

跨性别劳动者休假权和平等就业权的保护

文/李彦宏 王 玫 范欠歌

【裁判要旨】劳动者享有休息休假的权利，休假权是劳动者劳动权的重要组成部分，但亦应按照法律和用人单位依法制定的规章制度，以合理的事由、向有权限的部门、按照审批流程提出申请。用人单位有权根据生产经营需要对此作出审批，不予批准的应当及时告知劳动者理由，但对于劳动者紧急手术或突发情况请假的亦应进行个案调整，以充分保障劳动者的休假权，不能仅以未按流程请假视为旷工解除劳动合同。在进行休假审批时，用人单位应尊重劳动者工作以外的人格尊严和自由权利，保护个人身份信息及隐私权，以保障不同劳动者平等就业的权利。

□案号 一审：(2019)京0101民初5075号 二审：(2019)京02民终11084号

【案情】

原告：北京当当网信息技术有限公司（以下简称当当网公司）。

被告：高践宇。

2015年4月13日，高践宇入职当当网公司，担任技术部产品总监。高践宇于2018年6月27日通过微信向直属领导请病假，并于同日因易性症进行男转女性别重置手术。术后，高践宇通过公司OA系统提出病假申请，休假日期为2018年7月2日至7月25日，申请书所附出院证中的诊断栏内容及今后注意事项栏第2点被遮挡，今后注意事项栏第3点记载建议休息一个月。7月30日，总裁办直属领导签批同意，8月7日，员工关系管理员意见为不同意，理由为：“因根据病假条无法判定为因病休假，故请提供内容明确的假条……提供最新的假条后，

直接提交即可”。2018年8月21日，高践宇再次通过OA系统提出病假申请单，休假日期为2018年7月26日至8月24日，所附2018年7月19日第二军医大学附属长征医院出具的病情证明单载明：“病情及诊断：易性病，目前已完成转性手术；建议事项……3.简易全休贰月”。同日，总裁办直属领导签批同意。8月23日，员工关系管理员向人力资源部领导发出意见征询，人力资源部领导于9月17日回复，未明确审批同意。2018年9月6日，当当网公司向高践宇邮寄了解除劳动合同通知书，以高践宇请假未批属于旷工为由解除劳动合同。高践宇认为自己已履行请假手续，不构成旷工，当当网公司系就业歧视，属于违法解除，要求继续履行劳动合同并支付工资；当当网公司以高践宇请假不符合公司规定、其工作岗位具有不可替代性和唯一性、身体原因不能适应

工作强度等原因，主张无需继续履行劳动合同。

【审判】

北京市东城区人民法院经审理认为：劳动者享有休息休假的权利。劳动者在患病时有休病假的权利，但是劳动者因病不能到岗必然影响用人单位的正常工作安排，故劳动者在休病假时应当履行请假和审批手续。本案中，高践宇因易性症而选择手术治疗，并持有医院出具的诊断证明和休假建议，且经法院向参与高践宇诊疗的医院进行核实，其诊断证明和休假证明均真实有效，故高践宇的手术属于可以请休病假的情形。高践宇患有特殊疾病，是否需要手术系高践宇经过慎重考虑后作出的选择，其在手术前向主管领导口头进行了请假，手术后及时履行线上请假手续，通过

案例

公司办公系统提交了住院记录和诊断证明。高践宇所患疾病属于精神类疾病中的一类，关于此种疾病，精神病学界认知尚不统一，遑论社会普及程度，与劳动者具有密切人身依附关系的用人单位则更应给予理解和关怀。同时，高践宇的病情亦具有特殊性和私密性，从诊断到手术再到康复和复归社会，都需要一定的时间和适应过程，故高践宇术前希望对病情保密，请假时仅向直接领导口头告知，并在提交病假材料时对隐私部分进行处理，系出于自我保护的本能行为，不应严加苛责。但当当网公司人事主管部门在未查证病假和病情的情况下，直接不批准高践宇的休假申请，属于用工管理权行使不当。综合考虑高践宇的特殊疾病类型，及其口头请假未给当当网公司工作和管理秩序造成混乱的情况，法院认为当当网公司仅以人力资源部未通过高践宇的病假审核就直接认定高践宇未履行请假手续属于旷工，缺乏合理性。

本案中当当网公司据以作出与高践宇解除劳动合同的依据为其公司《员工手册2016版》，但并未提交该版员工手册修订经过民主程序的相关证据，故当当网公司据此解除与高践宇的劳动合同，在程序上存在瑕疵。

当当网公司的解除决定，无论实体上还是程序上均有瑕疵，该解除不符合法律规定，属于违法解除劳动合同。双方并没有阻碍劳动合同履行的客观障碍，高践宇要求继续履行与当

当网公司的劳动合同，合法有据，法院予以支持。

一审宣判后，当当网公司和高践宇均不服，上诉至北京市第二中级人民法院。北京二中院确认一审认定当当网公司解除劳动合同违法，双方继续履行劳动合同并无不当，遂判决驳回上诉，维持原判。

【评析】

本案主要存在三方面争议焦点：

第一，劳动者的休假权与用人单位审批权如何平衡；第二，司法实践中如何判断劳动者请休病假的合理性；第三，如何对类似高践宇的特殊群体劳动者实现平等就业保护。

一、休假权与审批权的平衡

休息权是劳动权的重要组成部分，除了日常工作时间外的休息，还体现在休假制度所保障的劳动者休假权利。但假期与生产之间毕竟存在一种矛盾和紧张关系，过于强化休假权在一定程度上可能会造成正常生产秩序的混乱，使得企业无法作出生产计划，因此需要对休假权予以一定的限制。此种限制不仅表现为一种程序性的规定，同时也表现为对请假事由的制约，赋予企业在是否批准请假时具有一定的自由裁量权。但如企业的自由裁量权过大，则容易造成对劳动者正当休息权利的伤害，故对请假事由进行类型化的规定和要求，就能在劳资之间建立一种有益的平衡机制。^①

请假应当具备一定的形式要件：第一，请假的事实。劳动者应当事前请假，但如果事发紧急，也可委托他人代为办理请假手续。请假时一般应说明请假的理由和期限，如果必要，还应当提供相关证明。如果劳动者未事先请假，上班后补办请假手续的行为是否有效，则可由用人单位根据相关规章制度和劳动者的实际情况区别而论。第二，请假的形式。劳动者应当将其暂时无法给付劳动的事实，以口头或者书面形式告知用人单位。第三，请假的理由及期限。第四，提供相关证明材料。劳动者请假是否应提供相关证明材料，应当视具体情节而定。用人单位的休假审批程序与劳动者的请假权相对应，是对请假权所作的一种程序和实质审查，并作出一定意思表示的过程，审批是休假程序设计的核心功能。经劳动者提出，其休假申请在用人单位正式进入审批程序，用人单位经过审批，行使审查、核实权利，最终做出批准、不予批准或减少天数等处理决定。

休假制度所追求的法律价值是多元化的，包括权利、自由、平等、安全与秩序等。其中秩序价值是休假在程序规则中的主要价值诉求，不仅意味着休假制度应当是秩序性的存在，更重要的是为劳动者提供了请假结果的可预期性或可预见性，使劳动者能得以事先安排自己的工作和生活计划。因此，休假的程序性规则应是休假立法中不可或缺的一环，同时也是

^①周述荣：“劳动者请假权制度初探”，载《中国劳动》2010年第9期。

用人单位规章制度的重要组成部分。按照正常的生活逻辑,劳动者请假是有一定程序安排的,劳动者应该先履行一定的请假手续,然后才能正常休假。然而,手续与程序是否具有同样的法律含义,值得思考。手续的瑕疵并不一定意味着程序违法,但劳动者应当秉持诚实信用原则及善良人的注意义务,在请假时考虑到生产计划与合理安排问题,将企业的损害降到最低。发生紧急情况时补办请假手续,也应当在合理期限内。而作为用人单位,尤其是人力资源管理部门,在行使审批权时亦应当履行善良人的注意义务和发挥用人单位的劳动管理职能,不能仅因程序瑕疵就否定劳动者的休假权。

本案中,高践宇因手术需请休病假,于手术前告知其主管领导,并就工作安排进行沟通。虽未能提前在OA系统中提交请假手续,但考虑到其性别重置手术的特殊性,高践宇在决定进行手术后即与领导沟通请假事宜,应当视为已履行了事前请假的手续,且未影响部门工作安排。术后,高践宇及时通过OA系统补充提交了休假申请,仅因手术的秘密性隐去其中涉及病因、术后护理等隐私情节,亦应视为其履行了补办请假手续的义务。当网人力资源部门本可通过个人联系、部门领导之间沟通等方式了解并处理病假条隐匿问题,但却以此为由对高践宇的病假申请不予批准,并在

高践宇再次提交病假条后怠于行使休假审批权这一劳动管理权力,属于对休假审批权力的滥用。

二、病假合理性的认定

当前我国劳动法律制度中没有明确的病假概念,从文义角度而言,病假是指因生病而请的假期。有学者认为,病假是指员工患病或非因工负伤需要接受治疗的事实期间,^①这与《企业职工患病或非因公负伤医疗期规定》中所定义的医疗期本质相同。从以人为本的理念出发,劳动者因病无法继续工作,虽可能导致用人单位的经济效益受损、用工成本增加,但如不予批准,对劳动者而言则无力继续为单位付出劳动,同样无益于用人单位的发展。根据前述规定,我国劳动者休病假的条件与标准主要有以下几点:一是须有医嘱,即有患病或负伤的事实;二是有需停工治疗休养的事实,这是休病假的必要充分条件;三是符合医疗期的规定。

司法实践中对于病假的认定,主要有两种观点:一种采事实说,认为病假应以劳动者事实上患有疾病,以其所持有的医院诊断证明为准,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补交相关手续亦可;另一种采规范说,认为请休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。

本案涉及的则是一种更为特殊的

病假。高践宇被精神卫生机构诊断为患易性症,并据此进行了性别置换手术。易性症是指从心理上否定自己的性别,认为自己的性别与外生殖器的性别相反,进而要求变换生理的性别特征的精神类问题。这是一种少见的性别身份认同障碍,以患者对自己解剖生理学上的性别身份厌恶或否定,坚决要求转换成异性性别身份为特征,最早报道见于1835年,并于1949年正式予以命名。^②与大众所熟知的其他疾病不同,这种精神类的疾病并不存在物理病灶,无法通过普通的药物等方式进行治疗,但因其病因为患者对自身生理性别不能接受和认同,希望改变性别,故通过性别重置手术满足其这一愿望后,其精神病灶自然消失,即所谓痊愈。根据国家卫健委发布的《性别重置技术管理规范(2017年版)》的要求,性别重置技术是指通过外科手术(组织移植和器官再造)使手术对象的生理性别与其心理性别相符,即切除原有的性器官并重建新性别的体表性器官和与之相匹配的第二性征的医疗技术,属于整形外科手术。整形手术亦非通常大众认知中的生病含义,因此本案中高践宇因进行性别重置手术请假是否符合病假的概念,成为本案争议的焦点之一。

根据前述标准,首先,高践宇经精神卫生机构诊断患有易性症,并就此进行了性别重置手术,既是

①卫德佳、陈旭:“职工病假审批程序法律问题研究”,载《法制与社会》2016年第3期。

②方明昭:“易性癖40例临床分析”,载《中华精神科杂志》1994年第27期。

案例

整形手术，亦是外科手术，医院出具医嘱要求一定的术后休假护理也符合医学逻辑和普世理解。故应当认定高践宇符合患病且有病休医嘱。其次，高践宇所接受的外科手术虽是对身体某一部位进行的，但基于手术包含部分身体机能再造的特殊性，该特殊部位的恢复需要定期就诊，且会在一定程度上影响日常生活。更为重要的是，该手术的社会意义高于医学意义，高践宇需要根据医嘱变更身份信息、适应自己的新身体及以新的身份重新融入社会，亦需要一段时间的心理和精神恢复期。再次，高践宇依医嘱提出休假申请，请假时间未超过法定医疗期的规定。综上，应当认定本案中高践宇请休病假符合法律规定。

三、平等就业权的司法保护

从本案中还引申出另一个问题，就是在高践宇要求继续履行劳动合同时，当当网公司以高践宇身体条件为由不同意继续履行合同，是否侵犯了劳动者的就业权？

如何对劳动者，尤其是跨性别等特殊群体劳动者的平等就业权进行司法保护？2018年12月最高人民法院《关于增加民事案件案由的通知》中，在一般人格权纠纷项下增加了平等就业权纠纷。将平等就业权列为单独案由，体现了国家对保

障劳动者平等就业和自主择业权利的重视，这也产生了劳动者在遭遇就业歧视时，面临在一般人格权纠纷项下进行平等就业权纠纷诉讼还是进行劳动争议诉讼这两个相区别的独立案由的选择问题。

平等就业权是指劳动者平等地获得就业机会的权利，不因性别、年龄、民族、宗教信仰等因素在就业机会面前受到排斥与歧视，其所保护的法益是人格尊严与就业机会的两位一体。^①相较于一般劳动争议纠纷，平等就业权纠纷除了保障劳动者就业，也即提供劳动并获得报酬的权利，更侧重于对劳动自由所体现的社会价值保护，一方面保护劳动者通过劳动实现个人能力提升和自身价值，另一方面也将劳动者与社会经济和国家发展相联系，通过国家对就业权的保障为劳动者提供生存和发展的基本物质保障。

但作为一般人格权纠纷的下级案由，劳动者选择平等就业权纠纷诉讼时需要承担对侵权要件的举证责任，具有一定难度。故在司法实践中，可考虑将平等就业权纠纷定位为劳动争议中的特殊侵权纠纷，设立劳动争议特有的举证责任转移制度，劳动者只需承担初步举证责任，即举证其受到歧视或差别待遇，此后举证责任即移转至用人单位，由用人单位对其行为的合法

性、合理性承担举证责任。用人单位可以证明其行为并非就业歧视，而系基于正当职业资格的内在要求、合理必要的商业经营需要、法律规定的特殊保护措施、对特定人群给予的特殊优待措施、出于国家安全需要的原因等进行就业歧视抗辩。^②

在一般劳动争议案件中，劳动者的司法救济主要包括获得经济补偿金、赔偿金，继续履行劳动合同，获得足额的劳动报酬等，较少涉及损害赔偿，不包括精神损害赔偿。但对于侵害劳动者平等就业权这类特殊侵权纠纷，尤其对于跨性别等特殊群体劳动者而言，赔礼道歉、精神损害赔偿等手段可以弥补用人单位对其人格尊严的损害，具有较大意义。因此，对于平等就业权纠纷而言，法院一方面应当按照一般劳动争议案件的审理思路，审查用人单位的行为是否构成就业歧视，对于无故辞退等不当行为，可通过判决支付违法解除劳动合同经济赔偿金或继续履行劳动合同的方式对受侵害劳动者的就业机会予以弥补；另一方面，法院应审查用人单位的不当行为是否存在对劳动者人格权的侵害及严重程度，并通过判决赔礼道歉、支付精神损害赔偿等方式对劳动者人格尊严所受侵害予以弥补。



（作者单位：北京市东城区人民法院）

^①王显勇：“论平等就业权的司法救济”，载《妇女研究论丛》2020年第2期。

^②王显勇：“论平等就业权的司法救济”，载《妇女研究论丛》2020年第2期。