**代理意见（申请人）**

SHEN DT20160444号仲裁案

**尊敬的仲裁庭：**

本人接受申请人顾千秋（“申请人”或“顾千秋”）的委托，作为其代理人，代理其在华南国际经济贸易仲裁委员会SHEN DT20160444号仲裁案中的仲裁活动。根据本案事实和有关法律规定，我发表如下代理意见，请予采纳。

**一、关于本案基本事实**

2012年底，顾千秋以远低于其自身应得的工资水平（2014年2月以前月薪是4000元；此后月薪为10000元）、冒着事业失败、一无所获的风险，与被申请人李剑波（“被申请人”或“李剑波”）共同开始上海吾游信息技术有限公司（“吾游公司”）的创业。

2013年10月，吾游公司完成增资，李剑波、陈佩仪、于建平、顾千秋、王利杰、上海镭厉科技创业投资中心（有限合伙）、深圳市光启松禾超材料创业投资合伙企业（有限合伙）（“光启松禾”）、吾游公司签订《增资扩股协议书》（“《增资扩股协议书》”）。《增资扩股协议书》第四条约定，李剑波应将吾游公司10万元出资额（“涉案股权”）转让给顾千秋，转让的条件是2014年12月31日以前，顾千秋未出现离职、同业竞争等损害公司利益的情况。

顾千秋于2015年3月从吾游公司离职；经有关诉讼仲裁文书确认，截至2014年12月31日，顾千秋未出现同业竞争等损害公司利益的情况。《增资扩股协议书》第四条约定的履行条件已经满足，李剑波应当将涉案股权转让给顾千秋。

但自2015年初开始，顾千秋反复要求李剑波履行合同义务，李剑波以各种理由推脱、明确拒绝履行合同义务。李剑波拒绝履行合同义务的行为，导致顾千秋无法取得吾游公司股权，给顾千秋造成巨大损失。

吾游公司在2013年10月增资时，按照光启松禾的增资价格，吾游公司价值为4000万（对应涉案股权价值为700万）；2015年12月，根据吾游公司投资人王利杰的演讲，吾游公司价值为1.4亿（对应涉案股权价值1859.2万）；2016年10月，吾游公司净资产为94,022,138.91元（对应涉案股权价值为9,985,151.15元）；2016年8月，按照新加坡Changi Travel Services Pte.Ltd入资吾游公司的价格，吾游公司价值为3.5亿（对应涉案股权价值3718.4万）。

（在之前的文件中，根据风险投资行业惯例，申请人使用了“估值”的概念。该“估值”实际直接反映了标的公司融资时标的公司的价值。为准确用语避免歧义，申请人统一使用公司“价值”的表述。）

二、李剑波有股权转让的义务

（一）顾千秋与李剑波就涉案股权是否构成“代持法律关系”不影响李剑波负有股权转让的义务

被申请人主张因华南国仲深裁【2015】D556号裁决书（“D556号裁决书”）认定顾千秋与李剑波就涉案股权不构成“代持”，因而申请人主张李剑波负有股权转让义务没有合同与法律依据。但被申请人的这一主张与事实和法律明显不符：

第一， D556号裁决书并未认定顾千秋与李剑波就涉案股权不构成“代持”。D556号裁决书仅仅认定顾千秋未能证明就涉案股权实际出资而无法证明公司法意义上的“代持法律关系”成立。

第二，综合顾千秋与李剑波共同创业的历史，并根据《中华人民共和国合同法》第一百二十五条关于合同解释的规则，**《增资扩股协议书》第四条只能解释为被申请人承诺在到期条件满足时（2014年12月31日前不离职、不同业竞争等损害公司利益）将涉案股权转让给申请人**（更详细内容参见申请人就被申请人证据一的质证意见）：首先，就合同所使用的词句而言，《增资扩股协议书》使用的是“代持”，“代持”并不是一个有确切含义的法律用语，不能唯一确定解释为“股权代持法律关系”。其次，就《增资扩股协议书》而言，（1）对合同签订各方的描述中，将顾千秋与李剑波合称为“创始股东”、“原股东”。（2）鉴于部分第2点中陈述性地描述，“李剑波持有的公司66%的股权中……20%的公司股权为代顾千秋持有”。（3）鉴于部分第2点、合同正文第3.6条多次强调“实际的股权结构”也是为了突出李剑波是代顾千秋持有股权。（4）第8.1条，要求顾千秋让渡吾游公司股权用于员工股权激励。（5）第15.3条反复强调李剑波、顾千秋之间需要解除代持关系。再次，就合同的目的而言，（1）顾千秋是以李剑波合伙人的身份进行创业。（2）《增资扩股协议书》签订前后，顾千秋以股东身份参与吾游公司章程的讨论，并学习“让大家觉得股份稀释大概是一个什么进程”。（见申请人证据十一）（3）《增资扩股协议书》完全是将顾千伙作为吾游公司股东对待。（4）李剑波与顾千秋电话讨论时，李剑波仍然认可自己的股权转让义务。（见申请人证据十二）第四，就交易习惯而言，对于创业公司来说，早期由创业团队老大作为显名股东代整个创业团队持有股权是较为常见的安排，在随后融资过程中，随着公司规范程度的提高，解除股权代持关系亦是常见的安排。最后，就诚实信用原则而言，李剑波在《增资扩股协议书》中明确承认代持关系的存在，并承诺将争议股权转让给顾千秋的情况下，李剑波否认代持关系的存在，并要求对“相应的股权代持”作其他解释，明显是不诚信的。

第三，被申请人对《增资扩股协议书》第四条真实意思表示的多次陈述亦可以说明李剑波负有股权转让的义务：在D556号裁决书一案中，李剑波及其代理人认为顾千秋在《增资扩股协议书》第四条下享有“期权”；李剑波在本案庭审时明确陈述其本意是“激励”；李剑波代理人在本案庭审时陈述《增资扩股协议书》第四条是附条件的民事法律行为（但其将“代持”作为一项条件）。**不论是“期权”、“激励”、“附条件的民事法律行为”的陈述，毫无例外地，李剑波都承认其股权转让的义务，只是认为这种转让是附有“某种条件”。**从《增资扩股协议书》第四条及其他条文可以看出，李剑波转让股权的义务所附条件**有且仅有**“2014年12月31日前顾千秋不离职”、“2014年12月31日前顾千秋不同业竞争等损害公司利益”。理由如下：首先，“代持”无法成为条件。（1）《增资扩股协议书》其他条款已经明确描述双方构成代持，再将“代持”视为条件属于多此一举。（2）《增资扩股协议书》第四条约定的是李剑波将“相应的代持股权”转让给顾千秋，如果将“代持”（特别是被申请人主张的其等同于“代持法律关系”）视为条件，因顾千秋无法证明其实际出资，则《增资扩股协议书》第四条约定的“代持”条件自始就不可能成就（这与合同目的等也不相符），这与“附条件”中“条件”的定义本身即不相符。其次，被申请人主张的贡献等其他条件亦不可能构成条件。申请人取得涉案股权明显区别于《增资扩股协议书》第8.1条约定的对在后加入的员工的股权激励。《增资扩股协议书》第8.1条中的股权激励存在未来如何由吾游公司管理层确定激励条件的问题；但《增资扩股协议书》第四条已经将李剑波转让涉案股权给顾千秋的条件作了非常明确的约定，《增资扩股协议书》第四条不存在增加任何额外条件的解释空间。

第四，**被申请人李剑波以不构成“代持”主张无股权转让义务是不诚信的：**首先，被申请人以**在后的**D556号裁决书关于不构成代持法律关系的认定来否认转让涉案股权的义务，不符合诚实信用原则。其次，即便被申请人在《增资扩股协议书》签订时，即认识到被申请人李剑波与申请人顾千秋就涉案股权在事实或法律上不构成代持，按照诚实信用原则，被申请人李剑波亦不得以此主张其没有转让涉案股权的义务。

（二）被申请人主张没有强制缔约义务、与预约合同有关的主张与本案无关

被申请人在庭审时主张被申请人没有强制缔约义务、《增资扩股协议书》第四条甚至不构成预约合同（因被申请人就此未提交书面意见，庭审时亦未全面阐述，申请人在收到被申请人书面意见后将继续补充相关意见）。但被申请人的该主张明显与事实、法律不符。

第一，《增资扩股协议书》第四条的合同标的是李剑波将涉案股权转让给顾千秋，而不是由双方**“磋商”**股权转让协议。判断当事人之间订立的合同系本约还是预约的根本标准应当是当事人的意思表示。当事人的意思表示如果是基于预约合同由双方进一步**磋商**本约合同才构成预约合同；如果当事人的意思表示已经明确双方各自的权利义务关系，虽然有些合同条款未予明示，仍不构成预约合同，而是本约合同本身。就《增资扩股协议书》第四条，如前述，根据《中华人民共和国合同法》第一百二十五条确立的合同解释规则，可以明确李剑波和顾千秋的真实意思表示都是到期满足条件转让涉案股权，而不是到期由李剑波和顾千秋**再行磋商**转让涉案股权的条件。

第二，《增资扩股协议书》第4.3条中约定“前述两次股权转让由转让方和受让方另行签订股权转让协议”，只是股权转让过程中工商变更登记的必要程序（第4.1和4.2条强调“工商行政管理机关登记的公司股权结构”及《增资扩股协议书》其他多处强调工商登记均可以佐证），属于李剑波履行转让涉案股权义务的必经程序，它并不是要求双方**另行磋商**股权转让协议。

第三，**将《增资扩股协议书》第四条解释为预约合同不符合公平原则。**申请人已经按照《增资扩股协议书》履行自己的合同义务，包括以远低于自身报酬的工资水平在吾游公司工作至2015年3月，离职后继续承担竞业禁止义务等。如果《增资扩股协议书》第四条解释为预约合同；那就涉案股权，被申请人只有与顾千秋合理磋商如何完成转让的义务，而无转让的义务。对于已经付出两三年时间的顾千秋来说，李剑波很容易以磋商无法达成合意而拒绝转让涉案股权，这对于顾千秋明显不公平亦不合理。

第四，至于被申请人关于股权转让的时间和价格未在《增资扩股协议书》第四条中予以明确的主张，如申请人在《仲裁申请书》中所陈述，均可以通过合同解释等予以确定，它并不妨碍被申请人转让涉案股权义务的成立，亦不会导致《增资扩股协议书》第四条转化为预约合同或者其他合同。因此在本案中讨论强制缔约义务与预约合同的问题没有任何基础。

此外，即便被申请人主张的《增资扩股协议书》第四条仅为预约合同，亦不影响申请人请求被申请人继续履行的权利。我国法律并未规定预约合同中守约方不得请求违约方继续履行合同。本案中，因申请人已经履行自己的合同义务（低于应得报酬在吾游公司工作等），在被申请人转让涉案股权不存在履行障碍的情况下，申请人得主张被申请人继续履行合同。相应地，申请人在要求损害赔偿时，也就可以主张相应的履行利益，即股权转让完成后的利益。

三、股权转让的条件已经满足

（一）第4.1条约定的转让吾游公司5万元出资额的条件已经满足

《增资扩股协议书》第4.1条约定，“投资方本次增资完成后三个月内，若陈佩仪、于建平、顾千秋等三位创始股东未出现离职、同业竞争等损害公司利益的情况……”因此，就该4.1条约定的吾游公司5万元出资额的转让，条件有且仅有两个，即“本次增资完成后三个月内，顾千秋未出现离职”、“本次增资完成后三个月内，顾千秋未出现同业竞争等损害公司利益的情况”。被申请人证据5第92页可以证明光启松禾于2014年1月2日完成在吾游公司的股权变更，意味着《增资扩股协议书》第4.1条中约定的“本次增次完成”时间是2014年1月2日，“本次增次完成后三个月”则是2014年4月2日。

即便按照被申请人的主张，申请人最早也在2014年8月从吾游公司离职。因此，很显然，就该4.1条约定的吾游公司5万元出资额的转让，“本次增资完成后三个月内，顾千秋未出现离职”的条件满足。

因D556号裁决书已经确认顾千秋不存在损害吾游公司利益的情况，被申请人在本案中主张顾千秋损害吾游公司利益的情况最早也是出现在2014年7月（所谓“马来西亚卡”一事）；很显然，就该4.1条约定的吾游公司5万元出资额的转让，“本次增资完成后三个月内，顾千秋未出现同业竞争等损害公司利益的情况”的条件亦满足。

综上**，就《增资扩股协议书》第4.1条约定的李剑波应将吾游公司5万元出资额转让至顾千秋的义务，所有条件均已满足，李剑波应予转让。**

（二）第4.2条约定的转让吾游公司5万元出资额的条件亦已经满足

《增资扩股协议书》第4.2条约定，“2014年12月31日前，若陈佩仪、于建平、顾千秋等三位创始股东未出现离职、同业竞争等损害公司利益的情况……”因此，就该4.2条约定的吾游公司5万元出资额的转让，条件有且仅有两个，即“2014年12月31日前，顾千秋未出现离职”、“2014年12月31日前，顾千秋未出现同业竞争等损害公司利益的情况”。

第一，关于条件“2014年12月31日前，顾千秋未出现离职”：（1）顾千秋于2015年3月底从吾游公司离职，该条件满足。（2）被申请人主张此处“离职”应理解为申请人不再作为吾游公司创始合伙人的身份对吾游公司存在贡献，没有任何事实与法律依据，也明显与常理不符，也不符合“离职”的通常含义。此处“离职”应理解为顾千秋与吾游公司劳动关系的终止。（3）被申请人提交的证据明显无法证明申请人于2014年8月已经从吾游公司离职，或已经不作为创始合伙人在吾游公司工作。（4）上海市杨浦区人民法院（2016）沪0110民初625号民事判决书、上海市第二中级人民法院（2016）沪（02）民终8961号民事判决书均确认顾千秋从吾游公司离职的时间为2015年3月。特别地，上海市杨浦区人民法院认定，“工作期间，[原告使用guqianqiu@youyoumob.com](mailto:原告使用guqianqiu@youyoumob.com)企业邮箱进行邮件收发。2014年8月1日至2015年3月30日间，原告（即顾千秋）使用该企业邮箱与被告（即吾游公司）的法定代表人多有邮件往来沟通，邮件内容也均与工作有关”（见申请人证据五第88页）；上海市第二中级人民法院亦认定：“综合本案证据可见，自2014年8月至2015年3月期间，顾千秋一直通过企业邮箱收发邮件与吾游公司工作人员进行工作沟通……况且如果吾游公司认为顾千秋在2014年8月已自行离职，但在吾游公司与顾千秋的往来邮件中从未提及顾千秋离职……也不符合常理。” 申请人庭后提交了在上海市杨浦区人民法院（2016）沪0110民初625号民事判决书、上海市第二中级人民法院（2016）沪（02）民终8961号民事判决书一案中顾千秋提交的证据目录（申请人证据二十），以具体说明顾千秋于2014年8月1日至2015年3月30日之间在吾游公司从事的部分工作。此外，申请人证据七显示，2015年2月2日，于建平就吾游公司销售马来西亚卡一事在邮件中回复“嗯，必须得，嘉荣赶紧统计！麻烦千秋总！”（说明被申请人证人于建平陈述顾千秋2014年8月离职吾游公司明显与事实不符）。综上，“2014年12月31日前，顾千秋未出现离职”的条件已经满足

第二，关于条件“2014年12月31日前，顾千秋未出现同业竞争等损害公司利益的情况”：1. D556号裁决书已经确认顾千秋未损害公司利益。2. 被申请人在本案中主张的顾千秋在“马来西亚卡”一事中损害公司利益，在D556号裁决书一案中，被申请人已经予以主张，但D556号裁决书并未予以支持（见被申请人证据一第26－27页）。并且，被申请人关于“马来西亚卡”一事的描述，严重与事实不符：（1）2014年4月左右，申请人与被申请人共同就马来卡与深圳市畅游宝信息技术有限公司（“畅游宝”）拟研发生产的硬件产品的适配性进行测试（被申请人任职畅游宝总经理可以佐证）；吾游公司采购马来卡的动意在马航客机事件发生后并没有影响。（2）被申请人陈述2014年7月2日吾游公司资金“非常紧张”并不是事实，被申请人证据36显示吾游公司账户联机余额为165万元。（3）马来卡并不仅仅是用于马来西亚出境游，它还可以用作吾游公司的“种子流量”。（4）张婧早在2014年初即入职吾游公司，制定过吾游公司的财务制度，在吾游公司经历过由陈佩仪代李剑波掌管网银U盾的阶段，对吾游公司的财务管理也有着明确的认识。与被申请人主张的吾游公司财务经理张婧对吾游公司账务制度不了解明显不符。（5）被申请人证据九第13页邮件中非常清晰地显示吾游公司财务张婧关于马来卡付款事宜向顾千秋、陈佩仪**主动**发送邮件，无法证明张婧是受顾千秋“要求”。（6）被申请人证据九第13页显示，张婧请求付款的邮件和顾千秋回复同意时的邮件均抄送陈佩仪和李剑波，顾千秋并没有“背着”团队强行付款。顾千秋及时批准张婧的付款申请，张婧依职责及时付款，无法证明顾千秋“背着团队强行要求”张婧匆匆付款。（7）马来卡自2014年7月至今一直是吾游公司非常重要的经营资源，在2015年吾游公司采购量超过1万张。（8）马来西亚卡作为吾游公司的一项商务决策，是日常经营活动的一部分，商务决策的好坏并不能证明申请人顾千秋损害公司利益。3. 顾千秋于2016年9月成为迪讯飞公司股东并不妨碍该条件的满足。（1）该股权转让发生在2016年9月，与该条件无关；（2）迪讯飞公司从事的境外wifi设备和系统的研发与销售业务，以B2B为业务模式；吾游公司从事的是境外wifi设备的租凭业务，业务模式为B2C，因此迪讯飞公司与吾游公司并不构成同业竞争。综上，“2014年12月31日前，顾千秋未出现同业竞争等损害公司利益的情况”条件已经满足。

（三）顾千秋的人品、能力、贡献等不构成股权转让的条件

第一，被申请人主张顾千秋人品和能力不行、没有贡献明显不符合常理。李剑波曾经与顾千秋是“室友”，二人在2012年6月至12月曾合作点餐APP的创业项目，二人在吾游公司合作的时间不是一个月、两个月，而是两年多时间。如果顾千秋在能力、人品等方面存在问题，没法为公司创业作出贡献，无法理解为什么包括李剑波在内的创业团队愿意与其和平共处两年多时间，更无法理解李剑波和顾千秋在一个项目创业失败后仍然继续在一起创业。

第二，被申请人主张顾千秋人品和能力不行、没有贡献明显与《增资扩股协议书》对创业团队股权分配的比例不符：《增资扩股协议书》签订时，顾千秋分配的股权是第二多（10万元出资额，仅少于李剑波18.5万元，远远高于陈佩仪的7.5万元和于建平的4万元）。

第三，申请人对吾游公司最初发展明显具有重大贡献：在2013年11月至2014年10月公司最重要的时期，李剑波大部分时间均待在深圳从事产品研发工作（李剑波自证其担任畅游宝总经理，申请人证据十证明被申请人每月从畅游宝领取近5000元工资可以佐证），顾千秋在上海独自带领团队完成整个商业模式的最初搭建，将公司带上正轨。吾游公司早期最重要的两个合作伙伴携程网和深圳鼎信股份有限公司亦是顾千秋开拓。

第四，《增资扩股协议书》并未将人品、能力、贡献作为第四条项下股权转让的条件，因此被申请人主张将人品、能力、贡献作为股权转让条件只是其反复拒绝履行合同义务的借口。

（四）即便认定顾千秋2014年8月离职也应视为股权转让条件已经成就

从2014年8月至2015年3月，顾千秋一直都在努力为吾游公司工作，创造价值。如果真如被申请人主张顾千秋自2014年8月后即不再以创始合伙人身份在吾游公司工作，从被申请人证据三十七明显可以看出是被申请人刻意隐瞒、排挤申请人。根据《中华人民共和国合同法》第四十五条（“当事人为自己的利益不正当地阻止条件成就的，视为条件已成就”），也应视为《增资扩股协议书》第四条约定的履行条件已经成就。

综上，《增资扩股协议书》第四条约定的股权转让条件均已满足，被申请人应将涉案股权，即吾游公司10万元出资额转让给申请人。

四、被申请人因拒绝转让涉案股权给申请人造成的损失应予赔偿

（一）被申请人应按申请人获得涉案股权后的可得利益赔偿损失

《中华人民共和国合同法》第一百一十三条规定，“当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定，给对方造成损失的，损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失，包括合同履行后可以获得的利益，但不得超过违反合同一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违反合同可能造成的损失。”据此，被申请人因赔偿申请人转让涉案股权后的可得利益。被申请人转让涉案股权后，申请人将获得涉案股权；因此申请人的可得利益损失等于涉案股权价值减去申请人受让涉案股权的价格。

**第一，关于涉案股权的价值。**

1. 应以投资人投资吾游公司的价格确定：投资人对吾游公司的投资属于完全的市场行为，因此这种市场行为能够直接反映吾游公司的市场价值。同时，吾游公司的增资行为发生过多次，反复发生的市场行为更能准确地反映吾游公司的市场价值。就申请人可以获得的证据来看，申请人证据一证明吾游公司在2013年10月光启松禾增资时，投后价值为4000万（对应涉案股权价值为700万）；被申请人证据三十七证明2014年10月光启松禾二次增资时，投后价值为6666.7万（对应涉案股权价值为1066.7万）；申请人证据十五证明，2015年12月，根据吾游公司投资人王利杰的演讲，吾游公司价值为1.4亿（对应涉案股权价值1859.2万）；申请人证据十六（即被申请人证据二十九）证明，2016年8月，新加坡Changi Travel Services Pte.Ltd入资吾游公司时，吾游公司价值为3.5亿（对应涉案股权价值3718.4万）。据此，应确定涉案股权价值为3718.4万。

2. 被申请人的自认可作为涉案股权价值认定的依据：被申请人在本案《有关本案仲裁程序的异议函》及其所附吾游公司2016年10月31日净资产审计报告中，反复强调吾游公司的价值应以吾游公司净资产数额94,022,138.91元为准。被申请人该主张构成对吾游公司价值的自认，据此可以计算得出涉案股权价值为9,985,151.15元（九百九十八万余元）。

3．被申请人净资产数额可作为涉案股权价值认定的参考：根据被申请人提交的吾游公司2016年10月31日净资产审计报告，在**不**含Changi Travel Services Pte.Ltd入资吾游公司时应投资的7000万元的情况下，吾游公司**净资产**数额已达94,022,138.91元。根据被申请人的陈述，吾游公司还在迅速发展（被申请人证据二十四、二十五中反复强调“吾游公司2015年度的资产规模较2014年度有**大幅增长**……吾游公司2016年度的资产规模较2015年度有**大幅增长**”），吾游公司的价值只会高于吾游公司的净资产数额，因此吾游公司的价值不低于其**净资产**数额即94,022,138.91元，据此可以计算得出涉案股权价值不低于9,985,151.15元（九百九十八万余元）。

4. 吾游公司未来发展不确定性不应作为调减涉案股权价值的依据：如被申请人在庭审时陈述，投资人投资吾游公司时其价格确定主要是考虑吾游公司的未来。投资人考虑的未来，一是考虑投资吾游公司未来可以取得的收益；二是考虑吾游公司未来发展可能面临的风险与不确定性。投资人在这两方面因素综合权衡下确定了投资吾游公司的价值，是综合收益与风险因素后对吾游公司股权在投资时点的价值确认。被申请人偏面强调吾游公司未来发展面临的风险与不确定性以降低涉案股权价值没有任何依据。这也与被申请人在本案《有关本案仲裁程序的异议函》和被申请人证据二十四、二十五中反复强调“吾游公司2015年度的资产规模较2014年度有**大幅增长**……吾游公司2016年度的资产规模较2015年度有**大幅增长**”等明显冲突。

综上，涉案股权的价值应认定为**3718.4万**；即便按照被申请人的自认亦有9,985,151.15元**（九百九十八万余元）**；再退一步以吾游公司净资产数额作为剩余财产向各股东分配的话，涉案股权价值亦有9,985,151.15元（九百九十八万余元）。

如仲裁庭认为，结合吾游公司多次增资的股权价格及被申请人以公司净资产数额自认吾游公司股权价格等，并结合申请人仅请求赔偿400万元损失，仍然无法确定涉案股权价值及确定被申请人应当赔偿的损失数额；申请人同意对涉案股权价值通过聘请专家评估出具专家报告确定，申请人愿意垫付相关费用。

**第二，关于申请人受让涉案股权的价格。**

如被申请人在D556号裁决书一案中承认的，《增资扩股协议书》本身条款当中存在瑕疵和遗漏。就本案而言，其中的瑕疵和遗漏是未明确约定被申请人转让股权给申请人的价格。对此，应根据《中华人民共和国合同法》第六十一条和第六十二条确定。因申请人与被申请人均是吾游公司创始团队成员，其均是冒着创业失败的风险以远低于自身应得工资水平的方式进行创业，因此二者取得吾游公司股权的价格不应存在差异（即使因二者对吾游公司贡献大小存在差异，只对取得公司股权的数量有影响，而不应对价格有影响）。因此，被申请人向申请人转让股权的价格应与被申请人取得股权的价格一致。因被申请人认缴吾游公司注册资本时并未溢价，实缴时亦未溢价（申请人证据四第57页至74页两份验资报告可以证明），因此被申请人取得吾游公司股权的价格等于其向公司的出资。据此，被申请人向申请人转让股权的价格应为10万元。

**第三，申请人的损失在《增资扩股协议书》签订时可以预见。**首先，创业活动本身就是为了获得超额收益，即所谓的财务自由。3718.4万的股权价值明显在可预见的范围内。其次，在《增资扩股协议书》签订时，涉案股权价值即已经达到700万元，远超申请人主张的400万元损失赔偿额，被申请人主张未预见该损失数额明显与事实不符。

**第四，申请人的损失与被申请人拒绝转让涉案股权的行为具有因果关系。**申请人无法取得涉案股权从而造成损失的原因是被申请人反复拒绝转让涉案股权。被申请人拒绝转让涉案股权给申请人直接造成了损失。被申请人虽主张吾游公司其他股东不接纳申请人为股东，却未提供任何证据证明。即便该事实成立，但因使申请人无法取得涉案股权的直接原因是被申请人未及时履行股权转让义务，申请人无法取得涉案股权的损失亦是由被申请人的违约行为引起。

综上，无论以任何一种方式计算涉案股权价值，因被申请人的违约行为给申请人造成的损失都远超400万元，被申请人应予赔偿。

（二）被申请人违约获得的利益远超400万元

因被申请人拒绝将涉案股权转让给申请人，**被申请人因而继续永久性地占有涉案股权。**申请人证据十五证明，吾游公司即将在新三板（[全国中小企业股份转让系统](http://www.baidu.com/link?url=ayw8BmsCtXmeRVwYHvOhszZIN_RaXBAL1wJ4xSfnuLgMcLImAXVmH7C5iG6xTRXkiuiAyU7r_viRuFLHwPAI_K)）挂牌，被申请人占有的涉案股权因而未来能够在新三板自由流通，被申请人未来随时能够将涉案股权予以变现获得对价。如前述，2016年8月新加坡Changi Travel Services Pte.Ltd入资吾游公司时，吾游公司价值为3.5亿；**按照被申请人证据二十四、二十五中反复强调的吾游公司迅速发展的趋势，被申请人如果通过新三板转让涉案股权的价值将远超3718.4万。**在被申请人违约获益远超3718.4万的情况下，申请人仅主张400万元的损失赔偿，即便全部支持，对申请人仍然极不公平。

（三）申请人的实际损失亦超过400万元。

申请人为了获得《增资扩股协议书》第四条的签订产生了信赖利益的损失（即以远低于其应得的报酬在吾游公司从2012年底工作至2013年10月，其中不含顾千秋以无报酬与李剑波从2012年6月共同创业至2012年底），并在《增资扩股协议书》第四条签订后履行了自己的合同义务（即以远低于其应得的报酬在吾游公司从2013年10月工作至2015年3月）产生了直接损失。该两项损失等于顾千秋工作本应取得的报酬减去实际已经取得的报酬。

根据顾千秋在从事创业工作之前在华为工作时的收入水平，即税后月薪42,742元（因申请人的代理人疏忽，在申请人证据九中将申请人2011年3月至2011年6月的税后收入按照16个月计算平均税后月薪为40,070元，但实际工作时长为15个月，相应的税后月薪为42,742元），按照每年薪水仅10%涨幅的情况下（实际顾千秋同等级别的华为员工2014年收入为100万元左右；2015年为150万元左右），顾千秋2012年底开始在吾游公司工作28个月应得的报酬为税后42742\*1+42742\*12\*（1+10%）+42742\*12\*（1+10%）\*（1+10%）+42742\*3\*（1+10%）\*（1+10%）\*（1+10%）=1,398,219元。顾千秋实际从吾游公司领取的税后薪水为166,000元。**二者差额为1,232,219元。**

因申请人未实际取得报酬差额，产生相应的风险溢价，按照业内惯例4倍的风险溢价计算，申请人产生的实际损失为4,928,876元。因此，即便申请人按照实际损失主张赔偿损失数额，主张400万元仍然应得到支持。

再退一步讲，无论如何，申请人在《增资扩股协议书》第四条项下产生的实际损失都不会低于其2012年底至2013年10月期间的信赖利益损失与2013年10月至2015年3月实际履行合同义务产生的直接损失的总额，即1,232,219元元。

（四）被申请人关于预约合同相关主张对赔偿损失数额的影响

如前述，即便认定《增资扩股协议书》第四条只构成预约合同，被申请人应与申请人磋商股权转让协议，因被申请人完全拒绝履行合同义务，被申请人亦构成违约行为，应当赔偿申请人损失。同时，因申请人已经实际履行自己的合同义务，即以低于自己应得的报酬在吾游公司工作，基于诚实信用原则和公平原则，被申请人应赔偿申请人的可得利益损失（即无法获得涉案股权产生的损失）或被申请人因违约获得的利益。

在2014年12月31日这个时点，吾游公司价值不超过1.4亿（申请人证据十五显示吾游公司2015年底的价值为1.4亿），因此无论以任何一种极端不合理的方式进行磋商（申请人认为这完全不符合《增资扩股协议书》的约定），被申请人向申请人转让涉案股权的价格都不可能超过1859.2万（按照吾游公司1.4亿计算的涉案股权价值）。而2016年8月，涉案股权价值已经达到3718.4万；在不考虑2016年8月至今吾游公司的增长的情况下，申请人的损失亦不低于1859.2万；对应被申请人的获益不低于1859.2万。

因此，即便认定《增资扩股协议书》第四条只构成预约合同，申请人主张的400万元损失赔偿额也应得到支持。

再退一步讲，即使《增资扩股协议书》第四条只构成预约合同，在预约合同下守约方的信赖利益损失及为履行预约合同而实际付出的成本（即顾千秋以低于应得报酬在吾游公司工作），违约方仍然应当赔偿。据此，被申请人赔偿损失的数额不应低于1,232,219元。

（五）认定2014年8月申请人已从吾游公司离职对赔偿损失数额的影响

如前述，即便认定2014年8月申请人已从吾游公司离职，导致第4.2条项下被申请人的转让义务不成就，因《增资扩股协议书》第4.1条项下被申请人向申请人转让5万元吾游公司出资额的义务已经完全成就，被申请人仍然应当赔偿申请无法取得吾游公司该5万元出资额的损失。根据以上任何一种方式计算，即便仅涉及吾游公司该5万元出资额，申请人的损失亦超过400万元。

**综上，综合考虑以下因素，应完全支持申请人400万元的损失赔偿主张：（1）按照投资人投资吾游公司的价格计算出涉案股权价值不低于3718万元；（2）按照被申请人自认，涉案股权价值不低于9,985,151.15元；（3）按照吾游公司2016年10月31日净资产数额（不考虑新加坡公司投资后注入的7000万元资金及近几个月公司的大幅增长），涉案股权价值不低于9,985,151.15元；（4）被申请人因违约而获益远超400万元——被申请人得以实际永久占有涉案股权进而未来随时可变现，且吾游公司近期将在新三板挂牌意味着被申请人转让涉案股权限制的解除；（5）申请人的信赖利益损失及因实际履行合同产生的直接损失实际数额不低于1,232,219元；（6）申请人实际损失数额考虑风险溢价后的数额超过4,928,876元。**

五、关于反请求

首先，被申请人李剑波的反请求不构成独立的反请求。根据民事诉讼与仲裁的基本原理，反请求（类似于反诉）它本身应具有独立性，它虽然是在本请求的仲裁程序中由被申请人向申请人提出的反请求，但它并不必然依赖本请求而存在，被申请人提出的反申请本身应具备单独提出仲裁请求的要件，即使本请求撤回，反请求也能够独立存在，仲裁委可以作为独立的案件进行审理裁判。但被申请人在本案中提出的反请求，却完全依赖本请求而存在。假设本请求撤回，被申请人的反请求完全无法成立。

其次，被申请人属于滥用程序。本案中，被申请人故意混淆答辩和反请求的概念，就是为了滥用仲裁程序，试图通过增加仲裁费用（假设被申请人根据贵委仲裁规则第六十六条以答辩形式提出，则不会产生反请求的仲裁费用）、提出反请求中不切实际的高额律师费及后续差旅费等，阻吓申请人顾千秋通过提出仲裁依法保护自身权利。被申请人提出反请求的行为是一种极不诚信的诉讼仲裁行为。因此，被申请人应承担错误提出反请求而额外产生的仲裁费用及双方额外产生的律师费用。

再次，被申请人的反请求存在自相矛盾。被申请人在反请求中认为申请人存在“滥用诉权”问题。但如果真如被申请人主张的申请人只是“滥用诉权”，则意味着本案结果只存在被申请人胜诉一种可能，那被申请人完全可以通过很低的成本完成仲裁程序仍然可以获得胜诉，而无需支付“巨额”15万元律师费来参与仲裁程序。被申请人主张的本案应适用普通程序，并要求申请追加仲裁费用，均与被申请人的这一主张相矛盾。在SHEN DT20150125案中，仲裁委适用《中华人民共和国公司法》及其司法解释确定的“代持”要件，而裁定申请人未满足证明标准而败诉，并不导致申请人的实体权利丧失，因此不存在所谓的“滥用诉权”问题。

最后，本案案情简单，15万元的“巨额”律师费明显偏高。本案事实和法律适用确实较为清晰：被申请人在合同中承诺满足条件时向申请人转让股权，但被申请人在条件满足后拒绝履行合同，被申请人依法依约应承担继续履行合同的义务。在案件事实和法律适用均较为清晰的情况下，被申请人支付15万元律师费，要不然是未实际支付而阻吓申请人，要不然是故意提高本案仲裁费用阻吓申请人。

据此，应驳回被申请人的反请求。同时，因被申请人故意滥用仲裁程序（明显地应以答辩形式提出却以反请求形式提出），即便申请人的仲裁请求得不到支持，仲裁庭亦不应根据贵委仲裁规则第六十六条将被申请人律师费支出的合理部分裁决由申请人承担。

六、关于本案仲裁费用

因本案完全由被申请人拒绝履行合同义务引起，因此应由被申请人承担本案仲裁费用。另外，因被申请人在提出仲裁反请求时，因其不诚信仲裁行为而产生的仲裁费用应由其自身承担。

同时，请仲裁庭根据贵委仲裁规则第六十六条酌定应由被申请人承担的申请人支出的律师费用。

（如与之前口头、书面发表意见不一致的，以本代理意见为准。）

代理人： 律师

2017年3月31日