浙江省宁波市中级人民法院

民 事 判 决 书

（2015）浙甬民一终字第829号

上诉人（原审原告）：洪谦。

委托代理人：张进金，浙江正清和律师事务所律师。

委托代理人：贾丹丹。

被上诉人（原审被告）：宁波鄞州明贝堂中医门诊部。

法定代表人：项志秋。

委托代理人：吕仕法，浙江新中大律师事务所律师。

上诉人洪谦因与被上诉人宁波鄞州明贝堂中医门诊部（以下简称明贝堂门诊部）劳动合同纠纷一案，不服宁波市鄞州区人民法院于2015年7月20日作出的（2015）甬鄞民初字第751号民事判决，向本院提起上诉。本院于2015年8月31日立案受理后，依法组成合议庭进行了审理。经阅卷和询问当事人，事实已核对清楚，决定径行判决。本案现已审理终结。

原审法院审理认定：洪谦、明贝堂门诊部签订有期限自2011年12月1日至2016年11月30日的劳动合同，约定洪谦的岗位为门诊部主任，月岗位工资4850元。2012年6月5日，宁波大榭明州投资有限公司作出股东会决议，认为洪谦担任公司及投资设立控股宁波大榭开发区明州保健食品有限公司高管期间，购买贝因美科工贸股份有限公司个人原始发起股，违反公司法和公司章程有关规定，决定对洪谦所得的收入归公司所有。决议作出当天，洪谦开始请病假休息。同年6月20日，宁波市鄞州医药药材有限公司董事会作出决议，认为洪谦在担任控股及控股子公司董事兼经理、高管期间，违反公司法和公司章程、制度规定，自营和为他人经营与公司同类业务，谋取私利，违反了高管的忠实义务；事件发生后，洪谦不认识错误，并以病假抵制，不适应门诊部主任职务；解聘洪谦担任的门诊部主任职务，调整为办事员，每月工资为1800元；法定代表人项志秋兼任门诊部主任一职。同月21日，明贝堂门诊部的理事会作出决议，主要内容与董事会决议一致，解聘洪谦门诊部主任职务。2012年7月起，洪谦每月领取工资1800元。2014年12月2日，明贝堂门诊部向洪谦出具《内部工作变动通知单》，通知洪谦从2014年12月3日起，从原办事员岗位调整到煎药岗位，月工资标准从1800元调整至2350元。洪谦未去煎药岗位报到。2015年4月7日，明贝堂门诊部向洪谦出具通知，内容为：“洪谦，因你不愿去煎药岗位报到，2015年3月26日上午已经由任剑明、张立、陈及时、马贻兵一起在综合办向你告知了继续在办事员岗位上班，并向你送达了《办事员岗位职责》，现书面告知你，撤销2014年12月2日《内部工作变动通知单》，你继续在办事员岗位上班，请你遵守单位规章制度，履行办事员岗位职责”。

原审另查明，明贝堂门诊部有煎药部门及业务，并于2014年10月、11月共计购买了8台煎药机、2台包装机，同期间还有其他员工一并调到煎药岗位。洪谦已取得从业药师资格。

2014年5月29日，洪谦曾向宁波市鄞州区劳动人事争议仲裁委员会申请仲裁，该委于2014年7月7日作出裁决，确认明贝堂门诊部将洪谦岗位从门诊部主任调整为门诊部办事员符合法律规定，并驳回了洪谦的全部仲裁请求。洪谦不服，诉至宁波市鄞州区人民法院，宁波市鄞州区人民法院于2014年11月5日作出（2014）甬鄞民初字第1483号民事判决书，判决驳回洪谦的诉讼请求。洪谦不服，诉至宁波市中级人民法院，该院于2015年3月6日作出（2015）浙甬民一终字第24号民事判决书，判决驳回上诉，维持原判。

原审还查明，宁波大榭明州投资有限公司系宁波市鄞州医药药材有限公司法人股东之一，宁波市鄞州医药药材有限公司投资开办了宁波鄞州明贝中医门诊部，于2012年4月更名为宁波鄞州明贝堂中医门诊部。2012年8月3日，洪谦向宁波市北仑区人民法院起诉，要求撤销2012年6月5日由宁波大榭明州投资有限公司作出的有关其违反忠诚义务的股东会决议。后经宁波市中级人民法院作出终审判决，驳回洪谦的诉讼请求。后洪谦申请再审，浙江省高级人民法院作出（2014）浙商提字第86号民事判决书，判决维持宁波市中级人民法院（2013）浙甬商终字第896号民事判决。

洪谦于2014年12月25日就本案申请劳动仲裁，要求确认明贝堂门诊部2014年12月2日擅自将洪谦岗位从门诊办事员变更为煎药工的行为违法，裁令明贝堂门诊部继续履行劳动合同，恢复洪谦门诊部办事员岗位工作。该委于2015年4月14日作出甬鄞劳仲案字（2014）第1690号仲裁裁决，裁决驳回洪谦的仲裁请求。

洪谦对该仲裁裁决不服，诉至原审法院。洪谦在原审中起诉称：2011年12月1日，洪谦与明贝堂门诊部宁波鄞州明贝中医门诊部（现为明贝堂门诊部）签订劳动合同，约定劳动合同期限自2011年12月1日至2016年11月30日，工作岗位为门诊部主任，工作地点在宁波市鄞州区保丰路209号，月岗位工资为4850元（实际发放为13205元）。2012年6月，因洪谦与明贝堂门诊部关联企业发生股东权益纠纷，明贝堂门诊部擅自将洪谦工资调低，每月实际领取1300元。当洪谦交涉后，明贝堂门诊部法定代表人答复只是暂扣，以后会补发。后明贝堂门诊部仍未补发，洪谦遂提起有关劳动待遇问题的仲裁和诉讼。在仲裁过程中，洪谦方知明贝堂门诊部已将洪谦从门诊部主任调整为门诊部办事员，但未通知洪谦，包括口头或书面。为工作岗位问题，洪谦多次与明贝堂门诊部交涉未果，并向区劳动监察大队投诉。2014年12月2日，明贝堂门诊部单方面向洪谦发出内部工作变动通知书，将洪谦的岗位从办事员变更为煎药工，月工资2350元，并于2014年12月16日为洪谦量身定做了所谓的门诊部劳动规章制度，若不服从，将辞退洪谦，并每天强迫洪谦学习该制度。洪谦认为明贝堂门诊部多次调整工作岗位的行为严重违反劳动合同的约定，侵犯了职工的合法劳动权利。洪谦遂申请劳动仲裁，但仲裁裁决认为“本案洪谦原劳动合同岗位为门诊部主任，后因其违反高管忠实义务等事由，于2012年6月20日被调整岗位为门诊办事员。宁波市中级人民法院已作出终审判决，对申请人违反高管忠实义务的事实和调整岗位的合法性予以确认……”。洪谦认为，该认定错误，理由为：1.浙江省高级人民法院作出的（2014）浙商提字第86号民事判决书，认为“洪谦一审起诉时，以明州投资公司临时股东会决议既违反了事实，也违反了法律和公司章程，是一种无效行为，洪谦作为公司的小股东，向公司有业务关系的其他公司投资入股，并不构成股东违反忠实义务为由，要求确认明州投资公司2012年12月14日作出的股东会决议无效。一、二审法院均围绕洪谦是否为明州投资公司的高管，其行为是否违反竞业禁止和忠实义务进行审理。由于明州投资公司2012年12月14日公司股东会作出的决议内容，涉及我国公司法规定的公司归入权制度。而公司归入权是法律赋予公司的特别救济权，公司法第一百四十八条规定竞业禁止归入权就属于此。就本案洪谦的主张看，本院无需就股东会决议内容是否符合归入权的构成要求等进行实质审查，只有公司在提起归入权诉讼时，由受理案件的人民法院对决议内容进行实质审查，故本院仅对股东会决议作形式审查。”因此，宁波市中级人民法院关于洪谦违反忠实义务的认定不能成立。仲裁裁决根据宁波市中级人民法院判决书认定来确定洪谦违反忠实义务缺乏依据，明贝堂门诊部2014年12月2日擅自将洪谦岗位从门诊部办事员变更为煎药工的行为违反了劳动合同法和劳动法的规定，仲裁裁决的认定缺乏事实和法律依据。现洪谦不服仲裁裁决，要求法院确认明贝堂门诊部2014年12月2日擅自将洪谦岗位从门诊办事员变更为煎药工的行为违法。

明贝堂门诊部在原审中答辩称：在双方履行劳动合同过程中，明贝堂门诊部之前对洪谦从门诊部主任调岗到门诊部办事员，已经生效法律文书确认为合法。之后明贝堂门诊部将洪谦从门诊部办事员调整为煎药工，是根据单位生产经营需要。当时因为煎药机器增加，当天的药必须当天煎完，急需人员，故安排洪谦在内的几名员工调去煎药组，属于明贝堂门诊部合法行使用工自主权。同时，将洪谦调整到煎药组，也是考虑到洪谦之前在办事员岗位只到岗不工作，导致了双方劳动权利义务严重失衡，故对洪谦的岗位再次进行了调整，但洪谦继续消极怠工，明贝堂门诊部认为双方劳动关系长期处于不和谐状态，对双方均不利，故主动撤回了调令。综上，洪谦的诉请无事实依据，应予以驳回。

原审法院审理认为：本案双方争议的焦点在于明贝堂门诊部将洪谦从门诊部办事员岗位调整至煎药工是否违法，洪谦主张明贝堂门诊部对其的该岗位调整属于恶意，而明贝堂门诊部主张该工作调整主要是基于单位生产经营需要。原审法院认为，从现有审理查明的事实来看，明贝堂门诊部将洪谦调整至煎药岗位确是因为增加机器需要增加人员而进行的调整，调整人员也包括了其他员工，并非只是针对洪谦，且洪谦调整后的工资待遇较之前的办事员岗位有明显增加，并未减少洪谦的工资收入，而洪谦具有从业药师资格，完全能够胜任新岗位，故明贝堂门诊部将洪谦从办事员岗位调整到煎药工岗位，应当是属于明贝堂门诊部合理行使用工自主权，且洪谦实际上并未到岗，明贝堂门诊部也已经于2015年4月7日书面撤销了调整岗位的决定，由此，对洪谦要求确认明贝堂门诊部2014年12月2日擅自将洪谦岗位从门诊办事员变更为煎药工的行为违法的请求，原审法院不予支持。据此，原审法院依照《中华人民共和国劳动合同法》第二条，《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第六条的规定，作出判决：驳回洪谦的诉讼请求。

宣判后，原审原告洪谦不服，向本院提起上诉，请求撤销一审判决，改判支持上诉人一审中的所有诉讼请求。理由如下：一、一审法院认为“被告将原告从办事员岗位调整为煎药工岗位，应当是属于被告合理行使用工自主权”不符合事实。1.从调岗依据看，被上诉人无权将上诉人从办事员调整为煎药工。被上诉人明贝堂门诊部的章程中规定本单位的业务范围为中医内科、中医妇科、中医儿科。宁波市鄞州明贝中药煎药服务有限公司章程中规定公司经营范围为中药代煎、代送；膏方代熬煮；煎药机安装、调试、修理。上诉人洪谦是与被上诉人明贝堂门诊部签订的劳动合同。但被上诉人的业务范围根本不包括煎药，更没有煎药工这个工作岗位。因此，被上诉人将上诉人从办事员调整为煎药工缺乏事实依据，是违法的。2.从调整的岗位要求来看，上诉人并不适合煎药工岗位。上诉人已是一位上了年纪的人，连续工作41年，58岁，快退休了，眼睛也老花，不适合从事煎药工作。煎药是一项技术性很强的工作，不是谁都胜任。一来煎药直接影响着药效，二来煎药的程序要求严格，三是煎药设备特殊，对工作人员的身体素质要求较高。对上诉人来说，并不适合从事煎药工作，万一因眼花等因素导致煎药时发生事故，药煎错了，很可能导致重大事故，如果上诉人的身体状况在如此环境下工作，自己也很容易被累倒。被上诉人将一位不适合从事煎药的老员工安排去煎药，其昭昭之心尽人皆知。二、被上诉人调整上诉人的工作岗位程序不合法。上诉人自亲手筹建明贝堂以来，一直担任门诊部主任岗位，管理得井井有条，并无任何的违章和事故发生，并不存在任何不称职的地方，被上诉人对上诉人的两次职务调整，并不是因上诉人工作不称职发生的行为，而是在报复的情况下的迫害行为。根据劳动合同法调整工作岗位之规定，调岗属于变更劳动合同的主要内容，用人单位必须先与劳动者协商一致，未经劳动者同意，用人单位单方面调整岗位，是无效的。

明贝堂门诊部答辩称：原审法院认定事实清楚，适用法律正确，要求驳回上诉，维持原判。

在二审举证期间内，双方当事人均未提交新的证据。

二审审理过程中，双方当事人对原审认定的事实均无异议。故本院经审理查明的事实与原审法院认定的事实一致。

本院认为：当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实有责任提供证据加以证明。没有证据或者证据不足以证明当事人的事实主张的，由负有举证责任的当事人承担不利后果。上诉人主张被上诉人将其从门诊部办事员岗位调整至煎药工岗位系恶意，但未提供相关证据予以证明。而被上诉人提供的证据显示，被上诉人于2014年10月、11月新购了煎药机、包装机，且调整人员包括了其他员工，故本院有理由相信该工作调整确系经营之需要，而非特意针对上诉人。再者，上诉人具有从业药师资格，煎药亦非重体力劳动，故上诉人能够胜任煎药工岗位，而且上诉人工作调整后的工资待遇有明显增加。基于上诉人实际并未到岗，被上诉人已于2015年4月7日书面撤销了调整岗位的决定，因此，原审不予支持上诉人要求确认被上诉人2014年12月2日擅自将其从门诊部办事员变更为煎药工的行为违法之诉请，并无不当。综上，原判认定事实清楚，适用法律正确，程序合法，判决得当。上诉人的上诉请求，缺乏依据，本院不予支持。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第（一）项之规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

本判决为终审判决。

审　判　长　　曹　炜

审　判　员　　梅亚琴

代理审判员　　龚　静

二〇一五年十一月二日

代书　记员　　许玲儿