

澳門公司設立制度的若干法律問題

冷鐵勛*

公司的設立制度是關於公司設立的條件和程式等內容的法律規定，它是公司法律制度的重要組成部分，各國或地區的公司法無一不對其作出規定。新近本地化的《澳門商法典》和《澳門商業登記法典》亦對公司的設立作了比較系統和具體的規定，這些規定構成了澳門的公司設立制度。本文擬就其中若干法律問題作一探討。

一、公司設立的概念

在現代公司法理論中，公司設立是指按照法律規定的條件和程序，發起人為組建公司，使其取得法律人格必須採取和完成的一系列法律行為的總稱。

《澳門商法典》第176條規定：“公司之設立經登記後，公司即取得法律人格。”這一規定表明，公司作為具有法律人格的團體，其設立是法人人格形成的一個完整過程。這一過程包括主客觀兩個方面。主觀方面是公司的設立人或發起人為設立公司、成為公司的股東而彼此之間達成合意，並對外作出意思表示的過程。客觀方面則表現為公司為取得法律人格、形成實體所進行的一連串程序：首先為訂立章程，建立人格團體組織和活動的基本規則；其次為確定股東，建立人格團體成員之人的基礎；再次，確定股東出資，建立人格團體之物的基礎；又次，設置機關，建立人格團體之活動基礎。至此，公司實體已形成。為維護社會交易的安全，最後，還須履行登記手續，完成人格團體形成的社會公示和法律監督。

* 原中央駐澳聯絡辦政策法律研究部法律專家

長期以來，人們對公司設立這一完整的過程理解不甚清晰，常常自覺或不自覺地把公司設立和公司登記的概念相混淆，從而導致了對公司設立的誤解。其實，公司設立和公司登記是兩個不完全相同的法律概念。作為一種法律用語，公司設立系指創立公司所必須履行的各種行為的總和，是一連串相對獨立的法律行為的有序結合體。公司登記系指公司法人團體資格確認的一種法律宣告，是一種獨立完整的公示和法律監督行為。從二者之間的關係看，公司登記是公司設立這一連續法律行為的最後一個階段，也是設立中公司走向成立的轉捩點。

二、公司設立的立法原則

公司設立的立法原則是指一個國家或地區的公司立法對公司設立這一法律行為所採取的原則。從歷史上看，關於公司設立的立法原則，大致可分為四種，即自由主義、特許主義、核准主義和準則主義。在自由主義的設立原則下，公司的設立全憑當事人的意願，法律不設任何規定，公司一經成立便獲得合法地位或法人資格，而不必經任何程序；在特許主義的設立原則下，要設立一公司並使其取得法律人格，必須先由國家制定特許條例，然後再根據特許條例組建公司；在核准主義的設立原則下，公司的設立除必須符合法律規定的條件外，還必須事先取得行政機關的核准；在準則主義的設立原則下，國家針對公司的設立先制定一個統一嚴格的法律準則，凡當事人欲設立公司，僅需按照法律準則所規定的條件，向主管機關申請登記為公司即可，不必在設立之前向立法機關和行政機關申請核准。

當今世界大部分國家或地區，尤其是西方國家或地區，除將個別特殊意義的公司如銀行等的設立採用特許主義和核准主義外，對一般公司的設立幾乎毫無例外地採用準則主義。《澳門商法典》就公司的設立亦主要採取了準則主義，根據該法第179條的規定，除非公司所營事業依法需要獲得許可外，一般而言，公司只要根據法律規定的條件和程序依法設立並予以登記便可，至於公司設立的條件和程序，《澳門商法典》作了較為嚴格和系統全面的規定。

準則主義之所以能成為當今世界各國或地區設立公司時奉行的普遍原則，原因主要在於以下幾個方面：其一，現代市場經濟所遵循的自由、平

等原則要求經濟主體在進行經濟活動中能成為獨立的民事主體，充分實現公平競爭。顯而易見，傳統的特許設立和核准設立下的公司所享有的壟斷權與市場經濟的根本原則不相容。其二，根據法律規定的要件設立公司，既可使公司設立規範化、有序化、平等化，又可減少繁瑣的特許設立程序或行政審批程序。其三，根據法律規定的要件設立公司，可使設立人在公司設立的全部過程中充分意識到自己該做什麼，不該做什麼，充分預見自己所實施的設立行為的合法性和後果，這樣既可防止不負責地濫設公司，又可增加公司設立人的設立責任，維護社會交易的安全。由此可見，與傳統的設立原則相比，在準則主義的設立原則下，公司的設立更具有由設立人相對獨立完成一個完整的法律行為的特點，更充分體現設立人的主觀意願性，公司的設立過程更具有法律上的相對獨立性。

三、公司設立的條件

公司要進行設立登記，取得法人資格，首先必須具備法律規定的條件。對此，各國或地區的公司法都作了相應規定，《澳門商法典》亦不例外。不過，《澳門商法典》沒有分別規定每一種公司的設立條件，而是在規範公司的總則一章中規定各種公司設立的共同條件，並在對不同類型的公司作出規定時就其設立條件又作出一些特別規定。概括起來，在澳門，公司的設立條件主要有以下三個：

（一）發起人

所謂發起人是指向公司出資或認購公司股份，並承擔公司籌辦事務的公司創辦人。

設立任何公司，都需要發起人，否則，公司便無設立可言。不僅如此，《澳門商法典》還對公司成立後的股東人數作了規定。根據《澳門商法典》的規定，就無限公司而言，發起人必須要二人或二人以上，即必須要有兩個或兩個以上股東才能組成無限公司，僅有一個股東不能組成無限公司。無限公司成立後，股東數目減至一人，而在三個月內不能重設多名股東，或公司不能變更為一人有限公司時，則公司應依法解散。就兩合公司而言，發起人必須為兩個或兩個以上，其中一個或一個以上的發起人為

無限責任股東，而另一個或一個以上的發起人為有限責任股東。如果兩合公司全體無限責任股東消失，而在四十五日內無新股東加入，或無變更為有限公司或股份有限公司的決議時，則公司應依法解散。此外，如兩合公司缺乏全體有限責任股東，而在九十日內無有限責任股東加入，或公司不變更為無限公司，又或公司僅有一名非為法人的無限責任股東而不變更為一人有限公司時，則公司應依法解散。就有限公司而言，除一人有限公司可由一人發起成立外，發起人的人數不得超過三十人，即三十人為有限公司股東的最高數額，任何令有限公司的股東超過三十名的行為，在未經公司股東決議變更為股份有限公司之前，對公司不產生效力。如果令有限公司股東人數超過三十名限額的事實係因股東死亡而引致，則死亡股東的繼承人可申請法院定出合理期限，以便股東決議將公司變更為股份有限公司，否則公司須解散。就股份有限公司而言，發起人應至少有三個，沒有例外規定。

(二) 公司資本

公司資本亦稱股本，是指全體發起人或股東認繳的股金總額。公司資本是公司設立不可缺少的條件之一，它是公司營運的物質基礎，也是公司對外承擔債務擔保的財產基礎。正因為如此，各國或地區的公司法均將其作為公司的設立條件之一。

《澳門商法典》就設立有限責任公司和股份有限公司的公司最低資本額作了規定。就有限公司而言，其最低資本額為澳門幣25,000元；就股份有限公司而言，其最低資本額為澳門幣1,000,000元。不過，在《澳門商法典》生效前已設立的公司，其資本下限不適用上述規定。

(三) 公司章程

公司章程是有關公司的組織和活動的基本行為準則，它規定公司設立的目的與經營範圍、組織機構、活動原則等基本問題，是公司設立必不可少的基本文件。

根據《澳門商法典》的規定，任何公司的設立，都必須具備公司章程。而且公司章程必須記載以下事項：公司種類及商業名稱；公司所營事業；公司住所；公司資本、繳付方式及期間；公司行政管理機關的組成，

如應設有監察機關，此機關的組成。公司章程如無訂定公司的存續期時，視公司的存續期為不確定。如章程所訂定的存續期屆滿，則僅得以全體股東一致同意才能延長公司的存續期，但法律另有規定者除外。

四、公司設立的程序

公司的設立除必須具備法律規定的條件外，還應當按照法律規定的程序進行。根據《澳門商法典》和《澳門商業登記法典》的規定，公司的設立一般要經過以下程序：

（一）申請商業名稱的登記證明

任何人要設立公司，首先應擬定欲設立公司的商業名稱，並向商業及汽車登記局申請出具該商業名稱可予以登記的證明。申請出具商業名稱的登記證明時，尚應向商業及汽車登記局提交列明擬設立公司的業務範圍的文件，以便商業及汽車登記局確定申請登記的商業名稱可否依法登記。

商業及汽車登記局經審查證實擬登記的公司商業名稱可依法登記時，於收到申請之日起十日內發出擬登記的商業名稱可予登記的證明。公司商業名稱可予登記的證明，自發出之日起六十日後失效。如擬登記的商業名稱屬不可登記，商業及汽車登記局亦應於收到之日起十日內發出擬登記的商業名稱不可登記的證明，並應適當說明理由。對於商業及汽車登記局發出的擬登記的公司商業名稱不可登記的證明，申請人可按《澳門商業登記法典》的規定提出申訴。

（二）訂立設立文件

設立公司的人即發起人在確立設立公司的意向，並獲准登記擬登記的公司商業名稱後，應就公司的設立訂立設立文件，以明確各發起人的權利、義務，並對擬設立的公司的基本情況作出意向性規定。

1. 設立文件的形式。《澳門商法典》第179條規定，設立人簽訂設立文件時，除了因股東用以出資的財產的性質而必須採用其他形式外，應以文書為之，而文書上的股東簽名須經認定。根據這一規定，股東在其以不

動產出資而須依法到立契官公署或私人公證員處辦理公司設立文件的公證手續外，其他情況下，均無須辦理設立文件的公證手續，只要設立公司的發起人就公司的設立事宜取得一致意見後即可簽訂設立文件。

設立文件應至少由相等於每類公司的法定最低股東數目的股東來訂立。設立文件的一份樣本應在公證機構內存檔。設立人在訂立設立文件時，應以澳門地區任何一種正式語文來書寫，即必須以中文或葡文來書寫。

2. 設立文件的內容。根據《澳門商法典》第179條第三款的規定，公司的設立文件內應包含以下內容：（1）簽訂設立文件的日期；（2）股東及代理其簽署者的認別資料；（3）設立《澳門商法典》所指任一類公司的股東的意思表示；（4）每一股東所認的出資額；（5）規範公司運作的章程；（6）行政管理機關成員的委任，以及倘有的獨任監事或監事會成員及公司秘書的委任；（7）律師所作的經其跟進整個設立過程後證實並無任何不當情事的聲明書，但以設立系載於私文書的情況為限。

（三）辦理開始營業的申報手續

根據澳門第15 / 77 / M號法律所核准的《營業稅章程》第8條的規定，準備成立公司的人，應在公司開業的可能日期三十天前，辦理開業申報手續，向澳門政府財政局填交營業稅開業申報表。經財政局在營業稅開業申報表上加蓋收訖印章後，再向商業及汽車登記局辦理公司的設立登記手續。如果日後公司並未成立，則申報人可向財政局申請撤銷填交的營業稅開業申報表。

（四）申請設立登記

公司的設立程序，以設立登記而結束。所謂公司的設立登記是指將設立公司的行為向有許可權的政府主管部門申請登記。公司設立登記的主要目的是實行對公司組織的統一管理和監督，使公司的設立嚴格遵守公司法的規定。同時，通過登記賦予公司以法律人格。《澳門商法典》第176條便明確規定：“公司之設立經登記後，公司即取得法律人格。”

根據《澳門商法典》的規定，自公司設立之日起十五日內應向有許可權的登記局局長即商業及汽車登記局局長提出登記申請。公司行政管理機

關即公司的代表和管理機關成員及公司尚有的公司秘書均負有促使公司設立登記的義務，任何股東亦都可申請公司的設立登記。對於設立後經營業務逾三個月而未申請設立登記的公司，檢察院可促使對其作出清算。

向有許可權的商業及汽車登記局局長申請公司的設立登記時，除應提交可予登記的商業名稱證明書副本，以及已向財政局填交並加蓋財政局收訖印章的營業稅開業申報表外，尚應提交下列文件：（1）設立文件，以及依法為其組成部分的附件；（2）各股東或成員的姓名及住所清單，如屬已婚，須載明配偶姓名及有關財產制，如屬未婚，須載明是否成年；（3）行政管理機關成員、監事會成員及尚有的公司秘書的姓名及住所清單，以及彼等簽署表示接受委任職務的聲明；（4）律師所作的經其跟進整個設立公司程序後證實並無任何不當情事的聲明，但以設立係載於私文書的情況為限。此外，如屬須獲法律明文規定的事先許可方可設立的公司，辦理登記時，尚需有關許可的證明文件；如屬以公開認購方式設立的股份有限公司，其計劃的登記，係透過存放該計劃及依法應為其組成部分的附件而作出。

商業及汽車登記局對符合法律規定條件的，予以登記。對不符合法律規定條件的，不予登記。公司一經設立登記，便告成立，並依法取得法律人格。

五、設立中的公司的法律地位

設立中的公司處於何種法律地位？對此，《澳門商法典》沒有作出規定。不過，根據法典的有關內容規定，筆者認為，設立中的公司是一種具有自身特性的非法人團體。一方面，設立中的公司是一種非法人團體，它還不是完全獨立的民事主體，這主要體現在以下兩點上：一是它已經超越了公司發起人即設立人的個人人格，但因其未履行法人登記手續，因而不具有法人人格；二是它不能獨立承擔民事責任，其對第三人所為的行為由行為人或允許該等人為行為的股東負個人無限連帶責任。另一方面，設立中的公司又具有其自身的特性，這集中體現在以下三點上：一是設立中的公司可以以自己的名義從事設立公司的籌備活動；二是設立中的公司擁有與已成立公司相似或相同的組織機構；三是設立中的公司具有一定的團體性，具有不同於其成員個人利益的團體利益。

設立中的公司既然是一種非法人團體，那麼因設立行為所生的權利義務應由誰來承受？對此，《澳門商法典》在其第一百八十八條關於“登記前之行為效果”的內容中作了規定。根據上述條款的規定，與公司設立程序有關，但屬公司登記前的一切費用，包括服務費在內，可由公司透過行政管理機關的行為承擔，並在登記後三十日內通知墊付人。公司在登記後，即對支付與設立程式有關的登記費、稅費及手續費的人承擔償還義務。此外，公司登記只要沒有超逾法定的期間，且以公司名義在登記前所為的設立行為係由在登記後可令公司承擔義務的人為之，則公司登記後，即承受以公司名義在登記前所為的設立行為而生的權利與義務。公司一經承受上述權利與義務，即解除引致有關權利及義務的行為所生的個人責任。

設立中的公司由於還不是完全獨立的民事主體，因此，嚴格來講，在其依法登記並取得法律人格之前，只能進行與公司成立有關的設立行為，而不能以公司的名義開展經營活動。如在登記前，公司便以其名義進行經營活動，其責任應如何承擔？對此，《澳門商法典》在其第一百九十條關於“登記前與第三人之關係”的內容中作了規定。根據上述條款的規定，如在登記前公司已開始經營，則代表公司為行為的人以及允許該等人為行為的股東，應對其行為負個人無限連帶責任。但是，如果公司的登記沒有超逾法定的期間，且以公司名義在登記前所進行的經營行為係由在登記後可令公司承擔義務的人為之，則公司在登記後，即承受以公司名義在登記前所為的經營行為而生的權利與義務。公司一經承受上述權利與義務，即解除引致有關權利及義務的行為所生的個人責任。

六、公司設立中的責任

為了保護股東、債權人和公司的利益，各國或地區的公司法都規定了公司設立中的責任，《澳門商法典》也不例外。概括起來，《澳門商法典》主要規定了公司設立中的以下幾種責任：

（一）公司設立時股東的責任

根據《澳門商法典》的規定，公司設立時股東的責任主要有：

1. 股東不如期繳付應付的出資時，除須繳付欠繳資本外，亦須繳付有關的遲延利息，並須對因其不履行而引致公司的其他損失負責（《澳門商法

典》第二百零四條第二款)；股東不按期繳付股款時，其他股東則根據其股額的比例，就遲延繳付的出資部分對公司負連帶責任（《澳門商法典》第三百六十二條）；股份有限公司原有的認購者及以任何方式受讓股份者，均須對該股款的繳付負連帶責任（《澳門商法典》第四百一十條第二款）；股份有限公司的股東或前股東遲延繳付其所認購的股份的相應金額時，行政管理機關應再次通知股東或前股東，聲明給予該等股東九十日的補充期間以繳付遲延繳付所認股份的股款，另加遲延利息，否則該等股份及為繳付股款而支出的金額，均為公司所有（《澳門商法典》第四百一十條第三款）。

2. 股東用以出資的財產，如在繳付日的價值因任何理由低於對其評估的價值時，股東應對該差額負責，並以現金繳付該差額至出資的票面價值（《澳門商法典》第二百零一條第四款）。

3. 股東以非現金出資時，非現金出資的繳付延遲逾一年的，應由核數師或核數師合夥編寫新報告書。有關價值低於前評估的價值時，股東應對該差額負責，並應以現金繳付該差額至出資的票面價值（《澳門商法典》第二百零三條第四款）。

4. 如因第三人的正當行為令公司喪失對股東所給付的財產的權利，或因延遲交付非現金出資的財產對公司有利且在設立文件內注明延遲交付的確定日期的情況下延遲交付而令資產不能交付時，股東應在出現上指事實後八日內，以現金繳付其出資的的票面價值（《澳門商法典》第二百零三條第五款）。

(二) 股份有限公司發起人的責任

根據《澳門商法典》的規定，股份有限公司發起人的責任主要有：

1. 股份有限公司發起人在編制載有嚴格說明公司所營事業的整份章程方案及公開認購的股份數目等內容的計劃時，須對計劃所載的事實要素的準確性負個人連帶及無限責任（《澳門商法典》第三百九十八條第一款）。

2. 公司因公眾所認購的股份的百分率不足而不能設立時，發起人應在計劃所指認購期間屆滿後的隨後五個工作日內告知認購者公司不能設立，

且每人所繳付的資本已置於進行認購活動的信用機構內任其處置（《澳門商法典》第四百零二條）。

3. 股份有限公司不能設立時，為設立而支出的全部費用，應由發起人承擔（《澳門商法典》第四百零三條第八款）。

4. 發起人在編制設立股份有限公司的計劃時，如果計劃內所載有的關於公司在未來三年發展的技術、經濟及財政預計的研究報告為明顯虛假時，發起人應依法承擔民事及刑事責任（《澳門商法典》第四百零四條第八款）。

（三）公司設立中公司行政管理機關成員、公司秘書及律師的責任

《澳門商法典》還專門就公司設立過程中，公司行政管理機關成員、公司秘書及律師的有關責任作了規定。根據該法典第一百九十二條的規定，對於公司的設立作出聲明，表示經審查整個設立程序後證實並無任何不當情事的公司行政管理機關成員、公司秘書及律師，如果所作的聲明虛假、不正確或不完整，須就此對公司負連帶責任，且須對該事實負尚有的刑事責任。但是，不知聲明為虛假、不正確或不完整，且即使以善良管理人的注意為行為仍不知悉此事者，無須負上述責任。須就虛假、不正確或不完整的聲明負連帶責任的人，相互間有求償權，其範圍按各人過錯的程度及其過錯所造成的後果而確定；在不能確定各人的過錯程度時，推定其為相同。