

О.В. Михалева,
магистрант Университета г. Пассау (Германия)

Развитие теории административно-правового договора в Германии

Интерес к истории становления и развития концепции административно-правового договора в Германии обусловлен в первую очередь тем, что это позволяет уяснить в определенной степени сущность данного института, а также условия его введения в качестве формы управленческой деятельности в правовую действительность ФРГ.

1. Природа правоотношений в сфере государственной службы

Зарождение теории административного договора в Германии началось с обсуждения правовой природы правоотношений в сфере государственной службы¹. Именно эта дискуссия привела немецких ученых к мысли о существовании административно-правовых договоров.

¹ Необходимо отметить, что в то время, когда немецкие административисты обсуждали природу правоотношений в сфере государственной службы (конец XIX — первая половина XX вв.), в административном праве Германии отсутствовала «концепция государственной службы», которая имеет место в современных условиях. В настоящее время немецкому административному праву известно следующее деление правового положения лиц, работающих в органах государственной власти: государственные чиновники (*Beamte*), служащие (*Angestellte*) и работники в сфере публичной службы (*Arbeiter im oeffentlichen Dienst*). Граница проводится, в первую очередь, между государственными чиновниками, с одной стороны, и служащими и работниками, с другой. Отличие этих двух групп заключается, во-первых, в том, что отношения чиновников с государством регулируется на основе законов, относящихся к сфере публичного, а не частного права (последнее применяется к правоотношениям, связанным с государственными служащими и работниками). Поэтому государственные чиновники, в отличие от служащих и работников, назначаются на должность на основании *административного акта* (§ 6 Федерального закона о государственных чиновниках), а не трудового договора (§ 191 Федерального закона о государственных чиновниках); соответственно, и оплата труда государственного чиновника урегулирована законодательно и не может быть предметом соглашений или договоров, а оплата труда служащих и работников определяется на основе тарифного соглашения. (Более подробно об

Правоотношения, возникающие по поводу принятия того или иного гражданина на государственную службу, по своему происхождению являются одной из форм обязательственного права, т.е. договорными отношениями. Эта договорная природа правоотношений, в которых состоит чиновник с государственным органом, подвергалась с течением времени различным изменениям. Во многом под влиянием римского частного права для регулирования этих правоотношений был выбран договор, хотя спорным оставался вопрос о виде договора. Поскольку в данном случае имеет место столкновение частно-правовых и публично-правовых начал, в Германии стали использовать конструкцию особого трудового договора, состоящего из основного договора по передаче должностных полномочий и дополнительного договора, содержащего положения об оплате труда. Этот договор относили к разряду частноправовых (хотя было проблематично отнести его к сфере частного или публичного права, поскольку четкого разграничения между ними до XIX в. еще не проводилось¹).

В начале XIX в. эта позиция была опровергнута Николаусом Таддеусом Геннером, который утверждал, что правоотношения в сфере государственной службы в связи с тем, что существует обязанность гражданина подчиняться воле государства, могут быть основаны исключительно на одностороннем акте обладателя публичной власти, т.е. на одностороннем волеизъявлении.

Следующим этапом стало зарождение идеи договорного регулирования отношений между государством и гражданами в публичном праве. Как раз здесь можно говорить о возникновении первой идеи публично-правового договора. Большой вклад в решение этой проблемы сделал Фридрих Шмиттхеннер в середине XIX в. Он разделил правовую «процедуру» поступления на государственную службу на две части: договор и специальный правовой акт (*lex specialis*) в виде акта о зачислении на службу. Договор является материальной основой акта о зачислении на службу, а акт о зачислении на службу — необходимым условием (этапом), завершающим данную «процедуру»².

этом см., например: Maurer H. Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2002. § 21 Rn 39–40.)

¹ Pakeerut W. Die Entwicklung der Dogmatik des verwaltungsrechtlichen Vertrages. Berlin, 2000. С. 20.

² Pakeerut W. Указ. соч. С. 22.

Таким образом, государственный трудовой договор не относится к обязательственным правоотношениям, а является публичным правоотношением власти-подчинения¹. Иными словами, права субъекта государственной власти носят публично-правовой характер, в то время как права государственного служащего являются частно-правовыми. Но учение Ф. Шмиттхеннера все же было далеко от современного понимания института «публичного (административного) договора»².

Большой вклад в развитие теории административно-правового договора сделали Макс фон Зейдель и Пауль Лабанд. В 1873 г. М. фон Зейдель отметил, что основанием возникновения правоотношений в сфере государственной службы является договор. Благодаря договору осуществляется вступление в должность государственного служащего, что затем приводится в исполнение изданием акта о назначении на должность. По его мнению, этот договор носит публично-правовой характер. В противовес позиции об одностороннем волеизъявлении государства, автор считал, что такой односторонний акт является недействующим до тех пор, пока гражданин, назначенный на службу, не даст своего согласия на замещение должности³.

В 1876 г. П. Лабанд сделал вывод, что поступление государственного служащего на службу и принятие его на службу основывается на двусторонней сделке, т.е. договоре. Позицию П. Лабанда разделял и Карл Фрайхерр фон Штенгель. С его точки зрения, государство может двумя путями принять на службу: либо принудить при помощи приказа, либо заключить договор. Нужно отметить, однако, что К.Ф. фон Штенгель относил договор к общеправовой категории. То, какой области права он принадлежит, зависит, по его мнению, частично от правового положения контрагентов, частично от содержания договора. При заключении государственного трудового договора государство действует как публично-правовой субъект. Содержанием договора является обязанность по «несению» публично-правовой службы за вознаграждение⁴.

¹ *Pakeerut W.* Указ. соч. С. 23.

² Там же.

³ Там же.

⁴ Там же.

П. Лабанд считал, что получение гражданства, являющегося основанием отношений власти-подчинения, тоже относится к области применения государственно-правового договора¹.

Из вышеизложенного следует, что правовой институт договорного регулирования отношений между государством и гражданином возник в административном праве Германии во время дискуссии о правовой форме правоотношений в сфере государственной службы, т.е. в особенной части административного права².

Идеи сторонников договорно-правового регулирования в области административного права с самого начала были подвергнуты критике, еще до того, как появились работы М. фон Зейделя и П. Лабанда. Например, Альберт Хэнел считал, что договор предусматривает равноправие сторон по отношению друг к другу, а государство как обладающий господствующим положением субъект властно определяет отношения в сфере своего господства. Эдгар Ленинг допускал возможность существования государственных договоров в области административного права, но считал необходимым наличие законодательно предоставленного полномочия на заключение договора³.

Разногласия ученых касались в особенности природы волеизъявления гражданина, выражаемого в виде согласия на замещение государственной должности. Такое согласие гражданина в трактовке «теории публично-правового договора» приводит к заключению договора (т.е. рассматривается как волеизъявление на заключение договора), а согласно «теории одностороннего государственного акта» не имеет юридического значения, поскольку граждане обязаны подчиняться воле государства, а, следовательно, дать согласие на замещение должности. Два эти противоположные мнения легли в основу подходов к административно-правовому договору. Из договорной теории о назначении на государственную службу и возник в целом

¹ *Pakeerut W.* Указ. соч. С. 24.

² *Pakeerut W.* Указ. соч. С. 25. Необходимо отметить, что административное право Германии делится на Общую часть, куда входят понятия государственного управления, субъектов государственного управления, формы деятельности исполнительной власти, административный процесс, и на Особенную часть, которая посвящена вопросам государственной службы, полицейскому, строительному, экологическому праву и проч.

³ *Pakeerut W.* Указ. соч. С. 25.

административно-правовой договор, а теория одностороннего государственного акта, на которой потом Отто Майер строил свой подход, вела к отрицанию возможности договорного регулирования подобных правоотношений, что и привело неизбежно к научным спорам¹. Ко времени, когда О. Майер сформулировал и опубликовал свою позицию по поводу административно-правового договора, этот правовой институт был уже признан наукой. Однако понятие «административный договор» еще не было общеупотребимым, вместо этого использовали понятия «публично-правовой договор» и «государственно-правовой договор»².

¹ *Pakeerut W.* Указ. соч. С. 26.

² *Maurer H.* Der Verwaltungsvertrag — Probleme und Moeglichkeiten, DVBl (104) 1989. С. 799.

³ *Pakeerut W.* Указ. соч. С. 27. О. Майер считал, что публичная природа контрагента, т.е. органа государственной власти, исключает равноправие сторон, «как и везде в административном праве государство является определяющим и решающим субъектом; гражданин же всего лишь объектом, на которого направлено воздействие». Более подробно см.: *Maurer H.* Der Verwaltungsvertrag — Probleme und Moeglichkeiten, DVBl (104) 1989, С. 799–800.