

《南京市古树名木保护和管理办法》立法诊断以及修改建议

《南京市古树名木保护和管理办法》经南京市人民政府同意，2011年10月20日南京市人民政府发布。该《办法》共29条，自2011年11月1日起施行。

第一条 为了加强古树名木保护和管理，维护历史文化名城风貌，促进生态环境和经济社会协调发展，根据国务院《城市绿化条例》、《南京市城市绿化管理条例》等法律、法规，结合本市实际，制定本办法。

诊断：

1.规范性

国务院《城市绿化条例》和《南京市城市绿化管理条例》都不属于法律，因此第一条中的“法律”。

修改建议：

为了加强古树名木保护和管理，维护历史文化名城风貌，促进生态环境和经济社会协调发展，根据国务院《城市绿化条例》、《南京市城市绿化管理条例》等法规，结合本市实际，制定本办法。

第二条 本市行政区域内古树名木的保护和管理，适用本办法。

第三条 本办法所称古树是指树龄一百年以上的树木，名木是指稀有、珍贵树木，以及具有历史文化价值、纪念意义及重要科研价值的树木。

第四条 市园林绿化行政主管部门负责本市行政区域内古树名木的保护和管理工作，县(区)园林绿化行政主管部门负责辖区内古树名木的保护和管理工作。

规划、住房和城乡建设、水利、交通运输、环保、文物等部门按照各自职责，协助做好古树名木的保护和管理工作。

诊断：

1. 合理性

① “规划、住房和城乡建设、水利、交通运输、环保、文物等部门按照各自职责，协助做好古树名木的保护和管理工作。”存在合理性问题，这么多的部门按照自己的职责，权限划分不明确，易发生推诿现象。

②市、县（区）园林绿化行政主管部门的权限划分模糊，如果行政区域划分重合了，就不能分清权限到底属于谁，显然是合理性的缺失。

修改建议：

市园林绿化行政主管部门负责本市市区行政区域内古树名木的保护和管理工作，古树名木的具体管理工作，由县（区）园林绿化行政主管部门负责，业务上受市园林绿化行政主管部门指导。

规划、住房和城乡建设、水利、交通运输、环保、文物等部门按照各自职责，协助园林绿化行政主管部门做好古树名木的保护和管理工作。

第五条 市人民政府制定古树名木的保护规划，安排经费用于古树名木保护和管理工作。

诊断：

1. 合理性

① 经费问题说得过于笼统。怎样安排，安排多少，安排后如何使用，怎样审核经费的使用均为涉及

② 对于古树名木的保护规划制定单位仅规定为市人民政府，而《城市绿化条例》则规定为“市人民政府应当组织城市规划主管部门和城市绿化主管部门等编制”，存在合理性问题。

修改建议：

市人民政府应当组织城市规划主管部门和城市绿化主管部门等编制古树名木的保护规划，安排经费用于古树名木保护和管理工作。市和县（区）人民政府应当设立古树名木保护的专项经费，以市、县（区）财政拨款为主，鼓励单位和个人资助。

第六条 鼓励单位和个人捐资保护、认养古树名木。

对保护古树名木成绩显著的单位或者个人，市、县（区）人民政府及园林绿化行政主管部门给予表彰和奖励。

诊断：

1. 合理性

对于认养后古树名木的所有权属性并未作明确规定。

2. 规范性

表彰形式怎样？是荣誉上的口头表扬，颁发证书，还是物质上的给予奖金，还是两者兼而有之？可规定在附则部分当中。

修改建议

鼓励单位和个人捐资保护、认养古树名木。但认养人或者认养单位不具有古树名木所有权，但可以拥有古树名木的“署名权”。

对保护古树名木成绩显著的单位或者个人，市、县（区）人民政府及园林绿化行政主管部门给予表彰和奖励。

第七条 古树名木分为一级和二级。树龄三百年以上，或者特别珍贵稀有，具有重要历史价值和纪念意义，重要科研价值的名木，为一级古树名木；其余为二级古树名木。

诊断：

1. 规范性

本条是对于古树名木的分类，其应该与本法第三条属于同一类，因此放在第六条和第八条之间不太合适。

修改建议

第七条改到第四条之前。

第八条 古树名木由市园林绿化行政主管部门组织鉴定，市人民政府确认，并报省建设行政主管部门备案。

诊断：

1. 合理性

对于古树名木的鉴定细则规定地过于简单划一，没有对古树名木进行分级鉴定，容易加深内部的混乱性。因此可借鉴《城市古树名木保护管理办法》第六条：“一级古树名木由省、自治区、直辖市人民政府确认，报国务院建设行政主管部门备案；二级古树名木由城市人民政府确认，直辖市以外的城市报省、自治区建设行政主管部门备案。”

修改建议：

古树名木由市园林绿化行政主管部门组织鉴定，一级古树名木由江苏省人民政府确认，报国务院建设行政主管部门备案；二级古树名木由南京市人民政府确认，报江苏省建设行政主管部门备案。

第九条 下列古树名木，由园林绿化行政主管部门按照规定确定养护责任人：

(一)在城市园林绿化专业养护管理部门管理的绿地内的，该单位为养护责任人；

(二)在自然保护区、风景名胜区、公园内的，该园区的管理单位为养护责任人；

(三)在机关、学校、部队、团体、企事业单位以及文博单位、寺庙单位用地范围内的，所在单位为养护责任人；

(四)在公路、铁路、河道、水库用地范围内的，公路、铁路、河道、水库管理单位为养护责任人；

(五)在居民居住区内，实行物业管理的，物业服务企业为养护责任人；未实行物业管理的，街道办事处(镇人民政府)为养护责任人；

(六)在农村集体土地上的，土地承包经营权人、宅基地使用权人为养护责任人；尚未确定土地使用权的，村(居)民委员会为养护责任人；

(七)在个人庭院内的，所有权人为养护责任人；

(八)其他古树名木，由园林绿化行政主管部门指定养护责任人。

有关单位或者个人对确定的古树名木养护责任人有异议的，可以向园林绿化行政主管部门申请复核。

诊断：

1. 规范性：

①文博单位属事业单位，因此与本项中的企事业单位有重复。

②此处的园林主管部门是市还是县(区)，没有标明，容易引起两个部门之间相互推卸责任，属于用词不规范。

2. 合理性：

如有关单位产生交叉重叠情况，该如何确定养护责任人？譬如，寺庙单位在风景名胜区内，养护责任人到底是寺庙单位还是风景名胜区的管理单位？应具体补充相关法条，将有交叉的养护责任人范围重新划分，确定一个明确的养护责任人。

修改建议：

下列古树名木，由市园林绿化行政主管部门按照规定确定养护责任人：

- (一)在城市园林绿化专业养护管理部门管理的绿地内的，该单位为养护责任人；
- (二)生长在城市园林绿化专业养护管理部门管理的绿地、公园等古树名木，由城市园林绿化专业养护管理部门保护管理；
- (三)在机关、学校、部队、团体、企事业单位、寺庙单位用地范围内的，所在单位为养护责任人；如果单位管理区域存在重叠和包含情况，可以协商解决养护管理问题，明确权利责任划分。”
- (四)在公路、铁路、河道、水库用地范围内的，公路、铁路、河道、水库管理单位为养护责任人；
- (五)在居民居住区内，实行物业管理的，物业服务企业为养护责任人；未实行物业管理的，街道办事处(镇人民政府)为养护责任人；
- (六)在农村集体土地上的，土地承包经营权人、宅基地使用权人为养护责任人；尚未确定土地使用权的，村(居)民委员会为养护责任人；
- (七)在个人庭院内的，所有权人为养护责任人；
- (八)其他古树名木，由园林绿化行政主管部门指定养护责任人。
- (九)上述指定养护责任人如果不是古树名木的所有人，南京市园林绿化行政主管部门应该支付相应的报酬给养护人。当古树名木所在单位范围发生重叠时，范围较小的单位为养护责任人或由园林行政主管部门根据实际，具体划分养护责任人。

有关单位或者个人对确定的古树名木养护责任人有异议的，可以向古树名木所在地区的园林绿化行政主管部门申请复议。

第十条 园林绿化行政主管部门应当与养护责任人签订养护责任书，明确养护责任和义务。变更古树名木养护责任人的，应当重新签订养护责任书。

诊断：

1. 合理性：

变更古树名木养护责任人重新签订养护责任书时，原先的养护责任人所签订的养护责任书是否无效？是园林绿化行政主管部门与新的养护责任人签订还是原养护责任人与新养护责任人签订？

2.规范性

此处的园林主管部门是市还是县（区），没有标明，容易引起两个部门之间相互推卸责任，属于用词不规范。

修改建议：

古树名木所在区域内的园林绿化行政主管部门应当与养护责任人签订养护责任书，明确养护责任和义务。变更古树名木养护责任人的，应当重新签订养护责任书，已签定的养护责任书自动无效。

第十一条 园林绿化行政主管部门应当制定古树名木养护技术规范，定期开展免费业务培训和他术指导。

养护责任人应当按照养护技术规范要求，对古树名木进行日常养护管理，并承担日常养护费用。委托养护的，养护费用由委托人承担。

承担养护费用确有困难的，可以向园林绿化行政主管部门申请养护补助经费。

诊断：

1. 合理性：

①要求养护责任人按养护技术规范要求，管理养护树木，并承担日常养护费用，给养护责任人带来较大负担。更可能给当事人的生活带来不便。

2. 规范性：

①“定期”中的具体期限概念模糊，应做出明确规定。

②进行培训、指导所需费用由谁来出并未说明。

③此处的园林主管部门是市还是县（区），没有标明，容易引起两个部门之间相互推卸责任，属于用词不规范。

修改建议：

市园林绿化行政主管部门应当制定古树名木养护技术规范，并制定有关的计划，对养护责任人进行免费的、有批次的业务培训和技術指导。

养护责任人应当按照养护技术规范要求，对古树名木进行日常养护管理，其费用由古树名木所在地人民政府承担，并给予养护责任人相应报酬。

第十二条 园林绿化行政主管部门应当对古树名木进行普查登记，拍照编号，立档建库，定期公布。

园林绿化行政主管部门应当设立古树名木保护标志。保护标志应当标明树木编号、名称、保护级别、养护责任人、监督和服务电话等内容。

诊断：

1. 规范性：

①“定期公布”定期没有明确。

②此处的园林主管部门是市还是县（区），没有标明，容易引起两个部门之间相互推卸责任，属于用词不规范。

2. 合理性

缺少公布制度，比如如何公布，公布在哪里等。

修改建议：

古树名木所在地的园林绿化行政主管部门应当对古树名木进行普查登记，拍照编号，立档建库，每2年公布一次，可在电视、报纸、公告栏等地方公布。

古树名木所在地的园林绿化行政主管部门应当设立古树名木保护标志。保护标志应当标明树木编号、名称、保护级别、养护责任人、监督和服务电话等内容。

放到第八条后

第十三条 园林绿化行政主管部门应当组织开展古树名木的科学研究，推广应用研究成果，加强宣传教育，普及保护知识，提高保护和管理水平。

诊断：

1. 规范性

此处的园林主管部门是市还是县（区），没有标明，容易引起两个部门之间相互推卸责任，

属于用词不规范。

修改建议：

市园林绿化行政主管部门应当组织开展古树名木的科学研究，推广应用研究成果，加强宣传教育，普及保护知识，提高保护和管理水平。

第十四条 园林绿化行政主管部门应当会同规划行政主管部门，划定古树名木保护范围。保护范围不小于树冠垂直投影外五米。

诊断：

1. 合理性：

保护范围划分不合理，对于有些并不大的院子，如此大的范围严重影响市民的生活，应将“保护范围不小于树冠垂直投影外五米”删去，保护范围应该由园林绿化行政主管部门根据实际情况确定，并且不妨碍养护责任人的正常生活、工作。

2. 规范性

此处的园林主管部门是市还是县（区），没有标明，容易引起两个部门之间相互推卸责任，属于用词不规范。

修改建议：

市园林绿化行政主管部门应当会同规划行政主管部门，划定古树名木保护范围。保护范围不少于树冠垂直投影五米，若由于现实情况造成保护范围和空间不足的，规划行政主管部门应当协助园林绿化行政主管部门在城市建设和改造中予以调整完善。

第十五条 发现古树名木受害或者长势衰弱的，养护责任人应当立即报告园林绿化行政主管部门。园林绿化行政主管部门应当及时组织抢救、复壮。

发现古树名木死亡的，养护责任人应当立即报告园林绿化行政主管部门。园林绿化行政主管部门应当及时核实原因，明确责任，予以注销。未经核实注销的，不得擅自处理古树名木。

诊断：1.合理性问题

①“未经核实注销的，不得擅自处理古树名木。”如果该死亡的古树名木发生如本法第二十一条所述情形并且情况紧迫（第二十一条 有下列情形之一的，可以移植古树名木：

（一）原生长环境不适宜古树名木继续生长，可能导致古树名木死亡的；

（二）因重点工程项目建设无法避让的；

（三）因科学研究等特殊需要的；

（四）生长状况可能对公众生命、财产安全造成危害，采取防护措施仍无法消除的。）

是否还得依据本条款，必须等待核实注销？

②养护责任人立即报告园林绿化行政主管部门，没有明确注明是哪一级的，是市级的还是县（区）级的园林绿化主管部门。

③处理程序不够完善。行政主管部门予以注销古树名木的登记，我们觉得是不合理的，对于古树名木的注销是要上报的，还要根据古树名木的登记等级予以上报

2.规范性问题

①立即，及时缺乏一定的标准，多少时间段内算及时，立即。

修改建议：

发现古树名木受害或者长势衰弱的，养护责任人应当**立即**报告园林绿化行政主管部门。园林绿化行政主管部门应当**立即**组织抢救、复壮。**抢救、复壮古树名木的费用，城市园林绿化行政主管部门可适当给予补贴。**

发现古树名木死亡的，养护责任人应当立即报告园林绿化行政主管部门。园林绿化行政主管部门应当立即核实原因，明确责任，予以注销登记后，方可进行处理。**原则上，未经核实注销的，不得擅自处理古树名木。但如有特殊情况，依据具体情形采取相应措施。因特殊需要，确需移植二级古树名木的，应当经城市园林绿化行政主管部门和建设行政主管部门审查同意后，报省、自治区建设行政主管部门批准；移植一级古树名木的，应经省、自治区建设行政主管部门审核，报省、自治区人民政府批准。**

第十六条 **园林绿化行政主管部门**应当对古树名木生长和养护情况**定期**监督检查。

一级古树名木至少每三个月巡查一次，二级古树名木至少每六个月巡查一次。

诊断：

1.规范性问题

此处的园林绿化行政主管部门不明确，到底是南京市园林绿化行政主管部门还是江苏省园林绿化行政主管部门？

修改建议：

市园林绿化行政主管部门应当对古树名木生长和养护情况定期监督检查。

一级古树名木至少每三个月巡查一次，二级古树名木至少每六个月巡查一次。

第十七条 禁止下列损害古树名木的行为：

(一)砍伐；

(二)擅自移植、大修剪；

(三)**在树体上刻画钉钉、张贴悬挂、缠绕绳索、攀树折枝、剥损树皮**、采摘果实或者种籽危害生长；

(四)**在保护范围内堆放物料、挖坑取土、兴建设施、埋设管线、动用明火、排放烟气以及倾倒有毒有害物质**；

(五)借用树体为支撑物或者固定物进行施工；

(六)其他损害古树名木生长的行为。

诊断：

1. 合理性问题

- ① 若发现古树名木死亡并存在第二十一条第四款，“对公众生命、财产安全造成危害，采取防护措施仍无法消除的”情况，在不能及时向有关部门申请时，是否可以砍伐。
- ② 如果是依据本办法第十二条“设立古树名木保护标志”，“张贴悬挂”不一定是损害古树名木的行为，此规定缺乏合理性。
- ③ 在本条中只对于古树名木的树枝，树皮，果实进行了保护规定，而没有对树根进行保护。而树根是数目及其重要的一部分，因此，本法在这方面保护的缺失，易让人钻空子，去挖树根，从而破坏树木。
- ④ “在保护范围内”，结合本法第十四条，“保护范围不小于树冠垂直投影外五米。”

这一规定是否太不合理？五米的范围并不小，如果因为这种限制，使得当事人放弃使用这块面积，很有可能会影响到当事人的工作生活，进而损害他们的利益。尤其是当该古树名木位于本就相对狭小的个人庭院中。如果树木在农田，是否田地也不能使用（挖坑取土）

⑤ 这些禁止行为产生了怎么办？由谁来管？处罚标准是什么？必须制定相关处罚规定以约束人们的行为。

修改建议：

禁止下列损害古树名木的行为：

(一)擅自砍伐；

(二)擅自移植、大修剪；

(三)在树体上除设立古树名木保护标志外的张贴悬挂刻画钉钉、张贴悬挂、缠绕绳索、攀树折枝、剥损树皮、挖掘树根、采摘果实或者种籽危害生长；

(四)在保护范围内堆放物料、挖坑取土、兴建设施、埋设管线、动用明火、排放烟气以及倾倒有毒有害物质；

(五)借用树体为支撑物或者固定物进行施工；

(六)其他损害古树名木生长的行为。

(七)以上第四款第五款在不伤害古树名木的自然生长并取得古树名木所在地区的园林绿化行政主管部门的同意下，养护人可以有以下合理的行为。

第十八条 生产、生活产生的废水、废气、废渣等危害古树名木生长的，养护责任人应当制止，并及时报告园林绿化行政主管部门。

诊断：

1. 合理性

养护责任人负有制止废水、废气、废渣危害古树名木生长行为的义务，可是养护责任人不是执法人员，如何切实履行此义务？毕竟，废水，废弃，废渣很难以个人力量制止。

修改建议：

养护责任人若发现生产、生活产生的废水、废气、废渣等危害古树名木生长的，其应当制止，并及时报告古树名木所在地的园林绿化行政主管部门，其在相关部门的协助下采取相应的措施调查并制止。

第十九条 建设项目选址定点涉及古树名木的，建设单位应当制定避让或者保护方案，报园林绿化行政主管部门审查，并按照批准的避让或者保护方案施工。未经审查或者未通过审查的，建设单位不得开工建设。

园林绿化行政主管部门审查避让或者保护方案时，应当组织专家论证。

诊断：

1. 规范性

此处的园林主管部门是市还是县（区），没有标明，容易引起两个部门之间相互推卸责任，属于用词不规范。

修改建议：

建设项目选址定点涉及古树名木的，建设单位应当制定避让或者保护方案，报市园林绿化行政主管部门审查，并按照批准的避让或者保护方案施工。未经审查或者未通过审查的，建设单位不得开工建设。

园林绿化行政主管部门审查避让或者保护方案时，应当组织专家论证。

第二十条 规划行政主管部门办理规划许可手续时，涉及古树名木的，应当征求园林绿化行政主管部门的意见。

诊断：

1. 合理性

- ① 本条中写到要征求“行政主管部门的意见”，可是征求了之后必须要采取吗？还是需要充分协商后再采取，这一点不得而知。因此，应在这一条中增加对于意见的处理。
- ② 没有说明是哪一级绿化行政主管部门。

修改建议：

规划行政主管部门办理规划许可手续时，涉及古树名木的，应当征求古树名木所在地的园林绿化行政主管部门的意见。并且根据相关程序进行意见的处理。

第二十一条 有下列情形之一的，可以移植古树名木：

(一)原生长环境不适宜古树名木继续生长，可能导致古树名木死亡的；

(二)因重点工程项目建设无法避让的；

(三)因科学研究等特殊需要的；

(四)生长状况可能对公众生命、财产安全造成危害，采取防护措施仍无法消除的。

诊断：

1. 合理性

这里提到的重点工程一般为土木工程项目，那么这与本法第十七条的第四款中的挖坑取土、兴建设施、埋设管线有重合。那就是说本法的第二十一条中的第二点和第十七条的第四点矛盾，显然是不正确的。

第二十二条 移植古树名木，应当符合下列条件，并向园林绿化行政主管部门提出移植申请：

(一)移植方案；

(二)移入地有关单位或者个人出具的养护责任承诺书；

(三)由具有相应专业资质的养护单位实施移植；

(四)迁移古树名木的费用、古树名木的赔偿费用以及五年以内的恢复、养护费用已经由申请移植人落实。

诊断：

1. 合理性

- ① 本条中的第四点说“迁移古树名木的费用、古树名木的赔偿费用以及五年以内的恢复、养护费用已经由申请移植人落实。”可是何为落实？是否口头表述说经费已落实便为落实，因此还应该要有落实的凭证。
- ② 我们认为本条中还缺乏一项条件，便是应该具有移植责任书。因为不可避免在移植的过

程中会对古树名木造成一定的损伤，甚至导致死亡，那么在此过程中，责任到底应该归属于谁？是移植人还是养护责任人？不得而知。还有如何进行赔偿。因此移植责任书必不可少。

- ③ 所谓的赔偿费用是什么，自己所有的树移植出现损坏，自己赔偿给自己吗？如果该树不属于自己所有，这就不是一种赔偿而是一种罚款，那么又该交给谁呢？这里的赔偿费用明显不合理应该删除。
- ④ 此处满足移入地有关单位或者个人出具的养护责任承诺书，明显不合理，如果原责任人不同意是否可以强行转让呢？
- ⑤ 没有确定“个人出具的养护责任承诺书”是移入地还是移出地的。

2. 规范性

此处的园林主管部门是市还是县（区），没有标明，容易引起两个部门之间相互推卸责任，属于用词不规范。

修改建议

移植古树名木，应当符合下列条件，并向市园林绿化行政主管部门提出移植申请：

(一)移植方案；

(二)移入地有关单位或者移入地个人出具的养护责任承诺书；

(三)由具有相应专业资质的养护单位实施移植；

(四)移植责任书；

第二十三条 园林绿化行政主管部门应当在受理移植申请后，组织有关专家对移植方案的可行性进行论证，向社会公示并征求公众意见。

园林绿化行政主管部门审核同意移植的，报市人民政府批准；不同意移植的，应当书面告知申请人并说明理由。

诊断：

1. 合法性

本条中写到移植要行政主管部门审核同意并且报市人民政府批准。可是在本法的上位法《城市绿化条例》里面的第二十条中规定“城市中的树木，不论其所有权归属，任何单位和个人不得擅自砍伐、移植。确需砍伐、移植的，必须经城市人民政府建设（园林）行政主管部门批准，并按照规定补植树木或者采取其他补救措施。”也就是不需要报人民政府批准，而需要城市人民政府建设（园林）行政主管部门批准。另外在《南京市城市绿化管理条例》里的第18条也规定说：“第十八条 城市中的树木，不论其所有权归属，任何单位和个人不得擅自砍伐、移植和大修剪。确需砍伐、移植和大修剪的，必须经城市绿化行政主管部门批准，办理有关手续，并按规定向树木所有者支付树木补偿费用。”因此，在批准方面本法有所不正确。

2. 合理性

本条中园林绿化行政主管部门“向社会公示并征求公众意见”存在程序不具体的问题，即应该如何公示，何时公示以及怎样征求并采纳公众意见等。

3. 规范性

①此处的园林主管部门是市还是县（区），没有标明，容易引起两个部门之间相互推卸责任，

属于用词不规范。

②该法条在规定向社会公示并征求公众意见的时，没有明确地指出这里的公众的性质如何，这里的公众是具有一定养护绿化知识的公众，还是一点知识都不懂的公众。公众是职业代表制，还是区域代表制，都没有说明，所以不规范。

修改建议：

市园林绿化行政主管部门应当在受理移植申请后，组织有关专家对移植方案的可行性进行论证，以举行听证会或社会公示等方式征求公众意见。

因特殊需要，确需移植二级古树名木的，应当经南京市城市园林绿化行政主管部门和建设行政主管部门审查同意后，报江苏省建设行政主管部门批准；移植一级古树名木的，应经江苏省建设行政主管部门审核，报江苏省人民政府批准。移植所需费用，由移植单位承担。

第二十四条 任何单位和个人都有保护古树名木及其附属设施的义务，对损伤、破坏古树名木及其附属设施的行为，有权劝阻和举报。

园林绿化行政主管部门应当建立举报制度，公布举报方式，受理投诉和举报。

诊断：

1. 合理性

① 在本条的后面写到，任何点位和个人有权劝阻和举报。有权的意思是可做可不做。也就是任何单位和个人可以进行却组合举报，也可以不这么做。但是在本条本款的前面又规定任何单位和个人都有保护古树名木及其附属设施的义务，义务和有权不相同。出现了前后的矛盾。

修改建议：

任何单位和个人都有保护古树名木及其附属设施的义务，对损伤、破坏古树名木及其附属设施的行为，有义务劝阻和举报。

园林绿化行政主管部门应当建立举报制度，公布举报方式，受理投诉和举报。

第二十五条 违反本办法规定，由园林绿化行政主管部门或者其委托的单位给予处罚：

(一)古树名木养护责任人未按照养护技术规范要求进行日常养护管理，致使古树名木损伤的，责令改正，并在园林绿化行政主管部门的指导下采取相应的救治措施；拒不采取救治措施的，处以一千元以上五千元以下的罚款；

(二)建设单位未制定避让或者保护方案的，或者方案未经审查同意擅自施工的，或者未按照批准的方案施工的，责令限期改正，并可处以一万元以上三万元以下的罚款；

(三)未经核实注销擅自处理死亡古树名木的，处以二千元以上五千元以下的罚款；

(四)砍伐、擅自移植以及其他损害古树名木或者致使古树名木死亡的，按照《南京市城市绿化管理条例》的规定处罚。

诊断

1. 合法性

根据“江苏省人民代表大会常务委员会关于地方人民政府规章设定罚款限额的决定”，决定中规定“省人民政府、省人民政府所在地的市人民政府以及经国务院批准的较大的市人民政府制定的规章，可以设定罚款的限额为对非经营活动中的违反行政管理秩序的行为，设

定罚款不得超过一千元；对经营活动中的违反行政管理秩序的行为，没有违法所得的，设定罚款不得超过一万元，有违法所得的，设定罚款不得超过三万元。”很明显，《南京市古树名木保护和管理办法》的三项罚款设定都与《江苏省人民代表大会常务委员会关于地方人民政府规章设定罚款限额的决定》相冲突：

第一，“建设单位未制定避让或者保护方案的，或者方案未经审查同意擅自施工的，或者未按照批准的方案施工的”行为属于经营行为，故其最高罚款上限一万元，而《南京市古树名木保护和管理办法》的幅度是一万元以上三万元。

第二，“古树名木养护责任人拒不采取救治措施的”行为是非经营行为，故其最高罚款上限一千元，而《南京市古树名木保护和管理办法》的幅度是一千元以上五千元以下；

第三，“未经核实注销擅自处理死亡古树名木的”行为是非经营行为，故其最高罚款上限一千元，而《南京市古树名木保护和管理办法》的幅度是二千元以上五千元以下。

2. 合理性

没有养护技术的养护责任人怎么按照养护技术规范来进行日常养护管理？

3. 规范性

① “可”就是可以处罚也可以不处罚，那标准是什么？用词不够明确。

② 此处的园林主管部门是市还是县（区），没有标明，容易引起两个部门之间相互推卸责任，属于用词不规范。

修改建议：

违反本办法规定，由**市园林绿化行政主管部门**或者其委托的单位给予处罚：

(一)**古树名木有养护技术的养护责任人**未按照养护技术规范要求进行日常养护管理，致使古树名木损伤的，责令改正，并在园林绿化行政主管部门的指导下采取相应的救治措施；拒不采取救治措施的，**处以一千元以下的罚款**；

(二)建设单位未制定避让或者保护方案的，或者方案未经审查同意擅自施工的，或者未按照批准的方案施工的，责令限期改正，并可处以**一万元以下的罚款**；

(三)未经核实注销擅自处理死亡古树名木的，处以**一千元以下的罚款**；

(四)砍伐、擅自移植以及其他损害古树名木或者致使古树名木死亡的**由城市人民政府城市绿化行政主管部门或者其授权的单位**责令停止侵害，可以并处罚款；造成损失的，应当负赔偿责任；应当给予治安管理处罚的，依照《中华人民共和国治安管理处罚法》的有关规定处罚；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

第二十六条 **园林绿化行政主管部门及其工作人员滥用职权、徇私舞弊、玩忽职守的，依法给予行政处分**；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

诊断：

1. 合理性

① 没有说清楚是谁依法给予行政处分。

② 园林绿化行政主管部门及其工作人员渎职由谁监管并未说明。所以要建立健全监管审查机制。

2. 规范性

① 工作人员可以用滥用职权、徇私舞弊、玩忽职守来形容，园林绿化行政主管部门不可，

且园林绿化行政主管部门就是由众多工作人员组成，此处语言不够严谨。

② 此处的园林主管部门是市还是县（区），没有标明，容易引起两个部门之间相互推卸责任，属于用词不规范。

修改建议：

各级城市园林绿化行政主管部门因保护、整治措施不力，或者工作人员滥用职权、徇私舞弊、玩忽职守，由上级主管部门依法给予行政处分；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

第二十七条 树龄八十年以上一百年以下的树木，可以作为古树后续资源参照本办法进行管理和保护，具体办法由市园林绿化行政主管部门制定，报市人民政府批准。

第二十八条 本办法所称的“以上”包含本数，所称的“以下”不包含本数。

第二十九条 本办法所提出的表彰，是一种以颁发证书为主，物质上的给予奖金为辅的表彰方式。

第三十条 本办法自 2011 年 11 月 1 日起施行。

除了在法条上面有所错误之外，整部法存在着很大的的问题。主要分为以下几点：

（一）行政相对人的义务配置过重

为了保护古树名木，《南京市古树名木保护和管理办法》这部仅有 29 条的地方政府规章为行政相对人一共设置了 19 项义务：

- 1、养护责任人应当按照养护技术规范要求，对古树名木进行日常养护管理；
- 2、养护责任人承担日常养护费用；
- 3、发现古树名木受害或者长势衰弱的，养护责任人应当立即报告园林绿化行政主管部门；
- 4、发现古树名木死亡的，养护责任人应当立即报告园林绿化行政主管部门；
- 5、养护责任人应当制止废水、废气、废渣等危害古树名木生长的行为；
- 6、养护责任人应当及时报告园林绿化行政主管部门废水、废气、废渣等危害古树名木生长的行为
- 7、禁止砍伐；
- 8、禁止擅自移植；
- 9、禁止大修剪；
- 10、禁止在树体上刻画钉钉、张贴悬挂、缠绕绳索；
- 11、禁止攀树折枝、剥损树皮；
- 12、禁止采摘果实或者种籽危害生长；
- 13、禁止在保护范围内堆放物料；
- 14、禁止在保护范围内挖坑取土；
- 15、禁止在保护范围内兴建设施、埋设管线；
- 16、禁止在保护范围动用明火、排放烟气；
- 17、禁止在保护范围内倾倒有毒有害物品；

18、禁止借用树体为支撑物或者固定物进行施工；

19、禁止其他损害古树名木生长的行为。

这 19 项义务不仅给当事人造成了严重的经济负担，还有可能对当事人的生活造成一定的不便，其中还有一些义务是行政相对人无法独立履行的。例如养护责任人应当按照养护技术规范要求，对古树名木进行日常养护管理所需的费用就是一笔不小的开支；再例如禁止在保护范围内堆放物料可能会对当事人的工作生活带来不便。依照《南京市古树名木保护和管理办法》第十四条的规定，古树名木保护范围不小于树冠垂直投影外五米。假如古树名木所在位置是在个人庭院之内，这就基本意味着狭小的个人庭院基本丧失堆放物料的功能；再例如养护责任人负有制止废水、废气、废渣危害古树名木生长行为的义务，可是养护责任人不是执法人员，如何切实履行此义务？过重的甚至是不合理的义务配置不仅不能受到群众的配合，反而会产生“立法扰民”的负面印象

（二）行政相对人的权利配置不足

《南京市古树名木保护和管理办法》第九条确定养护责任人的原则是土地使用权人为养护责任人，这一规定与民法的基本原则相冲突的。因为古树名木的所有权是可以和土地使用权相分离的，因此，谁是古树名木的所有权人，谁才是养护责任人。《南京市古树名木保护和管理办法》第九条一刀切式的将土地使用权人确定为养护责任人，在立法上对于行政相对人的权利配置不足，侵害了养护人的合法权利：

第一，如果古树名木的所有权是国家的，那么就应该由城市园林绿化管理部门来履行养护职责。现在《南京市古树名木保护和管理办法》将这些职责配置给了物业公司、企业等不具有所有权的主体，要求其履行养护职责，这从行政法上看，就是一种公务委托行为。既然这是公务委托行为，行政机关就应该支付受委托单位合理的报酬。可是《南京市古树名木保护和管理办法》第十一条却明确规定“养护责任人承担日常养护费用。”这就侵害了当事人的因公务委托所生的行政补偿请求权。

第二，如果古树名木的所有权是私人所有的，那么国家就不应该针对私人的物权进行限制。由于古树名木与公共利益相关，从保护公共利益的角度，《南京市古树名木保护和管理办法》对所有权人设置了十九项义务，对其古树名木的占有、使用、收益和处分四项全能进行了全方位的严格的限制。基于公共利益之考量，国家可以对私人的财产权加以限制，但是限制如果过多即构成事实上的征收。就《南京市古树名木保护和管理办法》所规定的如此严格的限制，基本上等同于征收，从行政法的角度应理解为“准征收”。对于征收行为，国家理应进行补偿，可是《南京市古树名木保护和管理办法》却对补偿的问题只字不提。这无疑侵害了当事人的因行政征收所生的行政补偿请求权。

在这里，我们认为，古树名木应该归国家所有。

（三）权利义务配置不当之后果

一部法律规范性文件如果其权利和义务不当，不但不能收到预想的效果，反而可能会造成相反的效果。《南京市古树名木保护和管理办法》由于对于行政相对人的义务配置过重，对行政相对人的权利配置不足，其造成的后果是很难激励起公众保护南京的古树名木，反而可能会导致故意破坏古树名木行为的增加。试想一下，一个古树名木的所有权人不仅不能因为拥有古树名木获得政府的补贴，反而面临着大量的义务，而且违反其中任何一项都可能导

致遭受行政处罚的结果。此时，对于一个理性人而言，拥有古树名木不是一种利益，而是一种沉重的负担，此时他最主要的愿望是希望这些古树名木死去以摆脱负担。同样，面对着《南京市古树名木保护和管理办法》，除了政府，谁会有意愿主动种植稀有、珍贵树木？

附件：修改后的《南京市古树名木保护和管理办法》