa hối lộ bị coi là tội phạm cả khi không có sự thỏa thuận, đồng ý của người nhận hối lộ theo quy định của Điều 21(a) Công ước UNCAC. Trong khi đó, hành vi đưa hoặc sẽ đưa hối lộ tại khoản 6 Điều 364 BLHS Việt Nam là hành vi cần sự thỏa thuận hay chấp nhận lời mời hối lộ của người nhận hối lộ.

### 3. Một số kiến nghị hoàn thiện quy định về tội đưa hối lộ theo yêu cầu của UNCAC

#### 3.1. Đối với những yêu cầu bắt buộc

Hành vi hứa hẹn và cho một lợi ích không chính đáng theo quy định của Công ước UNCAC đã được tội phạm hóa tương ứng với hành vi sẽ đưa hoặc đã đưa tại Điều 364 BLHS Việt Nam, hành vi chào mời hối lộ chưa được tội phạm hóa. Đưa hối lộ và nhận hối lộ là hai tấm gương phản chiếu với nhau, vì vậy khi xây dựng tội đưa hối lộ ngoài đáp ứng yêu cầu của Công ước TOC (Công ước chống tội phạm có tổ chức xuyên quốc gia) và Công ước UNCAC, cần phải có những quy định phù hợp với quy định về tội đưa hối lộ. Trong tội danh này, tác giả có một số kiến nghị sau:

- *Thứ nhất*, bổ sung tình tiết “đề nghị đưa” hối lộ vào cấu thành cơ bản của tội đưa hối lộ, bên cạnh hai tình tiết “đã đưa và sẽ đưa” hối lộ;

- *Thứ hai*, nên thay đổi cụm từ “đã đưa” hối lộ thành “đưa” hối lộ cho phù hợp vì “đưa” hối lộ bao gồm cả “đang đưa và đã đưa” hối lộ. Nếu quy định “đã đưa” hối lộ thì sẽ bỏ qua hành vi “đang đưa” hối lộ, dễ dẫn đến bỏ lọt tội phạm. Cũng cần có sự thay đổi cụm từ “sẽ đưa” thành “thỏa thuận đưa” cho phù hợp với yêu cầu của Công ước UNCAC.

Từ những phân tích trên, tác giả cho rằng cần sửa đổi, bổ sung quy định về tội đưa hối lộ như sau: “1. Người nào trực tiếp hay qua trung gian đề nghị, đưa hoặc **thỏa thuận** đưa cho người có chức vụ, quyền hạn hoặc người khác hoặc tổ chức khác **một lợi ích không chính đáng** nào sau đây để người có chức vụ, quyền hạn hoặc người đó hoặc tổ chức đó làm hoặc không làm một việc vì lợi ích hoặc theo yêu cầu của người đưa hối lộ, thì bị phạt tiền từ 20.000.000 đồng đến 200.000.000 đồng, phạt cải tạo không giam giữ đến 03 năm hoặc phạt tù từ 06 tháng đến 03 năm...”.

### 3.2. Đối với những yêu cầu tùy nghi

**Đối với nhóm hành vi đưa hối lộ** cho công chức nước ngoài, công chức của tổ chức quốc tế công, đưa hối lộ trong khu vực tư và trách nhiệm hình sự của pháp nhân: Tại khoản 6 Điều 364 BLHS năm 2015, đưa hối lộ cho công chức nước ngoài, công chức của tổ chức quốc tế công và người có chức vụ trong các doanh nghiệp, tổ chức ngoài nhà nước cũng cần bổ sung thêm hành vi “đề nghị đưa” hối lộ cùng với hành vi “đưa hoặc thỏa thuận đưa hối lộ” trong điều luật cho phù hợp. Bên cạnh đó, khoản 1 Điều 364 BLHS năm 2015 cũng quy định hành vi đưa hoặc thỏa thuận đưa hối lộ cho đối tượng là “người có chức vụ, quyền hạn hoặc người khác hoặc tổ chức khác”. Tuy nhiên, khi quy định để chủ thể đó làm hoặc không làm một việc vì lợi ích hoặc theo yêu cầu của người đưa hối lộ, pháp luật hình sự chỉ quy định là “người có chức vụ, quyền hạn”, vậy còn “người khác hoặc tổ chức khác” trong việc nhận hối lộ này như thế nào, họ làm hoặc không làm một việc vì lợi ích hoặc theo yêu cầu của người đưa hối lộ thì người đưa hối lộ đã đưa hoặc sẽ đưa hối lộ cho họ nhằm mục đích gì?

Do đó, theo tác giả, quy định này nên bổ sung thêm vào cụm từ “để người có chức vụ, quyền hạn, người khác, tổ chức khác làm hoặc không làm một việc vì lợi ích hoặc theo yêu cầu của người đưa hối lộ”. Ngoài ra, quy định về hành vi đưa hối lộ cho tổ chức khác là thừa nhận có pháp nhân thương mại nhận hối lộ. Quy định này đã có sự mâu thuẫn. Theo như kiến nghị của tác giả về tội nhận hối lộ, khi bổ sung thêm hành vi nhận hối lộ của pháp nhân thương mại vào điều luật thì quy định đưa hối lộ cho tổ chức là hợp lý. Từ những phân tích trên, tác giả cho rằng cần sửa đổi, bổ sung quy định về tội đưa hối lộ như sau: “6. Người nào trực tiếp hay qua trung gian đề nghị đưa, đưa hoặc thỏa thuận đưa hối lộ cho công chức nước ngoài, công

chức của tổ chức quốc tế công thì cũng bị xử lý theo quy định tại Điều này”.

**Đối với hành vi đưa hối lộ trong khu vực tư**, hành vi này về bản chất và nhiều yếu tố định khung sẽ có những điểm khác biệt so với tội nhận hối lộ trong khu vực công. Do đó, tác giả cho rằng cần quy định tội đưa hối lộ trong khu vực tư là tội phạm độc lập với tội đưa hối lộ trong khu vực công. Theo tác giả, nên xây dựng điều luật này như sau: “1. Người nào trực tiếp hay qua trung gian đề nghị, đưa hoặc thỏa thuận đưa cho người có chức vụ, quyền hạn hoặc người làm việc ở bất kỳ cương vị nào trong các doanh nghiệp, tổ chức ngoài nhà nước hoặc tổ chức khác để người đó hoặc tổ chức đó làm hoặc không làm một việc vì lợi ích hoặc theo yêu cầu của người đưa hối lộ, thì bị phạt...”. Trong điều luật này, cần bổ sung thêm trách nhiệm hình sự của pháp nhân thương mại khi thực hiện hành vi đưa hối lộ như sau: “*Pháp nhân thương mại nào mà trực tiếp hay qua trung gian đề nghị, đưa hoặc thỏa thuận đưa cho người có chức vụ, quyền hạn hoặc người làm việc ở bất kỳ cương vị nào trong các doanh nghiệp, tổ chức ngoài nhà nước hoặc tổ chức nào để người đó hoặc tổ chức đó làm hoặc không làm một việc vì lợi ích hoặc theo yêu cầu của người đưa hối lộ, thì bị...*”.

### TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Bộ luật dân sự năm 2015;
2. Bộ luật hình sự Hoa Kỳ;
3. Jim Chappelow, *What is the Private Sector?* Truy cập tại <https://www.investopedia.com/terms/p/private-sector.asp> vào lúc 22h00 ngày 21/8/2020;
4. Trịnh Tiến Việt, *Tội đưa hối lộ trong Bộ luật hình sự năm 1999*, Tạp chí Kiểm sát, số 22 (11-2006), trang 45;
5. United Nations Office on Drugs and Crime, *Legislative guide for the implementation of the United Nations Convention against corruption*, United Nations, New York, 2006.