

# 变性手术算病假， 整容手术算病假吗？

现代社会呈现出愈加丰富多元的趋势，我们总是发现身边出现很多新鲜事，我们又学着逐渐地去接纳这些新鲜事，除非它威胁到了他人、集体、国家或社会公共利益。也许正是我们对很多新鲜事的包容，才奠定了文明的长远发展和社会的长足进步。

我们习惯于按照我们对于生物性别的认识去理解社会，但仍然会有一些人要按照自己的生活体验来表达他们的性别身份，对于这种持续存在的社会表达，往往需要我们重新去审视和认识，这种重新审视和认识或许是一个非常漫长的过程，但确实越来越多的人选择包容，我们也确有必要逐渐转变我们的态度。因为只有我们容忍多元化的生存方式，才能拥有更加丰富的文化观念，才能为法治社会奠定宽容的文化基础，这或许就是有学者指出“社会宽容乃法治之福”的逻辑。我们尊重和保护变性人的人格、尊严及其正当权利，是基于我们对于公民的尊严和权利的珍视，而非我们对于变性人进行倡导和推广。

的确，现代社会，人们的观念、行为日益多元化和丰富化，变性手术、整容手术都屡见不鲜，对职场中的人来说，变性手术、整容手术导致的缺勤是否属于病假，是一个非常现实的法律问题。

## 争议： 变性手术能否请病假

我们来梳理一下当当网这个案件涉及的关键问题：

1. 公司解除劳动合同的理由是旷工；

公司于2018年9月6日以高某某“自2018年7月2日至至今连续旷工”为由，做出解除劳动合同的决定。

2. 员工未出勤的原因是因为当事人正进行男转女性别重置及手术。

高某某认为2018年7月2日至2018年9月6日期间自己因患易性症进行治疗，属于病假期间，并不构成旷工，公司解除劳动合同的真正原因是就业歧视，并主张公司属于违法解除劳动合同，要求继续履行劳动合同。

3. 病假成立与否的两种观点：事实说 VS 规范说。

对于员工的说辞，当当网认为，公司主张高某某的休假申请未按照公司制度进行预先请假，且提交的假条有遮挡无法判断为病假，病情证明单与出院证记载休息时间不一致，应以出院医生建议为准，故未批准高某某的病假申请。

对于病假成立与否的问题，裁判实践中，存在以下两种观点和做法：

一种观点是：事实说。认为



病假应以劳动者事实上患有疾病且持有医院诊断证明为准，即使劳动者的事前请假手续存在瑕疵，事后向用人单位告知并提交相关手续亦可。

另一种观点是：规范说。认为请病假必须有患病的事实且需严格履行用人单位的请假手续，否则均视为未履行请假手续，不属于病假。

目前裁判实践中对病假成立与否采用“事实说”的比较多。

4. 违法解除后，劳动关系能否恢复？

1) 当当网公司认为高某某所担任的产品总监一职具有不可替代性和唯一性，且该岗位已被案外人崔某某替代，并据此主张劳动合同不能继续履行。高某某则对其所担任的产品总监一职被崔某某替代的事实不予认可，但主张即使其岗位被崔某某替代，自己亦可以接受崔某某原任的UED岗位或者其他岗位。

2) 当当网公司又认为高某某的身体条件不能适应互联网公司的劳动强度，继续履行劳动合同也不利于高某某的身体恢复，高某某则提交出院小结等证据证实其身体条件完全可以开展工作，且只有更加坚强地面对现实才能更好地恢复。

3) 当当网公司还认为继续履行劳动合同会涉及高某某的如厕等生理问题以及其他同事心理上的不适问题。法院认为，有关公安机关已经依据公安部治安管

理局《关于公民手术变性后变更户口登记性别项目有关问题的批复》将高某某的性别由男性更改为女性，高某某即有权以女性的身份进行如厕，其他同事也应当接受高某某的新性别，以包容的心态与其共事。

最后，法院呼吁并相信当当网公司及其员工能够发扬“开放、平等、协作、快速、分享”的互联网精神，以更加开放、宽容的心态面对高某某，在高某某能够胜任新岗位的前提下构建和发展和谐稳定的劳动关系。法院亦提示高某某要珍惜社会给予的尊重和保护，在维护自身权利的同时不要滥用权力，以更加坦诚、平和的心态面对当当网公司，力争在新的岗位上取得更优异的成绩。

## 结论： 变性手术导致的缺勤 属于病假

2019年2月12日，北京市东城区劳动人事争议仲裁委员会做出裁决，撤销了《解除劳动合同通知书》，裁决双方于2018年9月6日起继续履行劳动合同。

后经一审，一、确认北京当当网信息技术有限公司与高某某自2018年9月6日起继续履行劳动合同；二、自判决生效之日起7日内，北京当当网信息技术有限公司支付高某某2018年6月26日至9月6日期间工资

6089.34元；三、自判决生效之日起7日内，北京当当网信息技术有限公司支付高某某2018年9月7日至11月22日工资121939元；四、驳回北京当当网信息技术有限公司的其他诉讼请求。

二审结果如下：一、维持北京市东城区人民法院民事判决第一项；二、撤销北京市东城区人民法院民事判决第四项；三、变更北京市东城区人民法院民事判决第二项为：自本判决生效之日起7日内，北京当当网信息技术有限公司支付高某某2018年6月26日至9月6日期间工资14537.3元；四、变更北京市东城区人民法院民事判决第三项为：自本判决生效之日起7日内，北京当当网信息技术有限公司支付高某某2018年9月7日至11月22日工资106341.16元；五、驳回北京当当网信息技术有限公司的其他诉讼请求。

综上，当当网这个案件的裁判中均认定变性手术导致的缺勤属于病假。

## 探讨： 整容手术是否属于病假？

在实践中，相对于变性手术，整形手术更为普遍，如割双眼皮、隆胸、造酒窝、垫下巴、隆鼻、嫩肤、造酒窝、除痘、种睫毛、脱毛等。那么因整形手术导致员工不能出勤的，且有整形医院开具的病假证明的话，属于

病假吗？

对此，我们还是先来看一则案例，无锡市人社部门的官方微博公众号曾发布的2016年度劳动人事争议仲裁典型案例中有一则这样的案例：

劳动者谭某因为到医院“开双眼皮”没有提前请假，公司以无故旷工严重违纪为由强行辞退，对此谭某不服，出具了上海某医院的病假手续，认为公司属于违法解除劳动合同，要求公司进行赔偿。最终未获仲裁支持。劳动仲裁的裁判理由是，谭某所提供的上海某医院整容外科病历及病休单，并不能证明其手术系因病所致，“开双眼皮”手术虽名为手术，但属于对天生容貌的一种改变，其没有紧迫性，谭某完全可以提前以事假形式向公司提出申请。实际上，谭某将美容行为视为疾病，仅寄希望于事后补假，工作态度上存在的问题，因其职业的特殊性，她的行为也影响了公司业务的正常运行，公司按照规章制度的规定，遵照合法的程序，单方面解除双方的劳动合同并不违反法律规定，不属于违法解除。

## 剖析： 变性手术算病假， 整容手术为啥不能算？

其实，能否算病假要看背后的原因，按劳动法的相关规定，病假其实质应该是劳动者患病或非因工负伤引起的不能正常出勤状态。根据这个实质，我们来分析一下以上两个案例：

案例1中的变性手术起因是——“易性症”，“易性症”属于“病”的范畴。

笔者百度了一下“易性症”，“易性症”在临床上又叫性别烦躁，指患者体验到或者行为表现出的性别和他的生物性的性别不一致，导致患者主观的痛苦。比如患者希望通过使用激素或者变性手术的手段得到自己所渴望的另外一种性别。

案例2中的开双眼皮起因是——“爱美”，“爱美”不算病，所以裁判部门没有认定其为病假。

不过需要指出的是，也不是所有的整容手术都不算病假，如果整容手术符合“因患病或负伤”导致的，也可以认定为病假。因此，整容手术可以分为以下两类：

修复性整形，系因患病或负伤所致，具有医疗性质，凡履行了病假手续的，应属于病假。即便劳动者请假手续有瑕疵，绝大部分裁判者认为也不影响病假的成立。

美容性整形，纯属出于爱美之心的私人事务，非因患病或负伤所引起，并非医疗行为，只能视为事假，未经批准，擅自休假，会构成违纪。

总之，无论什么手术，能否被认定为“病假”主要还是看是否因“患病或非因工负伤”引起。

文/石先广（上海劳达律师事务所高级合伙人）  
摄/贡俊祺