

杜某与某广告公司劳动争议一案二审民事判决书

上海市第一中级人民法院

民事判决书

(2010)沪一中民三(民)终字第2224号

上诉人(原审原告)杜某

委托代理人杨峻,上海九州丰泽律师事务所律师。

委托代理人罗赟,上海九州丰泽律师事务所律师。

上诉人(原审被告)某广告公司

委托代理人王叔良,上海市汇理律师事务所律师。

委托代理人李晓雯,上海市汇理律师事务所律师。

杜某、某广告公司(以下简称广告公司)因劳动争议一案,均不服中华人民共和国上海市徐汇区人民法院(2010)徐民一(民)初字第1232号民事判决,向本院提起上诉。本院于2010年7月30日立案受理后,依法组成合议庭,于同年9月28日公开开庭进行了审理。杜某的委托代理人罗赟、广告公司的委托代理人王叔良、李晓雯到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

原审法院认定,2008年2月1日,杜某与广告公司签订一份书面劳动合同,主要约定期限自2008年2月25日至2011年2月24日,杜某担任常务董事总经理,试用实习期限为六个月,在试用期内,欲终止合同的,任何一方须提前一个月通知。在试用实习期满后,任何一方欲终止合同的,须提前二个月通知;杜某基本总月薪为人民币90,212元(以下币种同),杜某享受住房津贴,每月37,588元,如这一金额完全用于租房并提供适当的正式税务发票的,则可免税,若杜某决定使用金额少于37,588元/月,则余额部分属于应纳税的收入;杜某可以申请教育津贴,至多每年123,110元;探亲假:在杜某每服务12个月后,杜某和每位家庭成员均可以享受一张从上海到巴黎的往返经济舱机票。每年的该额度若不用,则作废;杜某将享受与香港员工同等待遇的医疗保险;杜某将享受在香港的寿险和个人意外险;每年杜某有权享受20天工作日的带薪年假;广告公司将提供一辆业务用小车,包括一名司机、汽油和停车费;在杜某为广告公司服务两整年后,杜某有资格加入广告公司在香港的养老金计划;双方还就其他事项作了约定。

2008年2月25日,杜某至广告公司工作,同日,杜某、广告公司又签订一份书面劳动合同,主要约定期限为生效日期为2008年2月25日的无固定期限合同,杜某担任董事总经理;工作时间为周一至周五的9时至18时,其中12时至13时为午休时间;杜某可享受每年20个工作日的年假;试用期结束后,任何一方提出终止聘用关系,须提前一个月书面通知对方,广告公司希望资深及高阶主管(业务总监、创意总监等总监及以上级别的员工)提前二个月以书面形式通知广告公司其终止合同的意向;双方还就其他事项作

了约定。

2008年3月20日，广告公司的原负责人梁桂泉向杜某发送一份电子邮件（发送电子邮件时，梁桂泉仍系广告公司的负责人），称：“今天上午我们达成一致协议如下：1）雇佣自2月25日开始。2）每月再加5,000元人民币住房津贴。3）其余按集团方针办理。我会与Tim谈论关于奥美亚洲内部调动的有关方针。问题解决了！”

杜某一直在广告公司工作，2008年8月7日，广告公司通知杜某解除双方的劳动合同。同日，广告公司的员工解洪隽向杜某发送一份电子邮件，称继刚才双方的谈话，本邮件是终止杜某与广告公司之间合同的正式通知，广告公司人力资源中心已经按照法律制定了补偿方案，在谈话中已经向杜某出示过了，在补偿方案最终确定后，广告公司需要与杜某签署一份终止协议。

2008年8月12日，杜某收到一份署名为Timlssac的电子邮件，称同意杜某要求的“应该将在Bates141的工作年限考虑进杜某的雇佣期限内”是合理的。杜某陈述Timlssac是亚太地区负责人。广告公司对电子邮件的真实性没有异议，但杜某到广告公司工作不属于内部调动行为，Bates141公司与广告公司是两个不同的集团体系，是不同的法人单位，并非广告公司同意将杜某在Bates141公司的工作年限计算至广告公司。

2008年9月22日，梁桂泉向杜某发送一份电子邮件，称杜某的通知期将为3个月，因此，杜某在广告公司的最后一日为2008年11月6日，请杜某和解洪隽和Andhika一同处理杜某的住房和教育津贴。同日，杜某回复上述电子邮件，称关于教育和住房津贴，杜某还在等PaulCocks/Timlssac的回复。杜某考虑至少呆到学年结束。

2008年10月14日，广告公司财务部的员工IsabelleBian（高级财务分析师）向杜某发送一份电子邮件，邮件主题为“3月1日-10月14日Pascal的工作时间表的分析”，称杜某可以核查文档中杜某所工作的每月、每一客户和每一项工作的总时间数。请注意这一报告仅供杜某参考，不作任何对外使用。在工作时间表的下方写道：7个月中的加班405小时。杜某陈述加班时间是广告公司统计的，说明广告公司认可加班。广告公司对该电子邮件的真实性无异议，但陈述并不能证明加班。

2008年10月15日，杜某收到一份电子邮件，邮件落款为AdaLe（乐嘉佳），系广告公司财务部门的员工，在该邮件中提到杜某每月税前收入90,212元、每月住房津贴37,588元、教育津贴费每年123,110元、每年假日机票1张经济舱往返至巴黎（与家庭）42,500元、每月小车津贴包括租赁费15,600元和停车费1,200元、年假天数20天、审查期24个月。广告公司陈述该电子邮件系乐嘉佳发送的，但邮件内容不符合双方的合同约定，广告公司为杜某配备汽车，不另外支付汽车费用，住房津贴和教育津贴不支付给杜某本人，而是支付给出租人和学校。

2008年11月5日，广告公司向杜某发出一份通知，称广告公司参阅了2008年8月7日的电子邮件，给杜某发出雇佣的终止条款的通知，按2008年9月22日的电子邮件，已经通知杜某通知期延长至终止之日算起前三个月，这样杜某与广告公司在一起的最后一

天应为 2008 年 11 月 6 日。广告公司准备向杜某提供：(i) 相当于两个月总薪金工资 180,424 元的一次性解雇费；(ii) 直至 2008 年 12 月 31 日为止的每月 37,588 元住房津贴和两个月的提前终止房屋租赁押金；(iii) 直至 2008 年 12 月 31 日为止的小孩教育的每月教育津贴 10,259 元；(iv) 直至 2008 年 12 月 31 日为止的杜某本人的人寿和国际退休金计划保险；(v) 从上海到巴黎合理数量的个人物品运输费，至多 17,000 美元（价格须经过区域首席财务官按正常竞争报价同意）；(vi) 为杜某及家庭提供五张上海到巴黎的单程机票。杜某将使用公司小车和司机至 2008 年 12 月 31 日。请于 2008 年 11 月 12 日前在所附函上签署姓名和日期，表示杜某同意条款，并将经签署同意的信函附件寄回广告公司。杜某未签字同意，杜某陈述因双方协商不成，故广告公司发出该份通知。杜某在广告公司工作至 2008 年 11 月 5 日。

2008 年 11 月 27 日，广告公司通过银行转账的方式支付杜某 2008 年 11 月 6 天的工资 18,042.40 元和 2008 年 11 天未休年休假工资 45,624.46 元。

2008 年 12 月 29 日，广告公司通过银行转账的方式支付杜某 234,679.85 元，杜某陈述该钱款不是杜某的工资，杜某不清楚是什么性质的钱款。广告公司陈述该钱款是支付给杜某的终结劳动关系的补偿。

原审法院另查明，在广告公司制作的杜某的简历中显示，杜某 1998 年 10 月至 2000 年 8 月在 Bates 广告（柬埔寨）任客户总监；2000 年 9 月至 2004 年 1 月在 Bates 广告集团任董事总经理；2004 年 2 月至 2006 年 12 月在 141 广告（菲律宾）任集团董事总经理；2007 年 1 月至 2008 年 1 月在 141 奥美行动（菲律宾）任集团董事总经理。

2008 年 2 月 27 日，上海市徐汇区劳动和社会保障局作出《企业实行其他工作时间制度的批复》，同意广告公司的高级管理人员、客户服务人员、设计制作人员岗位，自 2008 年 3 月 1 日至 2009 年 2 月 28 日实行不定时工作制。

杜某在广告公司工作期间，杜某持有就业证，就业证上的工作单位是上海奥美广告有限公司（以下简称奥美广告公司），奥美广告公司系代广告公司为杜某办理就业证。

杜某育有三个子女。杜某在广告公司工作期间，广告公司为杜某提供汽车一辆，并替杜某支付给房屋的出租人房屋租赁费即住房津贴及向杜某的两个女儿就读的学校支付教育费即子女教育津贴。杜某享受住房津贴及子女教育津贴均至 2008 年 12 月 31 日。杜某在 2008 年已休年休假 2 天。

2009 年 7 月 30 日，杜某以奥美广告公司为被申请人向上海市劳动争议仲裁委员会申请仲裁，后又变更申诉请求。2009 年 11 月 10 日，该仲裁委员会作出裁决，对杜某的申诉请求不予支持。杜某不服，诉至法院。2010 年 1 月 15 日，杜某以其起诉奥美广告公司的诉讼请求属于确认之诉、其将另行提起给付之诉为由，向法院提出撤诉申请，法院于同月 19 日予以准许。

2010 年 1 月 13 日，杜某以广告公司为被申请人再次向上海市劳动争议仲裁委员会申请仲裁，同月 15 日，该仲裁委员会以双方之间的部分争议不属于受理范围、部分争议超

过申诉期限为由，决定不予受理。杜某不服，诉至原审法院，请求判令：1、自2008年11月6日起恢复杜某与广告公司的劳动关系；2、广告公司按每月90,212元标准支付杜某自2008年11月6日起至双方恢复劳动关系之日的工资；3、广告公司按每月42,588元标准支付杜某自2009年1月起至双方恢复劳动关系之日的住房津贴及2008年3月至2008年9月的额外津贴每月5,000元；4、广告公司按每月10,259.17元标准支付杜某自2009年1月起至双方恢复劳动关系之日的子女教育津贴；5、广告公司支付杜某机票价格的钱款85,000元（42,500元/年*2年）；6、广告公司向杜某提供自2008年11月6日起至双方恢复劳动关系之日的与香港员工同等待遇的“集团寿险-医疗险”；7、广告公司为杜某购买自2008年11月6日起至双方恢复劳动关系之日的在香港的寿险和个人意外险；8、广告公司按每月16,800元标准支付杜某自2008年10月起至双方恢复劳动关系之日的汽车租赁费（15,600元/月）和停车费（1,200元/月）；9、广告公司将杜某加入广告公司的“奥美行动（集团）国际养老金计划”；10、广告公司支付杜某2008年3月1日至2008年10月14日周一至周五的平时延长工作时间加班工资260,460.20元【159,859.17元/月（基本工资90,212+住房津贴42,588+教育津贴10,259.17+车贴16,800）*70%/21.75*405小时/8小时】；11、广告公司支付杜某2008年的未休年休假20天的工资293,993.88元（159,859.17元/月/21.75*200%*20天）。

原审庭审中，杜某陈述其诉讼请求的第6项和第7项所指的保险，即是广告公司提供的证据14函中提到的“GroupLife/MedicalInsurancePolicy”。该险种系在香港投保，有效期从2008年2月25日至2008年11月6日。

杜某为证明杜某的女儿发生教育费用，提供了上海法国学校出具的证明书，在该证明书上显示杜某的两个女儿2007至2008学年、2008至2009学年、2009至2010学年支付了教育费用。广告公司对该份证据的真实性无异议。

案外人杰桦旅游信息咨询（上海）有限公司（以下简称杰桦公司）于2009年5月为杜某办理了《外国人就业证》。本案审理中，2010年4月14日，杰桦公司作出一份书面《说明函》，称杰桦公司于2009年5月27日与杜某签订了一份书面劳动合同，合同期限自2009年6月1日至2010年5月31日，合同约定杜某的固定工资为4,000元。之所以杜某愿意与杰桦公司签订劳动合同，是基于维持自身家庭的基本生活，以及考虑到孩子们年纪尚小，需要相对稳定的生活居所。

原审庭审后，杜某表示，杜某与杰桦公司的劳动合同约定期限至2010年5月31日，为维持家庭基本生活，杜某与杰桦公司达成共识，续签为期一年的劳动合同，约定月工资为4,000元。

原审法院认为，仲裁前置是劳动争议案件的必经程序，杜某要求广告公司支付2008年3月至2008年9月的额外津贴每月5,000元，因未经过仲裁前置程序，故不作处理。杜某于2009年7月30日以就业证上的单位奥美广告公司为被申请人提起仲裁申请，提出了包括本案诉讼请求在内的请求，故杜某已经就劳动争议主张了权利，杜某在本案中的

请求并未超过申诉期限。杜某与广告公司先后签订有两份书面劳动合同，劳动合同中的约定，均系双方当事人真实意思的表示，即使如广告公司所述，外国人签订的劳动合同最长期限不得超过五年，杜某与广告公司的第二份劳动合同起始期至今，也并不超过五年。因用人单位作出的开除、除名、辞退、解除劳动合同等决定而发生的劳动争议，用人单位负有举证责任。广告公司主张杜某工作期间不能胜任工作、造成广告公司严重亏损，在杜某否认的情况下，广告公司未提供有效证据加以证明，因此，广告公司应当承担举证不能的法律后果，且从现有的证据中，也反映不出杜某与广告公司系协商解除双方的劳动合同的事实，故难以认定广告公司解除劳动合同的行为具有合法性，因广告公司解除劳动合同违法，现杜某要求恢复与广告公司的劳动关系，于法不悖，予以支持。《上海市企业工资支付办法》规定，用人单位单方解除劳动合同的劳动关系，引起劳动争议，经劳动争议仲裁部门或人民法院裁决撤销单位原决定的，用人单位应当支付劳动者在仲裁、诉讼期间的工资。因杜某系 2009 年 7 月 30 日向劳动争议仲裁委员会主张权利，故杜某可以享有的工资应从 2009 年 7 月 30 日起算，但根据损益相抵原则，杜某在杰桦公司取得的劳动报酬，应作相应扣除。至于杜某工资的组成部分，住房津贴和子女教育津贴系由广告公司按照双方约定而承担的义务，从杜某工作期间这两项津贴的承担方式来看，并不是作为工资的组成部分向杜某支付的。同样，广告公司提供汽车一辆供杜某使用，也非以现金的方式支付。因此，原审法院认为杜某的月工资就是劳动合同中约定的 90,212 元，杜某享有的住房津贴、子女教育津贴和汽车的待遇不属于工资的组成部分，而是杜某在工资之外享受的其他福利待遇。广告公司承担住房津贴、子女教育津贴至 2008 年 12 月 31 日，因判决双方恢复劳动关系，故广告公司应自 2009 年 1 月起至案件判决之日止承担支付杜某住房津贴、子女教育津贴的义务。至于住房津贴的标准是 37,588 元还是 42,588 元，梁桂泉向杜某发送电子邮件确认增加住房津贴 5,000 元，该电子邮件的日期为 2008 年 3 月 20 日，广告公司虽然提出了双方劳动合同签订的日期为 2008 年 3 月 24 日之后，但在杜某否认的情况下，广告公司未能提供有效的证据加以证明，而双方的劳动合同的落款日期明确地打印为 2008 年 2 月 1 日，故根据现有的证据，认定广告公司承诺杜某住房津贴在每月 37,588 元的基础上增加 5,000 元。因为广告公司的违法解除行为，致使杜某无法享受住房津贴和子女教育津贴，使得杜某的可得利益受到侵害，广告公司应当承担支付的义务。恢复劳动关系后，杜某在广告公司处工作已满两年，故杜某可以享受上海往返巴黎的机票，这也属于杜某的福利，现杜某主张相当于机票价格的钱款，而广告公司财务部门员工乐嘉佳亦确认每年假日机票价为 42,500 元，故广告公司应按 42,500 元的标准予以支付。按照杜某与广告公司劳动合同的约定，广告公司应为杜某购买保险，并在杜某工作满两年后，杜某有资格加入广告公司在香港的养老金计划，故广告公司应根据劳动合同的约定，履行相应的义务。杜某工作时，广告公司提供汽车一辆供杜某使用，此系广告公司提供给杜某的工作条件，现杜某主张汽车租赁费和停车费，缺乏依据，不予支持。广告公司虽然申请了不定时工作制，但在广告公司发送给杜某的电子邮件中明确了杜某工作期间存在加班，可见，

广告公司对杜某工作中加班的事实是确认的，现广告公司没有支付杜某加班工资，应予支付。杜某在 2008 年有未休年休假，广告公司未足额支付未休年休假工资，广告公司应补足差额部分。广告公司在 2008 年 12 月 29 日通过银行转账的方式支付杜某的 234,679.85 元，杜某应当返还广告公司。

原审法院审理后，依照《中华人民共和国劳动法》第四十四条第（一）项、第五十条、第七十八条、《中华人民共和国劳动合同法》第四十八条之规定，判决：一、杜某

（DURIEZPASCALOLIVIERMARIE）与某广告公司自 2008 年 11 月 6 日起恢复劳动关系；二、某广告公司于判决生效之日起七日内支付杜某（DURIEZPASCALOLIVIERMARIE）自 2009 年 7 月 30 日起至判决之日止的工资人民币 956,259.54 元；三、某广告公司于判决生效之日起七日内支付杜某（DURIEZPASCALOLIVIERMARIE）2009 年 1 月至判决之日止的住房津贴人民币 766,584 元；四、某广告公司于判决生效之日起七日内支付杜某

（DURIEZPASCALOLIVIERMARIE）自 2009 年 1 月起至判决之日止的子女教育津贴人民币 184,665.06 元；五、某广告公司于判决生效之日起七日内支付杜某

（DURIEZPASCALOLIVIERMARIE）相当于机票价格的钱款人民币 85,000 元；六、某广告公司于判决生效之日起七日内为杜某（DURIEZPASCALOLIVIERMARIE）至香港投保自 2008 年 11 月 7 日起至本案判决之日止的名称为

“GroupLife/MedicalInsurancePolicy” 的保险；七、某广告公司于判决生效之日起七日内将杜某（DURIEZPASCALOLIVIERMARIE）加入在香港的“奥美行动（集团）国际养老金计划”；八、某广告公司于判决生效之日起七日内支付杜某

（DURIEZPASCALOLIVIERMARIE）2008 年 3 月 1 日至 2008 年 10 月 14 日的延长工作时间加班工资人民币 220,475.02 元；九、某广告公司于判决生效之日起七日内支付杜某

（DURIEZPASCALOLIVIERMARIE）2008 年未休年休假工资差额人民币 78,805.88 元；十、驳回杜某（DURIEZPASCALOLIVIERMARIE）要求某广告公司按每月人民币 16,800 元支付杜某自 2008 年 10 月起至双方恢复劳动关系之日的汽车租赁费（15,600 元/月）和停车费（1,200 元/月）的诉讼请求；十一、杜某（DURIEZPASCALOLIVIERMARIE）于判决生效之日起七日内返还某广告公司人民币 234,679.85 元。负有金钱给付义务的当事人如未按判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百二十九条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。案件受理费人民币 10 元，免予收取。

杜某、广告公司均不服原审判决，提出上诉请求。

杜某上诉请求撤销原审判决第二、三、四、八、九、十、十一项，改判奥美广告公司以每月 90,212 元的标准支付杜某自 2008 年 11 月 6 日起至双方劳动关系实际恢复之日的工资；以每月 42,588 元的标准支付杜某自 2009 年 1 月至双方劳动关系实际恢复之日的住房津贴以及 2008 年 3 月至 2008 年 9 月每月 5,000 元的额外住房津贴；以每月 10,259.17 元的标准支付杜某自 2009 年 1 月至双方劳动关系实际恢复之日的子女教育津贴；支付杜某 2008 年 3 月 1 日至 2008 年 10 月 14 日的加班工资 260,460.20 元；支付杜某 2008 年

未休年休假工资 161,696.63 元；按每月 16,800 元的标准支付杜某自 2008 年 10 月起至双方恢复劳动关系之日的汽车租赁费（15,600 元/月）和停车费（1,200 元/月）。其上诉理由是：广告公司系非法解除与杜某的劳动合同，补发的工资应从 2008 年 11 月 6 日起计算。一审判决后，广告公司又提起上诉，故原审判决中关于工资、住房津贴、子女教育津贴的计算均应相应顺延至本案终审结束，即双方实际恢复劳动关系之日。2008 年 3 月至 2008 年 9 月的额外住房津贴 5,000 元与诉争的住房津贴属于同一性质，法院应当对此予以处理。广告公司在合同履行期内应向杜某提供车辆一部，由于该公司无故中断履行合同，导致杜某无法使用车辆，应得利益受损，故广告公司理应支付相应补贴。计算加班工资、未休年休假报酬的工资基数应包括杜某的各项货币性收入以及双方约定的住房津贴、教育津贴、汽车租赁、停车补贴等。关于广告公司已支付给杜某的 234,679.85 元，一审径直作出返还判决有所不当。

广告公司上诉请求撤销原判，改判驳回杜某原审全部诉讼请求。其上诉理由是：广告公司系严格按照双方之间的聘用合同解除了与杜某的劳动关系，具有合法性。杜某已与其他公司建立了劳动关系，广告公司也已另行聘用董事总经理，客观上双方已不具有恢复劳动关系的可能性。杜某作为广告公司的高官适用的是不定时工作制，原审判决广告公司支付其加班工资缺乏依据，要求广告公司支付杜某未工作期间的工资及各项津贴显失公平，补交商业保险也根本不可能，况且住房津贴应为每月 37,588 元，而非 42,588 元。杜某未休年休假系其主动放弃，且其工作未满一年，不享有探亲假机票的待遇，故原审判决广告公司支付其未休年休假工资差额和机票价款也缺乏法律依据。

经审理查明，杜某与广告公司签订的两份劳动合同落款打印日分别为 2008 年 2 月 1 日和 2008 年 2 月 25 日。其中，双方在落款日期为 2008 年 2 月 25 日的合同中约定：杜某的职位属于业务服务岗位，业务服务岗位在奥美集团执行不定时工作制。2008 年 10 月 14 日，广告公司财务部员工 IsabelleBian（高级财务分析师）向杜某发送的“3 月 1 日 - 10 月 14 日 Pascal 的工作时间表的分析”邮件附件下方未对杜某的加班时间作出统计。除以上事实外，原审法院认定的其余事实均无误，本院予以确认。

本院另查明，杜某在广告公司就职期间，广告公司实际每月支付杜某住房津贴 37,588 元，住房津贴与房租的差额部分，由广告公司每月从杜某工资中扣除。

以上事实，除双方当事人陈述一致外，另有杜某提供的劳动合同、解聘通知、乐嘉佳发送给杜某的电子邮件、证明书，广告公司提供的劳动合同、解洪隽发送给杜某的电子邮件、IsabelleBian 发送给杜某的电子邮件、梁桂泉发送给杜某的电子邮件及杜某回复的电子邮件、解聘通知、银行付款凭证、《企业实行其他工作时间制度的批复》、《关于杜某的就业情况》、发票、费用报销申请单、杜某与杰桦公司的劳动合同、保险公司出具的证明函等证据证实，本院予以确认。

本院认为，首先，关于广告公司是否应当与杜某恢复劳动关系。广告公司主张其系严格按照与杜某的聘用合同解除了双方之间的劳动关系；广告公司的管理层业已重组，杜某

的职位已由他人取代，客观上双方已不具有恢复劳动关系的可能性。然根据在案证据查明的事实，杜某与广告公司的劳动合同系按照中国法律所制定，现广告公司以杜某不能胜任工作、给该公司造成严重亏损为由与杜某解除劳动合同，则应由广告公司就所主张的解除事由承担举证责任。现广告公司对其所主张的解除事由未能提供充分有效的证据加以证明，亦未能举证证明其与杜某另行约定了解除劳动合同的条件，故应当承担举证不能的法律后果。广告公司认为其与杜某所签署的落款为 2008 年 2 月 25 日的劳动合同并非正式的合同文本，缺乏事实依据，本院不予采信。至于系争劳动合同是否能够继续履行，本院认为，广告公司所述该公司管理层业已重组，杜某的职务已由他人替代等理由，均属于广告公司的自身行为，一方面并无证据显示广告公司的上述行为足以导致本案系争劳动合同无法继续履行，另一方面广告公司欲以其自身的经营行为为依据排除其须依法承担的违法解约责任，对于劳动者而言明显不公，故本院对其上述理由不予采纳。其次，关于广告公司因违法解除与杜某的劳动合同而应承担的相应责任。1、住房津贴。从双方就住房津贴的约定来看，杜某若每月决定使用的金额少于双方约定的数额，则余额部分属于应纳税的收入。而在实际支付过程中，若杜某每月应支付的房租多于双方约定数额，差额部分亦由广告公司从其本人工资收入中扣除，故本院认为住房补贴应属于杜某的工资性收入。至于住房津贴的具体数额，杜某认为应当是在合同约定的 37,588 元的基础上再增加 5,000 元，即 42,588 元。广告公司则认为双方的合同实际签订于 2008 年 3 月 20 日之后，约定的 37,588 元中已包含了广告公司原负责人梁桂泉承诺的 5,000 元增加款。对此本院认为，杜某在职期间，广告公司均以 37,588 元的标准为杜某支付房租，超过部分则由广告公司在杜某的收入中扣除，杜某对此从未提出异议。广告公司在发给杜某的涉及住房津贴的电子邮件中，所提及的数额均为 37,588 元，杜某亦从未就此提出异议。结合 2008 年 3 月 20 日，广告公司原负责人梁桂泉所发邮件的内容，本院认为广告公司所述双方劳动合同日期系倒签，广告公司每月支付的 37,588 元住房津贴中已包含额外增加的 5,000 元之事实具有合理性，故广告公司应当支付杜某的住房津贴为每月 37,588 元。杜某要求广告公司按照 42,588 元的标准支付其住房津贴的诉讼请求，本院不予支持。2、关于保险。因本案所涉

“GroupLife/MedicalInsurancePolicy”保险合同之性质所致，杜某要求广告公司为其补缴，缺乏依据，本院难以支持。如杜某确因广告公司未为其缴纳上述保险导致其存在相关的利益损失，可另行主张。3、加班工资。双方在合同中已约定杜某的工作岗位执行不定时工作制，故杜某再要求广告公司支付加班工资，缺乏法律依据，本院不予支持。4、未休年休假工资。杜某在广告公司实际工作至 2008 年 11 月 5 日，之后由于广告公司违法解除劳动合同导致杜某未正常工作。杜某虽属被动缺勤，但年休假制度实际保障的是劳动者的休息权利，现杜某在上述期间实际并未工作，广告公司也承担了其违法解除劳动合同的责任，即支付杜某未工作期间的工资，故杜某再主张年休假工资缺乏依据，本院对其相关诉请不予支持。原审所作判决并无不当，本院予以维持。三、关于广告公司是否应当支付杜某违法解除劳动合同期间的子女教育津贴、机票价款、汽车租赁费及停车费、并为

杜某加入“奥美行动（集团）国际养老金计划”，原审法院在判决中已阐述理由，本院予以认同，不再赘述。杜某要求广告公司支付的费用均计算至双方实际恢复劳动关系之日止，缺乏法律依据，本院不予支持。广告公司于2008年12月29日通过银行转账的方式支付给杜某的234,679.85元，鉴于双方劳动关系已自2008年11月6日恢复，广告公司须就此承担劳动关系存续期间的法律责任，杜某再持有上述费用缺乏依据，原审判决予以返还并无不当。

据此，依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第（三）项、《中华人民共和国劳动法》第七十八条、《中华人民共和国劳动合同法》第四十八条之规定，判决如下：

一、维持中华人民共和国上海市徐汇区人民法院（2010）徐民一（民）初字第1232号民事判决主文第一、二、四、五、七、十、十一项；

二、撤销中华人民共和国上海市徐汇区人民法院（2010）徐民一（民）初字第1232号民事判决主文第三、六、八、九项；

三、某广告公司于本判决生效之日起七日内支付杜某(DURIEZPASCALOLIVIERMARIE)自2009年1月起至2010年6月30日止的住房津贴人民币676,584元；

四、驳回杜某(DURIEZPASCALOLIVIERMARIE)其余诉讼请求。

负有金钱给付义务的当事人如未按本判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百二十九条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。

上诉案件受理费10元，由杜某负担。

本判决为终审判决。

审判长 孙卫

代理审判员 丁慧

代理审判员 裘恩

二〇一一年三月二十八日

书记员 刘惠

[在线查看此案例](#)