签合同1年才上班，离职补偿如何算？

近日，读者谢明珠向本报反映说，她与一家公司签订为期三年的劳动合同后，由于种种原因直到过了一年才正式上班。今年9月30日，她的劳动合同因到期而终止。

在办理离职手续时，谢明珠发现公司给付她的经济补偿金没有按照合同约定的三年期限进行计算，她领取的补偿金数额只有两年。也就是说，公司是按照她在公司的实际工作年限计算补偿数额的。

由于对法律规定知道的不多，所以，谢明珠想弄清楚在这种情形下，她能否索要未实际上班期间的补偿金？即多要一年的经济补偿金。

法理分析

结合本案实际情况，谢明珠确实不能向公司索要未实际上班期间的补偿金。即公司按照其实际工作年限支付离职经济补偿费用是正确的。其理由是：

《劳动合同法》第四十七条规定："经济补偿按劳动者在本单位工作的年限，每满一年支付一个月工资的标准向劳动者支付。六个月以上不满一年的，按一年计算；不满六个月的，向劳动者支付半个月工资的经济补偿。"其中的"工作的年限"，实际上也就是建立劳动关系的年限。

那么，劳动者与用人单位之间劳动关系的建立，究竟应当从何时起开始计算呢？

《关于贯彻执行〈劳动法〉若干问题的意见》第二条规定："中国境内的企业、个体经济组织与劳动者之间，只要形成劳动关系，即劳动者事实上已成为企业、个体经济组织的成员，并为其提供有偿劳动，适用劳动法。"

《劳动合同法》第七条、第十条第三款的规定的更为明确："用人单位自用工之日起即与劳动者建立劳动关系"、"用人单位与劳动者在用工前订立劳动合同的，劳动关系自用工之日起建立。"这就是说，引起劳动关系产生的基本法律事实是用工，并非订立劳动合同。而用工是指用人单位开始使用劳动者的劳动力，劳动者开始在用人单位的指挥、监督和管理下提供劳动。

由此可知，虽然劳动合同是明确劳动者与用人单位之间权利、义务的依据，但这并不意味着一旦签订劳动合同便建立了劳动关系，只有劳动者在事实上成为用人单位成员，为其提供有偿劳动的，劳动者与用人单位之间才能形成劳动关系。

退一步说，即使用人单位没有与劳动者订立书面劳动合同，只要用人单位对劳动者实施了用工行为，双方照样可以建立劳动关系。

本案中，由于谢明珠是在劳动合同签订的一年后才正式前往公司上班，其真正在公司的实际工作年限只有两年，因此，其所能获取经济补偿金的工作年限只能是两年，经济补偿金自然也就只能按两个月进行计算。

颜东岳 法官

妥善处理身后事 不让遗嘱生纠纷

□本报记者 赵新政

伴随着个人、家庭财产数量、种类和金额的增长，财富传承越来越受到人们的重视。当下，除法定继承方式外，不少老年人热衷于通过遗嘱方式，将家庭财产传承给自己心仪的人。而这种方式又常常因遗嘱订立不规范、不严谨、不明确等问题，引发多种纠纷。

10月10日，大兴法院通过对近5年来审理的2553件继承纠纷案件的分析，总结出此类案件的审理难点。同时，通过以案释法、提示注意事项等，引导人们正确运用法律手段解决问题，进而化解或减少因遗产分割导致的家庭矛盾。

【案件特征】
遗嘱继承纠纷种类多

据大兴法院黄村法庭李玮唯法官介绍，在上述继承纠纷案件中遗嘱继承纠纷占194件。从遗嘱类型上看，主要涉及自书遗嘱、公证遗嘱、代书遗嘱、口头遗嘱、打印遗嘱等多种遗嘱类型。这些案件的审理难点不仅多而且复杂，主要表现是：

1.继承人众多，当事人易遗漏

继承纠纷案件中当事人众多，涉及复杂的亲属关系。根据《继承法》规定，配偶、父母、子女均为第一顺序继承人，其中，子女包括婚生子女、非婚生子女、养子女和有扶养关系的继子女；父母包括生父母、养父母和有扶养关系的继父母；此外，丧偶儿媳对公、婆，丧偶女婿对岳父、岳母，尽了主要赡养义务的，作为第一顺序继承人。在继承纠纷中，原告在起诉时容易遗漏继承人，主要包括长期与亲人分居的、无行为能力或限制行为能力的、久居国外的和失踪的继承人。法院需审查继承人的范围，并追加当事人参加诉讼。

2.遗嘱形式不规范，无效遗嘱认定多

由于当事人法律意识薄弱、法律知识欠缺等原因，当事人提交的书面遗嘱往往因不符合形式要件而被认定为无效。即便当事人提交的遗嘱符合法定形式，但对方当事人多对遗嘱的真实性提出异议，同时，由于遗嘱人已经死亡或立遗嘱时处于神志不清的状态等原因，给审判增加了难度。

3.新类型遗嘱名目繁多，遗嘱效力难认定

随着电脑、打印机、录像机等设备的普及，实践中出现了打印遗嘱、录像遗嘱、电子数据遗嘱、共同遗嘱等其他名目繁多的新型遗嘱。因目前法律对新类型遗嘱没有明确的规定，故在司法实践中存在新型遗嘱效力认定难问题。

【法官提示】
遗嘱形式内容须合法

李玮唯法官说，遗嘱应当得到继承人的尊重和遵循。不过，要想使遗嘱合法有效，其形式和内容必须符合法律规定。具体来说，应做到以下几点：

1.确保遗嘱人具备完全民事行为能力。遗嘱人订立遗嘱时为无民事行为能力和限制民事行为能力人，会导致遗嘱被认定为无效，故订立遗嘱宜早不宜迟。在遗嘱人出现卧病在床或者年老体衰等情形下，为了防止事后继承人对遗嘱人的行为能力提出异议，遗嘱人可通过视频、邀请见证人见证等方式辅助佐证其具有完全民事行为能力。

2.遗嘱形式要规范。遗嘱人要按照法律规定，规范订立遗嘱，不要因为遗嘱的形式要件不符合法律规定而被认定无效。自书遗嘱由遗嘱人亲笔书写、签名，注明年月日；代书遗嘱应当有两个以上见证人在场见证，由其中一人代书，注明年月日，并由代书人、其他见证人和遗嘱人签名；以录音形式立的遗嘱，应当有两个以上见证人在场见证；遗嘱人在危急情况下，可以立口头遗嘱。口头遗嘱应当有两个以上见证人在场见证。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，所立的口头遗嘱无效。

3.见证人选任很重要。遗嘱见证人是受遗嘱人的委托，协助证明遗嘱人所立遗嘱的真实性的第三人。代书遗嘱、录音遗嘱、口头遗嘱等遗嘱中，需要正确选择见证人。无行为能力人、限制行为能力人、继承人、受遗赠人及与继承人、受遗赠人有利害关系的人均不能作为见证人。同时，建议遗嘱人选择律师、公证人员等专业人士作为见证人。

此外，遗嘱还须立遗嘱人本人签字，对遗嘱应妥善保存。对于胎儿和缺乏劳动能力没有生活来源的继承人要预留份额。

【典型案例】
自书代书难区分 打印遗嘱引纠纷

张某与谭某夫妻二人生育二子，即原告和被告。2000年，张某和谭某取得某小区301号房屋，并登记在张某名下。谭某、张某分别于2002年、2016年先后去世。原告起诉要求判令301号楼房归其继承，被告协助办理过户手续。

为此，原告提交打印遗嘱并申请见证人出庭作证，以证明其父张某表示将301号房屋的份额和继承妻子谭某的份额全部由其继承。该遗嘱为打印件，共4页，前两页上没有签字，第3页立遗嘱人处签有"张某"字样并有捺印，落款日期为2013年12月28日，并在落款下方载明："附：见证人见证签名"，第4页落款处为见证人董某、杨某、王某的签名和捺印。

被告辩称，其父张某所提交的遗嘱为打印文件共3页，且只在没有正文的第3页上签名确认，该做法无法确定是张某的真实意愿。

裁判结果

涉案房屋为张某和谭某于婚姻存续期间购买，属夫妻共同财产。谭某先于张某去世，涉案房屋在谭某去世后，应分出一半份额归张某所有，另一半份额为谭某的遗产，由继承人张某和原告、被告依法继承。

《继承法》第17条第3款规定"代书遗嘱应当有两个以上见证人在场见证，由其中一人代书，注明年、月、日，并由代书人、其他见证人和遗嘱人签名。"原告所提交的遗嘱有3位见证人在场见证，有张某签字及捺印，并标注了年、月、日，3位见证人均为张某生前同事，均出庭作证，对代书遗嘱一事陈述基本相同。

被告提出3位见证人的说法相互矛盾：口述时长不一致，稿子写成后是看还是念不一致，谁去复印不一致，是复印还是打印不一致。

法院审理认为，因立遗嘱一事至今已将近5年，3位证人年龄最小的已逾69岁，可能会存在对细节记不清楚的情况，被告所陈述的这些矛盾之处并不影响其父张某生前立有代书遗嘱的事实，不能否定该代书遗嘱的效力。

因现行法律及司法解释对于代书遗嘱的书写及形成工具并未明文规定，故法院认为该打印遗嘱并不违反代书遗嘱的形式要件，被告称此份代书遗嘱全部是打印的，原告作为继承人也在场，不符合代书遗嘱规则的主张缺乏依据，法院不予采纳。据此，判决争议房屋的相应份额由原告继承。

看门大爷辞职后讨要三薪到底该不该给？

老张今年3月来到流村镇某狗场做门卫，由于个人原因于8月底辞职。辞职后，老张偶然听说法定节假日公司应该给三倍工资，老张坐不住了。心想从自己到狗场以来，清明节、五一、端午节三个节日都在上班，可是公司没有给自己三薪。于是，第二天一早，老张就到公司去讨要三薪。公司拒绝了老张的要求，并拿出当初和老张签订的劳动合同，合同上面写着"根据乙方岗位的工作特点，乙方执行不定时工作制，甲方以乙方工作业绩作为考核乙方工作的标准，不根据工时计算加班工资"。老张认为，法定节假日是针对全国的，自己不应被排除在外，过节不能和家人团聚已经很辛苦了，如果公司再拒绝给三薪，实在无法接受。因此老张来到流村镇法律援助工作站寻求帮助。

法律分析

根据我国《劳动法》第四十四条规定，"有下列情形之一的，用人单位应当按照下列标准支付高于劳动者正常工作时间工资的工资报酬：(一) 安排劳动者延长工作时间的，支付不低于工资的百分之一百五十的工资报酬；(二) 休息日安排劳动者工作又不能安排补休的，支付不低于工资的百分之二百的工资报酬；（三）法定休假日安排劳动者工作的，支付不低于工资的百分之三百的工资报酬。"《北京市工资支付规定》第十四条规定，"用人单位依法安排劳动者在标准工作时间以外工作的，应当按照下列标准支付劳动者加班工资：(一) 在日标准工作时间以外延长工作时间的，按照不低于小时工资基数的150%支付加班工资；(二) 在休息日工作的，应当安排其同等时间的补休，不能安排补休的，按照不低于日或者小时工资基数的200%支付加班工资；(三) 在法定休假日工作的，应当按照不低于日或者小时工资基数的300%支付加班工资。上述法律法规中，写明了用人单位在法定节假日安排劳动者工作的，要支付三倍工资，也就是老百姓所说的三薪。然而老张与公司签订的劳动合同约定的是不定时工作制，且关于公司执行特殊工时制度的事项已经过所在区县劳动行政部门审批。根据《北京市工资支付规定》第十七条规定，"用人单位经批准实行不定时工作制度的，不适用本规定第十四条的规定。"故老张节假日上班不适用三倍工资的规定，公司有权拒绝支付。

昌平区司法局