上海市浦东新区人民法院

民 事 判 决 书

（2013）浦民二（商）初字第3530号

原告上海数龙计算机科技有限公司。

法定代表人张向东。

原告上海善极计算机科技有限公司。

法定代表人周书。

两原告共同委托代理人张斌，上海蓝白律师事务所律师。

两原告共同委托代理人刘宇雁，上海蓝白律师事务所律师。

被告姜祖望。

委托代理人丁海滨，上海市海华永泰律师事务所律师。

委托代理人贾茜，上海市海华永泰律师事务所实习律师。

原告上海数龙计算机科技有限公司、上海善极计算机科技有限公司诉被告姜祖望与公司有关的纠纷一案，本院于2013年11月26日立案受理后，依法适用简易程序，于2013年12月25日公开开庭进行了审理。两原告共同委托代理人张斌，被告委托代理人丁海滨、贾茜到庭参加了诉讼。后本案由简易程序转为普通程序，于2014年5月6日公开开庭进行了审理。两原告共同委托代理人张斌，被告委托代理人丁海滨、贾茜到庭参加了诉讼。本案现已审理终结。

原告上海数龙计算机科技有限公司（以下简称数龙公司）、上海善极计算机科技有限公司（以下简称善极公司）诉称，两原告与被告及案外人朱某、杨某于2012年2月17日签订编号为SQ-G-120205-0405的《有关上海善极计算机科技有限公司（极游网）之投资协议》（以下简称《投资协议》），其中原告数龙公司为甲方，原告善极公司为目标公司，被告、朱某、杨某为乙方。协议签订后，两原告均严格依照《投资协议》约定履行了相关义务并行使相关权利。2012年5月2日，原告善极公司根据《投资协议》设立，但被告并未完全履行义务，被告负责原告善极公司运营期间，预借款项中有人民币1，724，828元无法查实用途，未提供发票等合理支出材料，且拒绝退款。2012年12月底，被告开始不断出现旷工缺勤。2013年1月23日，原告善极公司董事会通过决议，自2013年1月31日起冻结被告CEO职能及权利，自2013年2月16日起罢免被告CEO职务。被告遂以全部旷工对抗公司，并于2013年2月15日、2013年3月4日以QQ邮箱发送辞职邮件。用人单位于2013年3月1日以违纪旷工为由解除与被告的劳动关系。现上海市黄浦区劳动争议仲裁委员会及上海市黄浦区人民法院先后判决确认被告旷工行为构成违纪，用人单位解除劳动关系的行为合法。被告离开原告善极公司后，随即入职奇虎科技有限公司任职360手机游戏中心产品总监。该公司与两原告（盛大旗下企业）均系国内知名互联网企业，两者在网络游戏等业务上存在竞争关系，其中被告在此前及现在均从事的是网络游戏业务。两原告及被告在《投资协议》第6.3款约定，被告有义务在目标公司任职不少于三年期间，任职期间及任职结束两年内，被告应当承担竞业禁止义务，公司决定依法辞退或解除劳动关系的，视同被告违约。在此期间，被告不得以任何形式从事与网络游戏相关的工作。第6.3.4项明确约定被告违反竞业禁止约定所获取的任何收益，公司均有归入权，即应无条件归目标公司所有，同时被告亦应支付等额部分的款项给原告数龙公司作为违约金。基于以上事实及理由，两原告要求被告依照《投资协议》第6.3款、第8条的约定承担违约责任，两原告对于被告在奇虎科技有限公司所获全部收益应立即无条件归原告善极公司所有（被告在奇虎科技有限公司月基本工资为6万元，奖金、股票等其他收益不明，此前被告在原告方月基本工资为45，602元，并享受股票期权等权益），并应支付等额部分的款项给原告数龙公司作为违约金。同时被告应当继续履行《投资协议》，遵守竞业禁止义务，立即停止其在奇虎科技有限公司的工作。故两原告现诉至法院要求判令：1、被告按照2012年2月17日签订的《投资协议》第6.3款的约定继续履行竞业禁止义务；2、被告支付原告善极公司其在奇虎科技有限公司所获全部收益（按每月基本工资6万元，从2013年3月5日暂计算至2013年10月25日共计52万元，实际主张到判决生效之日止）；3、被告支付原告数龙公司违约金（按每月基本工资6万元，从2013年3月5日暂计算到2013年10月25日共计52万元，实际主张到判决生效之日止）。审理中，原告撤回诉请1，并表示其所称的奇虎科技有限公司系指北京奇虎科技有限公司和上海奇虎科技有限公司。

被告姜祖望辩称，被告并没有违反竞业禁止的义务，根据《投资协议》的约定，被告履行竞业禁止义务是附条件的，但是现条件没有成就，被告至今尚未按第6.3.1项与目标公司签订劳动合同，故适用该约定的前提条件不存在。被告从原告善极公司处离职至今仍然处于失业的状态，没有在奇虎科技有限公司工作。被告不同意两原告的诉讼请求，两原告所述的事实与理由不完整，断章取义。

经审理查明，2012年2月17日，原告数龙公司（作为甲方）与被告及案外人朱某、杨某（该三人共同作为乙方）签订《投资协议》。协议中约定，合同各方拟注册的目标公司为“上海善极计算机科技有限公司”，甲方拟通过投入资金的形式获取目标公司78%的股权，乙方及核心人员继续为目标公司服务进行相关游戏的推广，共同实现目标公司价值；甲方拟对目标公司进行投资，甲方将出资780万元，目标公司设立后的股权结构为甲方出资额780万元，出资比例78%，被告出资额170万元，出资比例17%，朱某出资额40万元，出资比例4%，杨某出资额10万元，出资比例1%；所有投资款主要用于目标公司极游网（ggg.cn）相关的经营和研发活动；乙方及目标公司应基于甲方的利益，签署所有实现合同约定所需的合同、协议或文件，取得全部所需的政府批准和同意，并采取所有所需行动，在不附带任何担保权益的情况下，将目标公司股权的有效无瑕疵的所有权给予甲方，并使甲方成为股权的工商登记在册所有人；乙方承诺完全承担注册资本的瑕疵等法律责任；乙方姜祖望应当向甲方提供相关权利证明及购买证明，并承诺于目标公司成立之日起5日内将ggg.cn转让给目标公司；自极游网开始公开运营以来至投资完成之日，乙方应当促使极游网的业务，以同其之前的惯常运作模式实质性相同的方式正常运作；乙方保证，未经甲方的提前书面同意，极游网不得采取任何超出其正常经营活动的行为；如果目标公司在后续的融资中出现比本次投资中乙方及目标公司给予甲方更为优惠的条款，则甲方有权享受同等的优惠条件；若团队股东（即被告姜祖望、案外人朱某、杨某）有人在任何时间离职，必须按照乙方正式离职之前连续两个月的业绩达到分数依据合同约定的价格标准计算将所持全部股权出售给甲方；（6.3.1）本协议签署后，乙方及附件中的核心员工应在目标公司任职，该继续任职时间从与目标公司劳动合同签订之日起算不少于三年期间，任职期间及任职结束两年内，未经甲方及目标公司事先书面同意，乙方及核心员工不得以任何形式设立、投资与目标公司及甲方所处行业相同或类似的公司、实体，不得为该等公司、实体或与该公司、实体相关联的个人提供任何形式的服务，也不得直接或间接的劝诱或者聘用目标公司或甲方的雇员以任何形式为其他业务工作；（6.3.2）乙方及核心员工不得以任何积极或消极的形式拒绝为目标公司工作，乙方及核心员工消极怠工或以其它形式导致甲方或目标公司决定依法辞退或解除劳动关系的，视同乙方及核心员工违约；（6.3.3）特别地，各方同意，为确保公司的整体利益不受影响，乙方及附件中的核心员工在公司任职期间（且该继续任职时间从与目标公司劳动合同签订之日起算不少于三年期间），不得以任何形式从事其它与网络游戏相关的行业的工作，除非事先获得甲方的书面同意；（6.3.4）乙方及核心员工任何直接或间接违反竞业禁止约定或类似行为所获取的任何形式上的收益，公司均有归入权，即应立即无条件收归目标公司所有，同时乙方亦应支付等额部分的款项给甲方作为违约金；（6.3.5）本合同所约定之网络游戏定义应根据文化部及新闻出版总署的定义包括但不限于客户端游戏、网页游戏、手机游戏等各种通过信息网络供用户使用的网络游戏；（8.1）若乙方或目标公司违反本协议或其在本协议中所作的任何陈述、保证，甲方可以书面形式通知违约方要求其在收到通知书十日内纠正违约行为，违约方应当采取相应措施有效及时地避免损害结果的发生，并继续履行本协议，若发生损害，违约方应对甲方作出补偿，以使得甲方获得合同履行时应得的所有权益；（8.2）乙方、目标公司违约时，甲方均有权立即无偿将极游网（ggg.cn）及其相关产品等全部公司技术及产品的知识产权作为对甲方的补偿、赔偿转让给甲方，各方在此明确，鉴于本协议的特殊性质，本款约定的补偿、赔偿方式是合理且必要的，乙方在此明确放弃其向法院和／或仲裁机构主张改变该等补偿、赔偿方式的权利……。

2012年5月2日，原告善极公司成立，注册资本为1，000万元，性质为有限责任公司，股东为原告数龙公司、被告、杨某、朱某。

本案被告曾作为原告起诉上海市对外服务有限公司（以下简称对外服务公司）及上海数吉计算机科技有限公司（以下简称数吉公司）劳动合同纠纷一案，本案原告善极公司为该案第三人，案号为（2013）黄浦民一（民）初字第4481号。本案被告在该案中诉称其于2010年7月与数吉公司签订劳动合同，并由该公司将其派至盛趣信息技术（上海）有限公司（以下简称盛趣公司），2010年12月，其与数吉公司约定自2010年12月16日起用工单位变更为本案原告善极公司，基于数吉公司、本案原告善极公司的违规行为，其于2013年2月15日提出了解除劳动合同及用工关系，2013年3月4日，其再次致函数吉公司、本案原告善极公司及外服公司，双方合同即行解除，现要求数吉公司支付其工资差额，未休年假折算工资，外服公司承担连带责任等。该院经审理查明，“原告（即姜祖望）于2010年7月13日与外服公司签署劳动合同，约定合同期限至2013年7月20日止；双方同时签署一年期的派遣协议，由外服公司派原告至盛趣公司工作，原告任产品运营策划，原告月薪4万元。2010年12月16日原告与外服公司签署‘劳动合同变更协议’，约定原‘劳动合同’附件‘派遣协议’中的用工单位自2010年12月16日起由盛趣公司变更为数吉公司，合同其他条款不变。同日，数吉公司向原告出具承诺书，承诺原告在盛趣公司的工龄在数吉公司连续计算。2011年6月，原告等人着手筹建善极公司。2012年5月，善极公司注册成立，原告出任善极公司的CEO。原告的月工资为45，602元，由数吉公司在每月底按上月16日至本月15日的周期进行支付……。2013年1月23日下午，善极公司召开董事会，决定自2013年1月31日起冻结原告作为CEO的管理职能及相应的对数据信息等调用的权利，自2013年2月16日起进入罢免原告首席执行官（CEO）职位的程序。同时明确，解除原告CEO职务后，原告还有盛大游戏有限公司员工及善极公司董事的身份。……2013年3月1日，外服公司、数吉公司共同作出与原告‘解除劳动关系及聘用关系’的决定，并于2013年3月5日向原告发出退工证明，载明：2013年3月4日劳动合同解除……。”该院经审理后认定“……原告未经批准擅自缺勤，按企业的规定属于旷工。被告以原告旷工、严重违反企业规章制度为由，与原告解除劳动合同，符合法律规定……”，最终判决“驳回原告姜祖望的诉讼请求”。

被告在2013年3月4日与外服公司解除劳动合同关系以后，曾作为360手机游戏产品总监出席会议并进行演讲。上海奇虎科技有限公司曾为被告缴纳2013年5月1日至2013年5月31日期间的工资、薪金所得税13，972.30元。2013年12月23日，上海市宝山区张庙街道劳动保障事务所出具证明，证明被告系无业人员。

审理中，两原告及被告确认，被告与原告善极公司之间并未签订过劳动合同。

以上事实，由《投资协议》、公证书、（2013）黄浦民一（民）初字第4481号民事判决书、涉税事项调查证明材料、劳动手册、上海市宝山区张庙街道劳动保障事务所出具的证明等，及两原告、被告的当庭陈述为证。经审查，本院确认上述证据的形式真实性。

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。本案中，两原告系以《投资协议》为依据提起本案诉讼，认为被告违反了《投资协议》第6.3款有关竞业禁止的约定应承担违约责任，故两原告应就被告存在违反竞业禁止的行为承担举证责任。

根据第6.3.1项竞业禁止的约定，原告善极公司应与被告签订劳动合同，但原告善极公司在2012年5月成立后，一直未与被告签订劳动合同，故第6.3.1项中约定的有关三年任职期间及任职结束两年内的期限并不能约束被告。同时，该条约定的禁止行为为“不得以任何形式设立、投资与公司（原告善极公司）及甲方（原告数龙公司）所处行业相同或类似的公司、实体，不得为该等公司、实体或与该公司、实体相关联的个人提供任何形式的服务……”，其中“该等公司、实体”根据文义系特指由被告设立、投资的公司、实体。现两原告并未提供证据证明被告存在设立、投资与两原告所处行业相同或类似的公司、实体的行为，两原告提交的公证书虽显示被告在2013年3月5日之后以360手机游戏产品总监身份进行过演讲，但现并无证据显示上海奇虎科技有限公司系由被告设立、投资，故两原告主张被告违反了第6.3.1项的约定，本院不予采纳。

同样，基于原告善极公司与被告之间并不存在劳动合同关系，第6.3款竞业禁止剩余几项约定亦不适用于被告。而且两原告也未提供证据证实其所主张的被告与北京奇虎科技有限公司或上海奇虎科技有限公司存在劳动合同关系，并每月收益6万元的事实，故本院对两原告的诉讼请求不予支持。至于两原告提交的涉税事项调查证明材料虽显示上海奇虎科技有限公司曾为被告缴纳了2013年5月份的工资、薪金所得税，但仅为一个月的缴纳记录，并不足以推定劳动关系的成立，故本院对该份证据的证明效力不予确认。

综上，依照《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款及最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第二条的规定，判决如下：

驳回原告上海数龙计算机科技有限公司、上海善极计算机科技有限公司的诉讼请求。

案件受理费14，160元，由原告上海数龙计算机科技有限公司、上海善极计算机科技有限公司负担。

如不服本判决，可在判决书送达之日起十五日内向本院递交上诉状，并按对方当事人的人数提出副本，上诉于上海市第一中级人民法院。

审　判　长　　徐慧莉

代理审判员　　蔡婷婷

代理审判员　　季　敏

二〇一四年五月二十七日

书　记　员　　沙芝瑜

附：相关法律条文

一、《中华人民共和国民事诉讼法》

第六十四条当事人对自己提出的主张，有责任提交证据。

……

二、最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》

第二条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交证据加以证明。

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。