

# 农业产业安全观下的外资并购风险与法律防范

谢 翀<sup>1,2</sup>

(1. 武汉大学 国际法研究所, 湖北 武汉 430072; 2. 华中农业大学 文法学院, 湖北 武汉 430070)

**摘要** 随着经济全球化的推进, 外资在我国农业产业领域的渗透不断加深, 尤其表现在跨国公司对重要农业企业进行的并购投资。并购虽然增强了农业企业的市场竞争力, 但并购后外资所形成的控制性优势地位, 也给我国农业产业整体安全带来了较大的负面影响。分析了直接投资以并购模式进入农业领域所产生的风险, 并基于维护农业产业安全的视角, 归纳出我国农业在发展及利用外资方面暴露出的法律问题, 提出了若干保障产业安全的立法措施与完善性建议, 为促进农业产业稳妥、积极利用外资而构建良好的法律环境。

**关键词** 外资并购; 农业产业安全; 风险防范; 法律保障

**中图分类号:** D 9      **文献标识码:** A      **文章编号:** 1008-3456(2012)02-0098-05

农业不仅是人类衣食之源, 也是一国国民经济的基础产业。它直接关系到全体国民的生存安全以及国家安全, 并毫无疑问地成为整个社会和国民经济赖以生存和发展的基础。

当前我国理论界对农业产业安全内涵的界定并不完全统一<sup>[1]</sup>。主要观点包括: 其一, 农业产业安全是一国农业产业整体上基础稳固、健康增长、持续发展, 在国际经济中具有一定自主性、自卫力和竞争力, 不至于因为某些问题的演化而使整个农业产业受到大的打击或损失过多的农业和国民经济利益, 能够避免或化解可能发生的局部性或全局性的农业产业危机<sup>[2]</sup>。其二, 农业产业安全具体表现为农业生产不受外来资本控制和农产品具有国际竞争力<sup>[3]</sup>。

随着全球化的不断推进, 外国资本对我国农业产业的渗透和参与程度不断加深。跨国资本对于发展中国家的农业、食品加工业和零售业、特别是跨国食品超市的投资兴趣高涨。通过控制农产品生产、加工、运输和贸易各重要环节, 跨国粮商在农业和食品工业领域的投资策略对发展中东道国粮食政策和粮食安全保障措施的自主性造成威胁, 并极有可能进一步拉大广大发展中国家普遍存在的地区和城乡差距, 挑战其土地保护与环境保护政策, 使发展中国家粮食生产技术呈依附性发展趋势<sup>[4]</sup>。

可见, 国际投资的新形势必将使我国的农业产业安全面临更为严峻的考验。也促使我们应适时扩

展农业产业安全的内涵, 充分认识农业安全是一国经济安全的基础, 是国家安全的重要组成部分。当我们认同生存权是最基本的人权, 是国家安全的基本保证时, 就必须考虑农业市场开放的底线了。从广义上多层次、系统性地理解农业产业安全, 也有助于构建较为完善的法律体系, 来保障国际资本冲击下的农业产业的稳定与竞争力。

## 一、外资并购农业企业引发风险

### 1. 外资并购概述

外资并购一般是指外国企业基于某种目的, 通过取得国内企业的全部或部分的资产或股份, 对国内企业的经营管理实施一定的或完全的实际控制的行为。并购本身是一个价值活动, 绝非仅产生消极影响。但涉及国计民生的关键行业, 东道国都非常重视跨国并购可能造成的产业安全问题。

由于具备雄厚的资本实力与全球性战略, 跨国公司常常成为外资并购案的活跃主体。跨国公司在我国的直接投资最初主要以绿地投资(即传统的新设企业)的方式进行。入世后, 我国对外资开放新的领域, 逐步取消对外资的限制性措施, 尤其是对外资并购政策的明朗化, 培育了良好的市场态势与投资环境。这也推动我国对外资的利用从新设企业为主转向并购迅猛发展<sup>[5]</sup>。

### 2. 农业行业垄断风险

2000年12月6日, 法国达能亚洲有限公司出

资约 18 亿人民币,收购上海梅林饮用水 50% 股份,农业领域的外资并购自此拉开序幕<sup>[6]</sup>。2004 年到 2005 年,国内大豆加工业又惨遭外资控盘,跨国粮商在食用油加工和销售领域形成垄断态势。其后,这种控制重要农产品加工环节的资本策略,被投资机构在养殖业领域重演。随着农业领域的投资项目和资金数量高速增长,外资对我国农业行业整体的控制比例已超过一半,同时,在其已进入的 108 家国家重点农业龙头企业中,有 99 家集中在粮油、林特产(含水果)、肉类(含鸡、牛、猪)、牛奶、水产、蔬菜等农产品行业,比重达到 91.7%<sup>[7]</sup>。可见,当强势外资不断注入我国农业行业,处于产业化初期的农产品行业不免陷入被动发展的局面:尽管农业产业整体竞争力会有所增强,但是农产品进出口依存度会进一步提高,农业产业控制难度会加大。粮食安全将受到挑战,部分农民生计将受到威胁,农业生产不确定性增加<sup>[8]</sup>。

### 3. 农业产业安全威胁

市场开放加之监管不力,使得中国的农业及食品产业链正在为国际资本创造着千载难逢的投资机会。追求利润最大化为目标的天性,亦驱使跨国资本在农业领域强劲扩张。然而,资本并购的战略目标通常与东道国产业发展的有序安排并非和谐统一。从整体上看,目前跨国公司主要参与经济作物的生产,而在主要的粮食作物中参与不多;外商投资的产品方向决定、区位选择决定等,均不会以是否有利于农业产业调整为抉择准则<sup>[9]</sup>。

如若欠缺适度的保障,农业领域的外资并购活动会对整体安全带来较大负面影响。它弱化了东道国对农业产业的控制权;压低我国农产品市场价格,使我们逐步丧失整个行业产品的定价权;产业链上下游的本土企业逐渐萎缩等。并购对农业企业本身亦产生了“两头挤压”效应:一方面,外资逐步将其控制力延伸到国家大量投资扶植成长起来的行业龙头企业,控制传统农业领域的核心和关键部分;另一方面,挤压中小农业企业发展空间。强势的外资不仅容易对处于弱势的小农经济造成冲击,对民族资本也会产生一定挤出效应。

延伸来看,农业产业安全一旦受到威胁,其影响力绝不会局限于农业本身。毕竟即使没有 WTO 规则的挑战,中国也已经面临比较严重的农民、农村、农业问题<sup>[10]</sup>。国家如果失去对农业特色性发展与全面发展的主导权,经济独立和政治独立的基础也

将受到侵蚀。

## 二、并购风险的因素分析

### 1. 内因:发展中国家农业引资的困境

在市场经济的框架下,相对于工业、服务业和各种新兴产业,农业最容易被资本所抛弃。原因十分明显,短时期内,农产品的供给和需求都是相对稳定的,不可能如其他产业一样,出现爆炸性的增长。在追逐利润最大化的资本面前,农业是最不容易扩张的一个部门。各国的现代化进程中,市场失灵不断在农业部门出现,常使得农业投资不足。发达国家因此对农业实施高补贴,以弥补市场失灵。而发展中国家农业则面临两难境地:一方面,他们的政府或者没有认识到农业的基本规律,或者无力支付高补贴;另一方面,他们在面临本国经济的市场化,和全球农产品贸易自由化的侵袭时,亟待资本和农业革新技术的引入,而渐渐丧失粮食供给的自主性。农民流离失所、农村凋敝,既是资本在全球范围内扩张的必然现象,也是发展中农业国的常见现象<sup>[11]</sup>。

中国农业主要实施小规模分散经营模式,生产技术水平低下,加之当前国家的一些惠农政策并未在实际执行中落到实处,导致粮价收购过低、农民收入过低的现状并未发生很大改观,为外资和国际热钱比较轻易地跨越中国农业市场的投资门槛提供了契机,而他们也通过控制农产品原料价格,控制农副产品加工业和食品制造业等的行业命脉。这些都将发展中国家的农业引资带入更为两难的境地。

### 2. 外因:并购时代的产业安全更易受到冲击

很多人在认识我国农业产业安全的时候,是从农产品国际贸易的角度来分析问题,忽略了外国直接投资对产业安全带来的实质性威胁。他们简单地认为,只要这些外资企业在中国生产,中国就不会存在产业安全问题,外国私人直接投资难以从本国自由流出。但这种观点忽略了直接投资进入“并购时代”的特殊性:中国传统利用外资的绿地投资(投资建厂),强调实在的建设,安全性又大于以产权转让为特点的并购。但是,与合资、独资等形式为主的“绿地投资”相比,并购成本低,外国投资者通过兼并或收购东道国的经济实体,可以缩短项目建设周期或投资周期,迅速扩大规模,快速战胜竞争对手,在很短的时间内即获得在东道国的市场地位。

根据德国经济学家李斯特提出的“幼稚产业保护理论”,后发经济体的比较优势需要政策保护扶

持,而不是轻易地全面开放,否则民族产业就会被外资打垮而失去发展机会<sup>[12]</sup>。风险本是农业领域的标志性特点,同时也是农业产业化进程给农业带来的结果。外资倾向于控制农业龙头企业,在行业里处于相对垄断地位,不仅可以利用垄断定价侵蚀国民的基本利益,而且可以通过控制企业的研发活动,掌握行业的关键技术,妨碍国家实施相应的产业政策。所以,以并购的方式接受外资,必须正确控制外资的行业分布和在市场结构中的地位,谨慎对待垄断性跨国并购<sup>[13]</sup>。

### 三、保障农业安全的法律环境反思

国内当前的法律环境,能用以监管农业产业的外资并购活动风险,维护产业整体安全的法律法规,无论在实体还是在程序方面,都远未形成一个完善的体系。作为农业领域的核心立法,《农业法》从整体上对维护农业产业安全起到了一定的作用。但是,该法现阶段对农业基础产业定位于“保护与扶持”的职能。它考虑的主要是发展重要农产品、完善农业补贴与支持等国内政策问题,以支持国内农业为主,包括近期的减免农业税费政策,都并非以“安全”为着眼点。它并不直接应对或化解外资长驱直入所带来的安全威胁。农业法依靠的是加强国内产业竞争能力的内部方法,对外资本身并不具备引导或制约的功能。只有对直接投资活动实施并购监管、垄断监管、安全审查并行的框架体系,才能有效形成保障民族产业的“安全阀”。

#### 1. 限制性外资并购监管的不足

我国现行外资管理体制亟待完善。整体立法不完整,立法效力层次偏低,效力最高的仅为部门规章,其他多为规范性文件,欠缺上位法依据<sup>[14]</sup>。

(1)分散外资法需要整合与统一。从外资法体系的构成来看,外资并购属于一国外资法律制度中的重要组成部分,只有在外资基本法的统帅下,外资并购法才能正常运作和发挥作用。因此,首先必须考虑整合与统一现今分散的“三资”企业法,推动统一外资基本法的制定。其次,我国目前的外资并购立法缺乏总体规划,遵循“成熟一个制定一个”的指导思想<sup>[15]</sup>;相关立法文件之间也缺乏协调性。这就直接导致了我国对外资并购重要企业审批和监管制度的散乱。

(2)《外商投资产业指导目录》与《指导外商投资方向的规定》,引导并划分外商投资的方向与类别,

体现了安全的意识和原则。但是,“与一般的产业安全理念存在着巨大的冲突”,鼓励外资进入的行业经常恰恰是出于安全目的需要保护的行业<sup>[16]</sup>。《外商投资产业指导目录》中对于“鼓励类”农业投资领域大多没有过多管制,目的过于单一。对于创新涉农企业利用外资的方式,优化利用外资的结构等方面,缺乏较为针对性的关注。对于非合理耗费农业资源、影响农村生态环境的项目并未有明确限制或禁止,亦与当代可持续发展的粮食安全观并非完全相符。

#### 2. 垄断性外资并购监管的不足

农业产业链的重要环节遭遇外资控盘的现象并非罕见。2008年实施的《反垄断法》未能将集中度不高的农业框定在内,并不能对外资垄断重要农业行业发挥有效的监管作用。

(1)农业是基础产业,弱质产业。并购重要企业在农业领域是否真正“安全”,是无法和工业、服务业类比的。反垄断法属于竞争法范畴,本身并非集中针对农业领域的立法,也并未明晰的体现出产业政策与竞争政策的适用次序与联系,因此对农业产业的安全维护缺乏调控。而并购对农业产业的安全影响早已经从狭义的农业领域延伸到了轻工业产业的安全,例如食品加工工业。这些领域反垄断法并未涉及,也无法进行管辖。

(2)《反垄断法》规定,豁免农业领域的联合或协同行为。但是这并非绝对。由于反垄断法是不区分内资与外资的,因此,并购对农业生产者的利益损害不能忽视。而我国当前的反垄断法对农业适用的豁免没有安全阀,尚未建立农业豁免的监督机制和撤销机制,豁免很容易被滥用<sup>[17]</sup>。

#### 3. 农业安全审查职能缺失

2011年初,中国外资并购安全审查问题终于破题,《反垄断法》中外资并购“国家安全审查”职能已经转由商务部启动的安全审查制度来担当<sup>[18]</sup>。尽管如此,中国在外资安全的审查方面实质处于起步阶段,仍然存在不少问题需要改进与完善。

(1)我国缺乏一部统一的《国家产业安全审查法》。这样,也就无法对产业体系进行农业、工业、服务业的基本划分。在这个体系中,农业是国民经济的基础,一旦出现危机,会把整个金融系统,甚至整个经济体系一并拉下水。同时,农业的特性和工业、服务业是不能类同的:它既是我国亟待吸引外资以提高农业规模化、现代化的传统领域,又是敏感而非



常容易对国家基础经济安全形成威胁的战略领域。我们亟需在立法中,明确安全审查的总体态度,确立农业产业安全的上位概念。

(2)当前的审查制度没有目录,只有大致的领域划分。其中关于重要农产品、重要资源等涉及的审查范围和具体标准尚未明确,在未来可能发生的农业领域并购案中,外国投资者对于其并购交易是否适用于安全审查依然缺乏明确的指南。对于一些界限模糊的并购项目,外国投资者为避免违规不得不将其提交安全审查,可能会不合理的导致审批时间的延长。欧盟商会竞争工作组主席 Francois Renard 认为:“自去年六月《安全审查制度》的草案公布以来,许多问题已经得到了解决,然而仍然引发了一些担忧。它对于行业的定义过于宽泛。除此之外,从操作的角度来说,如何将安全审查与反垄断法中提及的合并控制审查对应仍有待澄清。”<sup>[19]</sup>可见,有必要独立确立农业项目的审查范围与操作标准。

#### 四、维护农业产业安全的立法展望

我们需要判断,外资进入中国农业如何处在一个恰当的程度:既扶持了弱势产业,促进了国内需要产业升级与整合的领域,外资本身也获得了合理的利润,同时又不至于形成垄断或价格操纵。这既需要经济上的定量研究,更需要完善的立法。而今,中国正式建立外国投资者并购境内企业安全审查制度,将并购安全审查的范围确立为:外国投资者并购境内关系国家安全的军工及军工配套企业、重要农产品、重要能源和资源、重要基础设施等企业。可以说,通过这个基本理念的指引,我国未来制定独立《农业产业安全审查法》已具备充分的认识基础。

(1)我国应从维护农产品市场稳定和经济安全的战略目标出发,针对农业对外开放出现的新情况,需要尽快健全符合世界贸易组织规则的外商经营农产品和农业生产资料准入制度,建立外资并购境内涉农企业的安全审查机制。具体措施可以考虑调整和完善《外商投资产业指导目录》,建立国家有关部门会商制度,建立外资并购报告和审查制度等。《反垄断法》则从法源上阻断国外资本的掠夺式并购,使农业安全等得到法律上的保障。

(2)对于农业企业,跨国并购会减少企业数量(尤其是中小企业)或加强龙头企业的市场控制地位,所以,确立并适时调整重要农业企业、具有我国传统农业资源特色、创新农业技术企业的“清单”,加

强对其的安全管理,不仅要考虑到其被外资并购后可能带来的粮食安全方面的威胁,也要考虑到对传统农产品品牌、农业技术的影响,这也应该成为维护整体产业安全的配套措施中重要的一个环节。

(3)提升民族企业的竞争力,并不能仅仅停留于对外国资本的“防御”态势。国内农业保护政策及相关的农业补贴、福利计划将起到很大的作用。目前,国内农村公共服务体系、国内农业政策性金融体系建设、国内农产品质量安全管理体制等都有多个层面需要健全或加强,这对于鼓励内资、合理引导和吸引外商投资共同发展现代农业也是具有十分重要意义的。

(4)外资并购农业,必将涉及到国内经济关系的其他部门,与并购配套的其他法律的缺位,同样会给外资并购带来很大的障碍,如社会保障法、资产评估法等。因此需要建立、健全相关配套的法律制度,政府有必要加强综合性的产业调控,建立对产业安全的科学评估机制,才能对外资并购进行有效的规制。

(5)加大国内农业支持,整合国内农业企业的资源,支持域内并购。我国应借鉴他国经验,积极促进农业企业的合并活动,逐步建立起大企业体制,并加强企业之间的分工和协作,使农业企业的生产达到规模经济的要求,才有可能经得起外资的巨大冲击。

总之,外资以并购模式进入我国农业市场后,所获取的不仅是丰厚的利润,也意欲操纵市场的主导权。保护我国农业安全的立法应当全面布局,实行外商投资管理和产业安全审查“双管其下”的策略,相辅相成。

#### 参 考 文 献

- [1] 郑宝华,李东.国内农业产业安全问题研究综述[J].农业经济问题,2008(1):22-24.
- [2] 刘乐山.外国保障国家经济安全的措施及启示[J].云南行政学院学报,2002(6):63-65.
- [3] 徐洁香,邢孝兵.当前我国农业产业安全问题探析[J].商业研究,2005(17):201-203.
- [4] 曹荣湘.经济安全——发展中国家的开放与风险[M].北京:社会科学文献出版社,2006.
- [5] 陈文敬.中国利用外资三十年回顾[J].中国外资,2008(5):1-3.
- [6] 潘勇辉.外资并购我国农业类上市公司实证分析[J].商业时代,2006(1):65-66.
- [7] 国家统计局.2006年各行业外资股权控制率[M].北京:中国

- 统计局出版社,2007.
- [8] 杨益. 当前我国产业安全面临的压力与发展趋势、对策措施[J]. 国际贸易,2008(9):4-7.
- [9] 谢莹. 国家产业安全法理论与实践[M]. 北京:中国商务出版社,2005.
- [10] 温铁军. 入世对“三农”、而非单独对农业构成影响[EB/OL]. (2007-09-20). <http://mcrp.macrochina.com.cn/>.
- [11] 周立. 美国的粮食政治与粮食武器[EB/OL]. (2008-04-09). <http://www.snzg.com.cn/index.asp>.
- [12] [美]弗里德里希·李斯特. 政治经济学的国民体系[M]. 邱伟立,译. 北京:华夏出版社,2009.
- [13] 纪宝成. 正确认识和解决我国产业安全问题[J]. 中国国情国力,2009(10):4-6.
- [14] 叶军,鲍治. 外资并购境内企业的法律分析[M]. 北京:法律出版社,2008.
- [15] 孙效敏,胡晓军. 我国外资并购立法研究[J]. 上海市政法管理干部学院学报,2004(1):21-25.
- [16] 纪宝成. 有关我国产业安全若干问题的看法[J]. 中国国情国力,2006(8):11-14.
- [17] 孙晋. 反垄断法适用除外制度研究[M]. 北京:中国方正出版社,2002(6).
- [18] 国务院办公厅. 关于建立外资并购境内企业安全审查制度的通知[EB/OL]. (2011-02-16), <http://www.lishui.gov.cn/>.
- [19] 欧盟商会. 外资并购境内企业安全审查制度引发担忧[EB/OL]. (2011-02-16). <http://www.europeanchamber.com.cn/view/media>.

## Risks of Foreign Investment M&A and Legal Prevention from Perspective of Safety of Agricultural Industry

XIE Chong<sup>1,2</sup>

(1. *Institute of International Law, Wuhan University, Wuhan, Hubei, 430072;*

2. *College of Humanities and Social Sciences, Huazhong Agricultural University, Wuhan, Hubei, 430070)*

**Abstract** With the economical globalization, foreign investment in China's agricultural industry is increasing rapidly, which is reflected in transnational merger and acquisition in some important agricultural enterprises. Although merger and acquisition have improved the competitiveness of agriculture in the market, the dominant position of foreign investment has also caused several negative effects on China's agricultural industrial safety. This paper first analyzes the risks rendered by M&A direct investments in agricultural fields, and from the perspective of industrial safety, this paper sums up the legal problems exposed in utilizing foreign capital and developing our agricultural industry. In order to build the favorable legal environment for foreign investment, this paper finally puts forward some legislative measures and suggestions on how to guarantee the industrial safety.

**Key words** foreign capital M&A; safety of agricultural industry; risk control; legal guarantee

(责任编辑:侯之学)