

海西发展研究论丛

Haixi Fazhan Yanjiu Luncong

海峡西岸经济区东与台湾地区一水相隔，北承长江三角洲，南接珠江三角洲，是我国沿海经济带的重要组成部分，在全国区域经济发展布局中处于重要位置。福建省在海峡西岸经济区中居主体地位，与台湾地区地缘相近、血缘相亲、文缘相承、商缘相连、法缘相循，具有对台交往的独特优势。

海西建设与社会管理创新研究

叶文振 主编



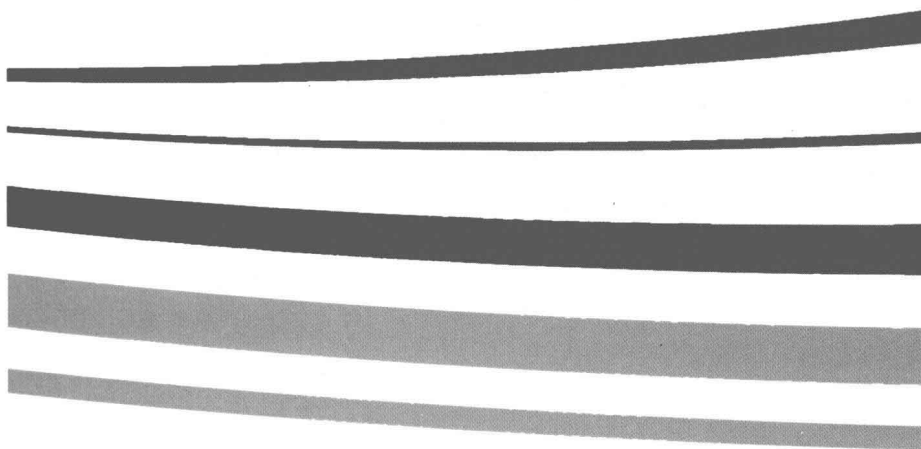
厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社
全国百佳图书出版单位

海西发展研究论丛

海西建设与社会管理创新研究

叶文振 主编



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社
全国百佳图书出版单位

图书在版编目(CIP)数据

海西建设与社会管理创新研究/叶文振主编. —厦门:厦门大学出版社,
2012.9

ISBN 978-7-5615-4369-6

I. ①海… II. ①叶… III. ①社会发展-研究-福建省②社会管理-创新管
理-研究-福建省 IV. ①D675.7

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 215708 号

厦门大学出版社出版发行

(地址:厦门市软件园二期望海路 39 号 邮编:361008)

<http://www.xmupress.com>

xmup@xmupress.com

沙县方圆印刷有限公司印刷

2012 年 9 月第 1 版 2012 年 9 月第 1 次印刷

开本:787×960 1/16 印张:19 插页:2

字数:350 千字

定价:35.00 元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换

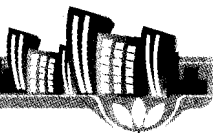
编委会

主 任 郑建岚

副主任 张 路 陈 新 叶文振 郑 龙 姜 华
屈广清 刘慧宇 饶国伟

编 委(按姓氏笔画顺序)

王 颖	王胜芳	安增军	吴国平	余少谦
陈明添	陈豫浩	林建伟	罗海成	罗妙成
贺德新	夏忠朝	徐小佶	黄训美	黄建铭
黄陵东	傅晓华	缪匡华		



序 言

序
言

春风鼓动,海西建设迎良机。2011年4月8日,《海峡西岸经济区发展规划》正式发布,明确提出把海峡西岸经济区建成科学发展之区、改革开放之区、文明祥和之区、生态优美之区。在近年来的《政府工作报告》中也先后提出“支持海峡西岸经济区发展”、“支持海峡西岸经济区在两岸交流合作中发挥先行先试作用”、“加快海峡西岸经济区建设”。2011年年底,国务院先后批准了《平潭综合实验区总体发展规划》和《厦门市深化两岸交流合作综合配套改革试验总体方案》,赋予福建一系列先行先试政策。福建正面临新一轮跨越式发展的机遇,需要以改革的精神,创新管理机制,聚集高素质人才,强化海西发展理论研究,协调法制差异,为先行先试提供理论支持。这既是哲学社会科学研究的领域,同时也是建设有中国特色的社会主义的实践。

学术乃天下之公器。哲学社会科学研究工作应服务于中国特色的社会主义建设。建设有中国特色的社会主义是一项前无古人的伟大事业,是当代中国最大的社会实践。海峡西岸经济区建设正是对有中国特色社会主义建设的实践。研究这一实践进程中的重大政治、经济、文化和社会问题,是哲学社会科学工作者义不容辞的责任。哲学社会科学研究的课题来自于实践,研究的成果要服务于实践,并在实践中受到检验。积极研究和探索海峡西岸经济区建设进程中经济、政治、文化、社会的发展,力求对建设进程中的重大理论问题和实践问题作出科学的解释,给予理论的说明,以高水平、高质量的成果,奉献给社会,服务于人民,繁荣发展社会主义文化事业和文化产业。

承前启后,海西研究已起航。2010年10月,《海西发展研究论丛》第一辑付诸刊印发行,在其《后记》中主编叶文振教授写到“《海西发展研究论丛》将秉承反映福建江夏学院学术前沿与服务海西研究成果的宗旨,用更高的学术品位与咨政价值与读者再次见面”。《海西发展研究论丛》第二辑正是

在第一辑的基础上、结合我院科研特色及学术专长而进行的更为深入的研究。实际上,福建江夏学院自建校伊始,就形成了独具特色的教学培训、科学研究、咨询决策三位一体的办学科研之路。同时,学院充分发挥地处海峡西岸经济区的特殊区域优势,结合国家战略发展需求,针对海峡两岸的共性需求,积极组织开展各类专项科研活动。在科研项目中,重点资助与海西地区经济和社会发展密切相关领域的科学问题的合作研究。除此之外,在2012年,学院获得的教育部人文社科项目中,即有两项是立足福建省区域优势的科研项目,分别是我院副院长刘慧宇教授的“金融现代化与民国时期福建经济的发展”课题和方晓斌老师的“后金融危机时期海峡两岸高等教育合作发展研究”课题,均为探讨海峡两岸学者共同关心的相关领域的合作研究。这些学术研究能够结合海峡西岸经济区建设的实际情况,对如何更好地开展海峡西岸建设在理论上进行了深入的探讨,有很强的针对性,同时也具有较强的实用性。

躬逢盛事,与有荣焉。《海西发展研究论丛》第二辑得以归集完成,这是海西发展研究的又一理论成果。在此,衷心希望本套丛书的出版,能够持续发挥服务海峡西岸经济区建设的咨政影响力,能够确实引领学术前沿,能够实现研究成果服务于海峡西岸经济区建设。

谨缀数语,以应“序言”之嘱。

2012年6月2日



目 录

第一篇 海西视野下的涉台法务实践

海峡两岸遗嘱形式及效力规则比较与大陆立法之重构·····	吴国平(2)
平潭综合实验区“共同管理”主体架构的形成性思考·····	于静涛(15)
试论海峡两岸劳资争议处理机制之构建·····	王立明 李巧青(25)
海峡两岸保税港区与自由贸易港区立法比较研究·····	程蕊 王新新(34)
ECFA 时代海峡两岸银行业监管合作现状与出路·····	徐丽碧(47)
促进陆资入台的法律机制初探·····	李巧玲(62)

第二篇 海西视野下的人才集聚机制

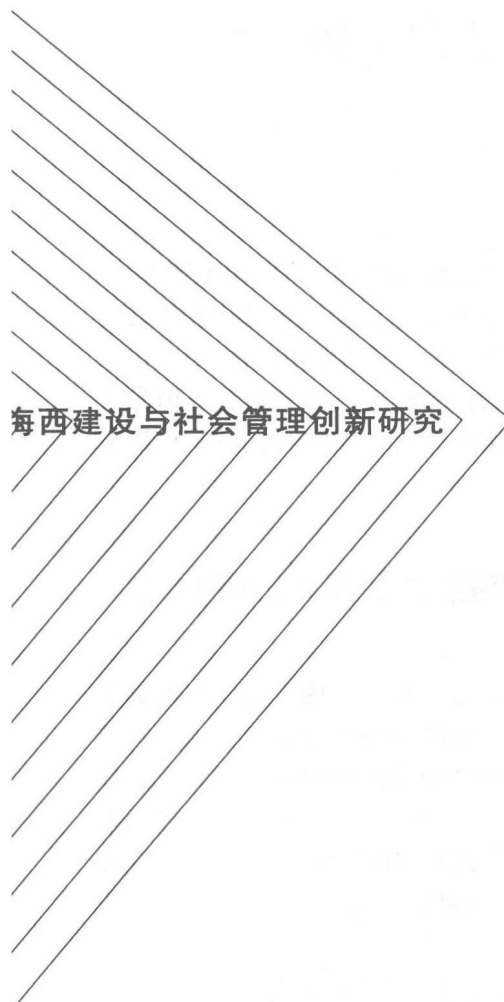
福建省高校辅导员的人格特质与职业倾向分析·····	白丽英(72)
农村籍大学生回乡就业意愿与海西新农村建设·····	邵雅利(78)
落实政府购买社会服务政策,推动福建社工人才 队伍大发展·····	甘满堂 张林婧(88)
福建人力资源建设形势分析与对策建议·····	赖扬恩(97)
海峡两岸经济区产业发展的人才集聚研究·····	徐秋韵 张向前(110)
闽台合作培育创新型人才共促产业发展研究·····	罗兴鹏 张向前(120)
福建省 R&D 人员与经济发展的相关关系 实证分析·····	林星 许文兴(134)
福建省创新型企业人才集聚问题研究·····	孙海娟 吴彬娜 陈雅兰(144)

第三篇 海西视野下的城市管理创新

厦门社区建设与基层治理创新·····	邓仕嵩	尤京文	程 红	(154)
和谐海西经济社会发展的软环境建设·····	陈宝国	吴永传	林丽娟	(166)
论“海峡西岸经济区”有形建设市场的制度创新·····			黄启明	(173)
论海西闽东城市群品牌的定位·····			谢丁宁	(183)
“海西”建设中南平市的城市定位和发展方向·····	邓剑伟		李莱蒙	(200)
社会化媒体语境下的福州形象传播策略·····			于 潇	(209)
福州市推广 LNG 公交的效益与对策·····	刘雪峰		梁 雪	(215)
基于精明增长的城市边缘区土地集约利用新思路 ——以福州市为例·····			汪 瑞	(223)

第四篇 海西视野下的地方政府职责

和谐征迁的“晋江样本” ——梅岭组团被征地拆迁居民满意度调查 及原因分析·····	施美萍	黄燕翔	林 青	(232)
健全泉州市新型社区管理和服务 体制研究·····	中共泉州市委党校课题组			(242)
公务员公共服务动机维度差异的本土化实证分析 ——以福建省为例·····			张廷君	(257)
浅议生态省建设的政府管理创新 ——基于福建生态省建设的探讨·····			林 纾	(269)
“海西”战略下区域政府协作治理研究 ——基于福建政府的视角探析·····			王少伟	(277)
后记·····				(299)



第一篇

海西建设与社会管理创新研究

海西视野下的 涉台法务实践

海峡两岸遗嘱形式及效力规则 比较与大陆立法之重构

吴国平*

我国的《中华人民共和国继承法》(以下简称《继承法》)自1985年10月1日起施行至今已经20多年,一直未作过任何修改。随着时代的发展进步和社会经济条件的变化,该法中存在的一些不足和漏洞已经凸显,其中包括遗嘱形式和效力规则,需要与时俱进,从实际出发,并且研究借鉴各国先进立法经验及我国台湾地区的立法例,对其作进一步的修改补充,以适应调整新时期继承法律关系的需要。

一、我国大陆《继承法》有关遗嘱形式及其效力的规定

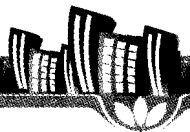
遗嘱的形式,就是遗嘱人处分自己财产的意思表示的方式。立遗嘱是要式民事法律行为,遗嘱形式必须符合法律规定,才能产生法律效力。我国大陆现行遗嘱形式及其效力规则主要规定在《继承法》和最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国继承法〉若干问题的意见》中(以下简称最高人民法院《继承法若干意见》)。此外,《中华人民共和国公证法》(以下简称《公证法》)和相关部门规章中还有一些关于公证遗嘱方面的具体规定,如司法部颁布的《遗嘱公证细则》(2000年3月24日)等。

(一)我国大陆法律和司法解释关于遗嘱形式的有关规定

根据我国《继承法》第17条的规定,遗嘱的形式分为以下五种:

1. 公证遗嘱。公证遗嘱是指经过公证机构证明的遗嘱。根据《公证法》第25条和第26条的规定,遗嘱公证属于公证机构业务受理范围,公证遗嘱

* 吴国平,福建江夏学院法学系教授、教务处处长,福州大学和福建师范大学硕士生导师。



必须由遗嘱人亲自到住所地、经常居住地、行为地或者事实发生地的公证机构办理,不得委托他人代理。如果遗嘱人因身体原因不能亲自去公证机构办理,可以申请公证机构公证人员到家里或遗嘱人的临时处所(如医院等)当面办理。司法部《遗嘱公证细则》中也有相关具体规定。公证机构只有在确认遗嘱人身份后才能办理。公证人员对遗嘱经过审查后认为合法有效的,予以公证,出具遗嘱公证证明书。

2. 自书遗嘱。自书遗嘱是由遗嘱人亲自书写的遗嘱。制作该遗嘱必须符合两个基本要求:第一,自书遗嘱必须由遗嘱人亲笔书写遗嘱全部内容;第二,遗嘱人必须在遗嘱上签名,注明年、月、日。最高人民法院《继承法若干问题意见》第40条规定:“公民在遗书中涉及死后个人财产处分的内容,确为死者真实意思的表示,有本人签名并注明了年、月、日,又无相反证据的,可按自书遗嘱对待。”

3. 代书遗嘱。代书遗嘱是指由他人代笔书写的遗嘱。代书遗嘱必须符合下列要求:第一,须由遗嘱人口述遗嘱;第二,须有两个以上的见证人在场见证,由其中一人代笔书写;第三,由代书人向遗嘱人宣读,经遗嘱人认定无误后,由代书人、见证人和遗嘱人分别在遗嘱上签名,并注明年、月、日。签名的见证人不得少于两人,且见证人不得以按印或盖章方式代替签名。

4. 录音遗嘱。录音遗嘱是指以录音磁带、录像磁带记载遗嘱内容的遗嘱。录音遗嘱须符合以下要求:第一,须由遗嘱人亲自制作,即磁带中所录制的须是遗嘱人亲自口授的遗嘱内容;第二,须由两个以上的见证人在场见证,参加制作录音遗嘱的全过程,并在录音遗嘱中分别录下遗嘱人、见证人各自的姓名和制作、见证录音遗嘱的年、月、日。录音遗嘱制作完毕后,应将磁带封存,由遗嘱人和见证人共同在录音遗嘱的封口上签名,注明年、月、日。

5. 口头遗嘱。口头遗嘱是指由遗嘱人以口头表达方式制作的遗嘱。法律对口头遗嘱的适用有严格的限制。它必须符合下列要求:第一,遗嘱人只有在危急情况下才得以设立口头遗嘱。所谓“危急情况”是指遗嘱人生命垂危或者遇有重大军事行动或者发生意外灾害、意外事件,随时都有生命危险,来不及或者无法设立其他形式遗嘱的情形。危急情况解除后,遗嘱人能够用书面或者录音形式立遗嘱的,所立口头遗嘱无效。第二,须有两个以上的见证人在场见证。见证人应将遗嘱人口授的遗嘱记录下来,并由其记录人、其他见证人签名,注明年、月、日;见证人如果无法当场记录或者全部记录的,应在事后追记或者补记遗嘱人口授的遗嘱内容,并于记录上共同签

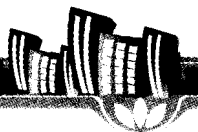
名,注明年、月、日。

在见证人资格方面,根据我国《继承法》第18条的规定,下列人员不能作为遗嘱见证人:(1)无民事行为能力人、限制民事行为能力人;(2)继承人、受遗赠人;(3)与继承人、受遗赠人有利害关系的人。此外,最高人民法院《继承法若干问题意见》第36条还进一步细化规定:“继承人、受遗赠人的债权人、债务人,共同经营的合伙人,也应当视为与继承人、受遗赠人有利害关系,不能作为遗嘱的见证人。”

(二)我国大陆法律和司法解释关于各种形式遗嘱之效力的规定

我国《继承法》第20条第2款规定:“立有数份遗嘱,内容相抵触的,以最后的遗嘱为准。”该条第3款规定:“自书、代书、录音、口头遗嘱,不得撤销、变更公证遗嘱。”最高人民法院《继承法若干问题意见》第42条规定:“遗嘱人以不同形式立有数份内容相抵触的遗嘱,其中有公证遗嘱的,以最后所立公证遗嘱为准;没有公证遗嘱的,以最后所立的遗嘱为准。”对于公证文书的效力,我国《公证法》第36条规定:“经公证的民事法律行为、有法律意义的事实和文书,应当作为认定事实的根据,但有相反证据足以推翻该项公证的除外。”该法第38条规定:“法律、行政法规规定未经公证的事项不具有法律效力的,依照其规定。”司法部《遗嘱公证细则》第22条规定:“公证遗嘱生效前,非经遗嘱人申请并履行公证程序,不得撤销或者变更公证遗嘱。遗嘱人申请撤销或者变更公证遗嘱的程序适用本规定。”

从以上规定,我们可以得知:第一,上述五种遗嘱的效力层次有所不同。自书遗嘱、代书遗嘱、录音遗嘱和口头遗嘱的效力相同,但均比公证遗嘱效力层次低。第二,在遗嘱人生前只立有一份遗嘱,且其内容和形式均符合法律要求的情况下,不论是自书遗嘱还是其他四种形式的遗嘱,均具有法律效力。第三,在遗嘱人以不同形式立有数份内容相抵触的遗嘱,但没有公证遗嘱的,以最后所立遗嘱为准。第四,当遗嘱人立有包括公证遗嘱在内的数份遗嘱,且其中的内容相互抵触的情况下,公证遗嘱是效力最高的遗嘱形式,应以公证遗嘱为有效遗嘱。第五,如果遗嘱人先后立有两份以上的公证遗嘱,且内容相互抵触的,应以最后所立公证遗嘱为准。



二、我国台湾地区遗嘱形式之规定及其借鉴

(一)我国台湾地区关于遗嘱形式的有关规定

1. 关于遗嘱形式的规定

根据我国台湾地区“民法”第 1189 条的规定,遗嘱有自书遗嘱、公证遗嘱、密封遗嘱、代笔遗嘱和口授遗嘱五种形式。(1)自书遗嘱。台湾地区“民法”第 1190 条规定,自书遗嘱应当由遗嘱人自书遗嘱全文,记明年、月、日,并亲自签名。如遗嘱内容有修改,则应注明增减、涂改的处所及字数,另行签名。此外,根据台湾地区“民法”第 3 条的规定,若有用印章代签名者,其盖章与签名具同等效力。如以指印、十字或其他符号代签名者,在文件上经两人签名证明,亦与签名生同等之效力。(2)公证遗嘱。依据台湾地区“公证法”及其“实施细则”和“民法”第 1191 条的规定,办理公证遗嘱,首先须由遗嘱人亲自到公证机关提出申请,不得由他人代理。如遗嘱人因病或其他原因不能前往公证处的,可以请公证人前来病床旁或其他地方办理公证遗嘱。在无公证人的地方,可以由法院的书记官代办公证业务。华侨到领事驻在地立遗嘱时,由领事代办公证业务;其次,遗嘱公证须有两个以上的见证人在场见证。最后,遗嘱人应在公证人面前口述遗嘱内容,由公证人记录做成笔记,并就遗嘱全文进行宣读、讲解,经遗嘱人确认无误后,记明年、月、日,并由公证人、见证人和遗嘱人共同签名。如遗嘱人不能签名,公证人应将其原因记明,遗嘱人可以按指印代替签名。(3)密封遗嘱。依据台湾地区“民法”第 1192 条的规定,遗嘱人在遗嘱上签名后,将其密封,在封缝处签名,指定两人以上的见证人,并向公证人提出,陈述其为自己的遗嘱。如非本人自写,则应向公证人陈述缮写人的姓名、住所,并由公证人于封面记明该遗嘱提出的年、月、日及遗嘱人所为陈述,由遗嘱人及见证人共同签名。如果当地没有公证人,则公证人的相应职责可由法院书记官行使。如果密封不具备法定条件而具备自书遗嘱的要求,则产生自书遗嘱的效力。(4)代笔遗嘱。根据台湾地区“民法”第 1194 条的规定,代笔遗嘱应由遗嘱人指定 3 人以上的见证人,经遗嘱人口述遗嘱意旨,使见证人中的 1 人笔录宣读、讲解,经遗嘱人认可后,记明年、月、日及代笔人姓名,最后由见证人全体及遗嘱人共同签名。遗嘱人不能签名的,应按指印代替。(5)口授遗嘱。它包括口头遗嘱和录音遗嘱两种方式。根据台湾地区“民法”第 1195 条至第

海峡两岸遗嘱形式及效力规则比较与大陆立法之重构

1197 条的规定,口授遗嘱有两个要件,一为实质要件,即遗嘱人因生命危险或其他特殊情况,不能依其他方式订立遗嘱时方可适用。所谓生命危险,是指疾病、他人伤害、车船失事、工伤事故、自然灾害、战争或临刑等,使生命处于危险紧急状态。其他特殊情况是指因交通断绝,或因战事、传染病等,致不能依其他方法订立遗嘱的。二为形式要件。对于口头遗嘱,要求应由遗嘱人指定两人以上的见证人,并口授遗嘱意旨,由见证人中的 1 人将该遗嘱意旨据实作成笔记,并记明年、月、日,与其他见证人共同签名。对于录音遗嘱,要求由遗嘱人指定两人以上的见证人,并口授遗嘱意旨、遗嘱人姓名及年、月、日,由见证人全体口述遗嘱之为真正及见证人姓名,全部予以录音,将录音带当场密封,并记明年、月、日,由见证人全体在封缝处共同签名。

2. 关于遗嘱见证人的规定

台湾地区“民法”第 1198 条对遗嘱见证人采取排除式立法模式,该条规定,“未成年人、禁治产人、继承人及其配偶或其直系血亲、受遗赠人及其配偶或其直系血亲为公证人或代行公证职务人之同居人、助理人或受雇人”,不得为遗嘱见证人。

(二)我国大陆与台湾地区遗嘱形式之比较及借鉴

我国大陆与台湾地区立法对遗嘱形式的规定具有相同之处,又各具特色。

1. 遗嘱的分类。大陆规定了五种遗嘱形式,其中,公证遗嘱、自书遗嘱、代书遗嘱、录音遗嘱为普通遗嘱,即一般情形下当事人可以选择的遗嘱形式;而口头遗嘱为特别遗嘱,即特定条件下才能使用的遗嘱形式。台湾地区以公证遗嘱、自书遗嘱、密封遗嘱、代笔遗嘱为普通遗嘱,以口授遗嘱为特别遗嘱。

2. 遗嘱的具体方式。大陆规定了公证遗嘱、自书遗嘱、代书遗嘱、录音遗嘱和口头遗嘱五种。台湾地区也规定了公证遗嘱、自书遗嘱、密封遗嘱、代笔遗嘱和口授遗嘱五种。其中,代笔遗嘱相当于大陆的代书遗嘱,口授遗嘱包括大陆的录音遗嘱和口头遗嘱。

3. 遗嘱形式要件。第一,对于公证遗嘱,虽然两岸均承认公证遗嘱的效力,但大陆的规定比较简单,在实践中均需要援引和适用公证法的规定;台湾地区则对公证遗嘱中的见证人、公证人作出了规定。大陆与台湾地区的最大差别在于无须见证人出席和公证遗嘱效力高于其他形式的遗嘱。^[2]第二,对于自书遗嘱,大陆和台湾地区都直接规定了自书遗嘱,要求也相似,区别在于大陆继承法对遗嘱内容的增减、涂改及签名的具体要求没有规定。



第三,对于代书遗嘱,大陆和台湾地区都直接规定了代书遗嘱(台湾地区称为代笔遗嘱),但在见证人的要求上存在差异。大陆要求两名以上见证人,而台湾地区则要求3人以上。第四,关于录音遗嘱,目前只有大陆明确规定了录音遗嘱形式,在台湾地区,录音遗嘱如果符合口授遗嘱的要求,则可按口授遗嘱对待,具有效力。第五,对于口头遗嘱。大陆和台湾地区都规定了口头遗嘱(台湾地区称为口授遗嘱),其发生均以特殊情形的存在为前提,但两者在形式要求上有一定的差别,大陆的口头遗嘱没有内容记录的要求,也没有口头遗嘱的认定程序、有效期间的具体规定。而台湾地区则明确要求通过书面或录音方式予以记录,并且须由见证人签名。第六,台湾地区对密封遗嘱的要求很严格,遗嘱人不得以按指印代替签名,且须两人以上见证并向公证人提出,公证人、遗嘱人及见证人须于封面上共同签名。^[3]目前大陆对密封遗嘱还没有规定。^[2]

4. 遗嘱见证人的规定。大陆和台湾地区均采用排除式立法模式,对不能担任见证人的情形规定得比较具体严格,均规定无行为能力人、继承人或者受遗赠人本人及利害关系人不能作为见证人,但具体规定仍存在差异,大陆把与继承人、受遗赠人有利害关系的人概括性地排除在合格遗嘱见证人范围之外,而台湾地区则把公证人或代行公证职务人之同居人、助理人或受雇人排除在外。此外,对不合格见证人见证的遗嘱其效力如何,两地区均无具体规定。^[2]台湾地区通说认为,如果除去不合格者,合格见证人达到规则要求,则遗嘱效力不受影响。当受遗赠人或其配偶或其直系血亲为见证人时,仅对此等人之遗赠无效,其他部分仍为有效。^[3]因此,大陆立法对见证人的规定比较模糊,对见证人的排除范围过大。

从总体上看,台湾地区遗嘱形式多样,规则详细而严格,可操作性强,不易引起歧义;而大陆遗嘱形式丰富,但规则简单而笼统,缺乏可操作性,适用时需援引其他法律条款。因此,需要借鉴台湾地区的经验,检讨大陆立法之不足,重构遗嘱形式及其效力规则。

三、我国大陆现行遗嘱形式及其效力规则的立法反思与重构

(一)对我国大陆现行遗嘱形式及其效力规则的反思

反思我国大陆现行遗嘱形式及其效力规则,尚存在以下不足与缺陷:

1. 对各种遗嘱的形式标准和设立程序没有规定

一是对各种遗嘱的设立程序没有规定,在适用时需要援引其他条款,如设立公证遗嘱时,需依据《公证法》规定的公证程序,给遗嘱人带来极大不便。^[4]

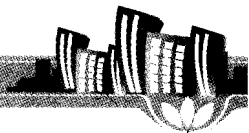
二是设立遗嘱的形式标准不够具体合理。如公证遗嘱应当审查的事项或内容有哪些,录音遗嘱在什么场合下可以启封,口头遗嘱的有效期间为多长等,均没有明确规定。

2. 关于不同形式遗嘱的效力层级的区分不合理

这主要体现在对公证遗嘱的效力规定过高。我国《继承法》第20条第3款规定:“自书、代书、录音、口头遗嘱,不得撤销、变更公证遗嘱。”最高人民法院《继承法若干问题意见》第42条规定也强调了公证遗嘱优先原则。但这样规定公证遗嘱的优先性并不科学,也不合理。理由是:第一,在生活中,由于某种原因使得遗嘱人最初的意志发生变化而需要重新考虑并重新立遗嘱是很正常的,用新遗嘱否定旧遗嘱也是遗嘱人意思自治和遗嘱自由原则的体现。如果遗嘱人已订立了公证遗嘱,就因为没有或者来不及再立新的公证遗嘱而导致后立的其他形式的遗嘱均归于无效,这就违反了遗嘱自由原则,限制了遗嘱撤销权的行使,可能导致遗嘱人的最终真实意愿无法实现。第二,根据我国《继承法》第20条的规定,公证遗嘱具有绝对优先的效力,“排斥了用其他遗嘱形式撤销公证遗嘱的可能,不利于保护遗嘱人的意思自治”,^[5]也不够人性化,在程序上也过于烦琐。而我国台湾地区“民法”继承编第1220条规定:“前后遗嘱有相抵触者,其抵触之部分,前遗嘱视为撤销。”从该条规定来看,我国台湾地区“民法”继承编上并没有规定不同遗嘱形式具有不同的效力层级,而是规定了不同时间顺序上的遗嘱具有效力层级,即按照立遗嘱时间为标准,后立遗嘱可以撤销先立遗嘱。

3. 对口头遗嘱成立要件的规定不够具体

由于口头遗嘱本身具有容易被伪造、篡改,甚至由于见证人的记忆、表述等原因而失真的缺陷,^[6]我国《继承法》第17条第5款对适用口头遗嘱的要件和效力作了规定,只在“危急情况”下才能适用,且须有两个以上见证人在场见证。但现有规定存在三个问题:一是何为“危急情况”没有具体规定,过于笼统;二是对口头遗嘱的认定程序、有效期间没有规定;三是对口头遗嘱的见证人的要求以及效力的认定过于简单,即两名见证人的数量要求太低,不足以避免遗嘱欺诈情况发生,且在实践中也难以把握和认定。



4. 关于录音遗嘱的规定过于原则

我国《继承法》第17条第4款规定：“以录音形式立的遗嘱，应当有两个以上见证人在场见证。”但对见证人如何进行见证、见证的内容是什么（即内容和程序）却没有规定。由于录音遗嘱在客观上存在着容易被篡改或伪造，且录音效果难以保证和不易保存等缺陷，因此在实践中其证据效力有时也是难以保证的。

5. 代书遗嘱规范不能适应社会发展需要

对于代书遗嘱的代书方式是仅限于代书人亲笔书写，还是包括用电脑打印方式书写，我国《继承法》不明确，仅仅理解为由代书人记笔记的方式已经不适应目前电脑使用非常普及，人们用手写字情况越来越少的现实情况。

6. 对电子遗嘱的设立没有规定

我国《继承法》目前没有关于电子遗嘱（文字版）的规定。由于科学技术的飞速发展，电子技术在现实生活中的运用已经非常普遍，除传统的纸质遗嘱外，电子遗嘱（文字版）的运用也应当纳入法律规定的范围。

7. 对于遗嘱见证人有关内容的规定不够全面

这主要体现为：一是见证人资格的消极条件不够具体；二是见证的内容、程序不明确。

（二）对我国大陆遗嘱形式及其效力规则立法重构之设想

1. 重新划分并拓展遗嘱形式

遗嘱形式的划分应当遵循科学合理和便民原则，不应当过于复杂和烦琐。笔者建议将遗嘱分为普通遗嘱和特别遗嘱（危急情况下的遗嘱）两大类。普通遗嘱包括自书、代书、密封、录音录像、公证形式订立的遗嘱和电子遗嘱，其中，录音录像遗嘱是在原录音遗嘱基础上扩展而来的，它以录像的形式制订遗嘱，能够克服原录音遗嘱本身所带来的隐患和问题，能够适应现代社会影像技术普及和方便公民制作遗嘱的要求。我们在理解上应对录音录像遗嘱作扩大解释，将DV、MV、MP3、MP4、数码相机等任何可视或可听高科技设备制作的遗嘱均纳入录音录像遗嘱范围。同时，笔者认为，随着电脑的普及，运用电子技术制作并储存遗嘱（包括电脑硬盘、可移动硬盘）将越来越多，电子版的遗嘱具有操作方便、迅速，保密程度高的特点，需要从法律上对电子版遗嘱的设立和法律效力作出规定。由于电子技术的普及和便捷，这些形式的遗嘱不应作为特别遗嘱，而应归于普通遗嘱。立法上应当明确规定此类遗嘱除应当具备遗嘱的一般要件外，还应当有立遗嘱人电子签