

我国农业领域外商直接投资范围的立法完善*

尚 清, 金奕纳

(华中农业大学 文法学院, 湖北 武汉 430070)

摘 要 随着我国加入 WTO, 外商在我国的直接投资活动日益活跃, 农业领域也逐渐成为一个投资热点。外商直接投资给我国农业的发展带来很大帮助的同时, 也带来不少问题。在外商直接投资农业领域中, 相关的投资范围问题乃是众多法律问题中的基础性问题。我国应在不违背入世承诺的前提下, 坚持以合理利用外资和维护农业产业安全为目标, 严格区分外商新建投资与并购投资, 对外商在我国农业领域直接投资范围的立法进行完善。

关键词 外商直接投资; 投资范围; 农业领域; 农业产业安全; 农民权益保护

中图分类号: D F964 **文献标识码:** A **文章编号:** 1008-3456(2011)06-0113-05

外商直接投资的范围, 是指东道国政府允许、鼓励或限制外国投资者在其境内的生产流通领域进行投资的领域^[1]。外商直接投资的范围作为国际投资法的重要内容, 一直是各国外资法关注的焦点问题。

自 20 世纪 90 年代起, 外商在我国农业领域直接投资的范围在不断拓宽。外资的引进有利于增加我国农业建设资金, 弥补我国农业资金投入不足的现状; 有利于推动我国农业相关技术的进步, 有利于推进企业管理制度的改进等。但与此同时, 我们不得不承认我国农业基础薄弱, 产业集中度低, 在农业领域外商直接投资的管制方面, 尤其是投资范围方面的法律制度还存在缺陷, 并在实践中暴露了一些问题。例如外资的进入造成了对民族企业的挤兑、对农民权益的侵蚀、对部分农业领域的垄断和操控、甚至对我国的农业产业安全构成威胁等。因此, 如何从法律角度对我国农业领域外商直接投资的范围进行完善, 以平衡合理利用外资与维护农业产业安全及保护农民权益之间的关系, 成为目前我国外资法迫切需要解决的问题。

一、我国农业领域外商直接投资范围的立法现状分析

目前, 我国尚没有专门针对农业领域外商直接

投资范围的立法。有关内容散见于各种关于外资的法律文件之中, 这些法律文件主要有: 《外商投资产业指导目录》《指导外商投资方向的规定》《中西部地区外商投资优势产业目录》《外国投资者并购境内企业的规定》等。本文从鼓励类、限制类和禁止类 3 个方面具体分析我国农业领域外商直接投资范围的立法现状。

1. 鼓励类立法

根据 2007 年《外商投资产业指导目录》, 在农业领域中鼓励外商投资主要体现以下方面: 中低产农田改造, 木本食用油料、调料和工业原料的种植及开发、生产, 蔬菜(含食用菌、西甜瓜)、干鲜果品、茶叶无公害栽培技术及产品系列化开发生产, 糖料、果树、牧草等农作物新技术开发生产, 花卉生产与苗圃基地的建设、经营, 橡胶、剑麻、咖啡种植, 中药材种植、养殖(限于合资、合作), 农作物秸秆还田及综合利用、有机肥料资源的开发生产, 林木(竹)营造及良种培育、多倍体树木新品种和转基因树木新品种培育, 水产苗种繁育(不含我国特有的珍贵优良品种), 防治荒漠化及水土流失的植树种草等生态环境保护工程建设经营, 水产品养殖、深水网箱养殖、工厂化水产养殖、生态型海洋种养殖。除此之外, 对于诸如生物饲料、秸秆饲料、水产饲料的开发生产, 水产品加工, 贝类净化及加工, 海藻功能食品开发以及蔬

收稿日期: 2011-06-09

* 教育部人文社会科学研究一般项目“外资并购视角下我国农业产业安全法律问题研究”(09YJC820039); 第 48 批中国博士后科学基金项目“外资进入视角下我国农业种子安全法律问题研究”(20100480908); 华中农业大学农业经济与社会发展项目“外资并购视角下我国农业产业安全法律保障研究”(XB0922)。

作者简介: 尚 清(1976-), 女, 副教授, 博士; 研究方向: 国际经济法、经济法。E-mail: shangqing@mail. hzau. edu. cn

菜、干鲜果品、禽畜产品的储藏及加工等农副产品的加工业和果蔬饮料、蛋白饮料、茶饮料、咖啡饮料、植物饮料的开发生产等饮料制造业都是鼓励外商投资的范围。对于这些鼓励类的外商投资产业我国基本上没有过多管制,只有中药材种植、养殖业与天然食品添加剂、食品配料生产行业的外资企业形式限于合资、合作,不允许外商独资。其主要目的在于保护传统知识与保护食品安全,并非是出于保护农业的目的。

但是,在实践中仍存在不少问题。目前外资在我国饮料、饮用水行业已基本控制了 90% 的市场^[2],果汁饮料亦是如此。最初在果汁市场中我国的民族企业独占鳌头,但从 2006 年外商开始投资该领域开始,我国的果汁市场份额逐渐被外商侵蚀,到目前为止外资已占据了大部分的市场份额,若此时还不对其加以限制而是继续进行鼓励,我们的民族产业将很难得以发展和振兴,同时上游的果树种植业的控制权也易于被外资所掌控。另外,将禽畜产品的加工仍然列为鼓励外商投资的项目是不合时宜的,就拿肉制品加工来说,目前外商已大力投资肉制品的加工环节并掌握了一定的控制权,并且正逐渐从加工环节蔓延到上游的养殖及下游的流通销售,这样一来肉制品从养殖到加工到销售整条产业链的控制权就很容易沦落到外资手中,“高盛并购双汇案”即是如此。

2011 年新修订的《征求意见稿》仍未涉及这些问题。与 2007 年《外商投资产业指导目录》相比,2011《征求意见稿》增加了鼓励外商投资绿色、有机蔬菜的开发及生产的条款,这比起原有目录有所进步,响应了低碳绿色环保的号召。然而将中低产农田改造一项从鼓励领域中删除则是不合时宜的。因为中低产田改造需要较多的资金投入来保障,这就需要通过多渠道来吸引资金的流入,以便更好地巩固农业基础设施建设来支撑中低产田的改造,增加农业综合生产能力。而且近年来不断发生的旱灾水灾实际上也反映出我国农田水利设施建设不到位,因而还应鼓励外商多向农业基础设施建设方面进行投资。

2. 限制类立法

根据 2007 年《外商投资产业指导目录》,在农业领域中对于限制类的外商直接投资产业大多都给予了一定的管制,主要是限制外资在某些部门的股权比例(占少数股权),表现在以下几个方面:农作物新

品种选育和种子开发生产(中方控股);珍贵树种原木加工(限于合资、合作);限制外商投资棉花(籽棉)加工;在农副食品加工业中,大豆、油菜籽食用油脂加工和生物液体燃料(燃料乙醇、生物柴油)生产须中方控股,限制外商投资玉米深加工;在饮料制造业中,黄酒、名优白酒生产必须由中方控股,碳酸饮料的生产则限制外商进行投资;在批发和零售业中,粮食、棉花、植物油、食糖、农药、农膜、化肥的批发、零售、配送设立超过 30 家分店、销售来自多个供应商的不同种类和品牌商品的连锁店必须由中方控股。其中对大豆、油菜籽食用油脂加工业的外资的管制行为是 2007 年新修订的内容,主要在于解决目前我国大豆加工及销售行业被外资控制的现状。而这样的限制是在我国大豆及相关产业被外资控制的严重后果出现之后才被迫采取的保护措施,对于已经沦陷的大豆产业起不到实质性的保护作用。在国际金融危机的情势下,2008 年国内油脂行业又一次受损严重,而外资企业则因其贸易加工链完善、避险能力强的特点,操纵油脂市场的势力仍然在增强。

2011 年《征求意见稿》在限制外商直接投资农业的领域类增加了对粮食收购和储存的规制,要求设立超过 30 家分店、销售来自多个供应商的不同种类和品牌商品的连锁店必须由中方控股。另外考虑到之前大豆产业带来的沉痛教训,《征求意见稿》还增强了外商对花生、棉籽等食用油脂加工领域投资行为的限制,要求中方控股。应该说这些调整措施在一定程度上是有利于维护我国粮油安全的,但还远远不够。特别是对在农业产业链中占有主要地位的粮食生产行业(如美国研制的玉米种子“先玉 335”,已经在一夜之间差不多占领了我国玉米种植市场的 50%,威胁着我国粮食种业的安全)、加工行业(如外资粮油企业益海嘉里目前在我国拥有 12 家小麦加工厂,5 家已经投产,另外 7 家仍在建设中,全部投产后产能预计将超过中粮集团)的产业安全问题没有考虑,这不能不说是我国外资管制立法的一大漏洞。

3. 禁止类立法

对于禁止类的外商直接投资产业通常关系到国家安全,或影响人民生活,从而涉及公共利益的关键部门。根据 2007 年《外商投资产业指导目录》的规定,禁止外商投资的产业主要包括:我国稀有和特有的珍贵优良品种的养殖、种植(包括种植业、畜牧业、水产业的优良基因),转基因植物种子、种畜

禽、水产苗种的开发生产,我国管辖海域及内陆水域水产品捕捞等;在饮料制造业方面禁止外商直接投资我国传统工艺的绿茶及特种茶加工(名茶、黑茶等)。2011年《征求意见稿》新增了对我国稀有和特有的珍贵优良品种的研发以及相关繁殖材料的生产的规制,扩大了对转基因动植物研发的管制范围,禁止外商投资转基因生物研发和转基因种子的生产。这些规定对维护我国农业产业安全和保护农民权益都是有益的。

值得注意的是,为了促进和规范外国投资者并购国内企业的行为,我国于2003年颁布了《外国投资者并购境内企业暂行规定》,2006年修改并更名为《关于外国投资者并购境内企业的规定》,2009年再次进行修订。该法第4条规定,依照《外商投资产业指导目录》不允许外国投资者独资经营的产业,并购不得导致外国投资者持有企业的全部股权;需由中方控股或相对控股的产业,该产业的企业被并购后,仍应由中方在企业中占控股或相对控股地位;禁止外国投资者经营的产业,外国投资者不得并购从事该产业的企业。也就是说,只要是允许或鼓励新建式投资的农业产业,也就是允许和鼓励外资并购的农业产业,这说明我国没有采取新建投资与并购投资分别立法的模式,外资并购准入的领域与外商新建投资的产业政策相一致。但是这种立法模式没有考虑到二者对农业产业安全的影响,势必使外资并购对我国农业产业安全产生更大冲击。

二、我国农业领域外商直接投资范围立法完善的措施

外商直接投资给我国农业的发展带来很大帮助的同时,也带来不少问题。从以上分析可以看出,目前我国对农业领域外商直接投资范围的立法并不完善,因此有必要在不违反我国入世承诺的基础上,从立法角度加强农业领域外商直接投资范围的法律完善,从而更好地发挥外资对我国农业的积极影响,限制或消除其不利影响。

1. 坚持合理利用外资与维护农业产业安全及保护农民权益相一致

目前,我国农业领域外商直接投资范围的法律制度还存在许多问题,在对外商直接投资范围的立法进行完善时,一定要正确处理好吸引外资与维护农业产业安全、保护农民权益之间的关系。作为发展中国家,在经济全球化的时代,我们需要吸引外资

来支持我国农业的发展。《指导外商投资方向规定》第1条“使外商投资方向与我国国民经济和社会发展规划相适应,并有利于保护投资者的合法权益”实际上就体现了该法制定的重要宗旨,那就是通过合理利用外资来发展我国国民经济,保护投资者利益。

当然,鼓励外商投资我国农业领域并不意味着可以放任其自由行事。农业是国家的基础产业,保持基础产业的相对独立和竞争优势进而维护国家基础产业的安全,是确保国家安全的重要基础。现今无论是发达国家还是发展中国家,对于关系国家经济安全的产业和领域都禁止或限制外商投资,以保证本国资本在这些产业和领域的所有权优势和绝对控制权。例如泰国在农业领域中就规定凡属农业、动物饲养业、渔业以及有关服务领域内的投资项目,一般要求泰国占股不低于60%^[3]。我国颁布的《指导外商投资方向规定》和《外商投资产业指导目录》在规制外资准入的同时,也涵盖了维护农业产业安全的内容。在《指导外商投资方向规定》中,第6条、第7条所列举的限制和禁止外商投资的事由,就涉及到国家安全、环境安全、粮食安全以及人民生命健康安全等多个层面,尤其是第7条第1项已经明确将“危害国家安全或者损害社会公共利益”的外商投资项目列为禁止类。《外商投资产业指导目录》中所具体列举的限制类和禁止类外商投资项目,则是对上述规定的具体展开。这说明产业政策在指引外资投资方向的同时,对维护国家产业安全方面起着基础性的作用。

此外,外资的进入还带来了一系列农民权益受侵蚀的问题,诸如外商通过掌控种子及农药的定价权来大肆哄抬价格,增加了农民购买生产资料的成本,加重了农民的负担,农民苦不堪言。再如外商控制大豆加工业后也掌握了我国60%的大豆进口控制权,大量进口国外转基因大豆,国产大豆大量滞销,豆农只好弃种大豆等等。作为一个农民占大多数人口的国家,我们要发展必然要解决好农民的生存权和发展权问题,保护农民应得利益不受侵害。

总之,合理利用外资与维护农业产业安全、保护农民权益之间并不矛盾。我们既不能盲目吸引外资而忽略其带来的负面效应,亦不能因为害怕其进入会威胁产业安全而排斥抵制它,我们应正确认识其利弊,充分发挥其正面效应减少负面效应,以实现利用外资发展农业产业的同时维护农业产业安全的目标。

2. 严格区分新建投资与外资并购

新建投资和外资并购是外商进入我国农业的 2 种主要方式。在对外商投资范围进行规制时,我们必须对外商投资的 2 种方式加以区别,因为农业领域每个行业的发展情况不同,对外资的需求也是不同的,有些行业可能需要鼓励新建投资限制外资并购,有些行业可能需要鼓励外资并购而限制新建投资。2 种不同方式的投资对我国农业产业安全造成的威胁也是不同的。新建式投资对农业产业安全的威胁是通过市场竞争来体现的,是外国投资者在激烈的市场竞争中凭借其技术优势、资金优势、信息优势等挤垮农业企业以获取垄断优势,对国家经济安全的威胁是间接的;并购投资则是外国投资者凭借其资金优势和技术优势直接并购境内非外商投资企业,虽然可以在一定程度上避免重复建设,但这是民族经济的直接退出和外资的直接进入,对民族经济和国家经济安全的威胁是直接的。根据两者产生的效应不同,我们应该在国民经济比较薄弱的环节鼓励外商新建投资而非并购投资。对于我国目前来说已经成长壮大的行业,可以允许外商进行并购,因为外资的进入可以激发本土企业的积极性和热情来与外资企业展开竞争,而且对于这些已经成熟的企业,也不会因为外资的进入而轻易就被淘汰。而我国现有的法律将两者的投资范围混为一谈,不仅不利于农业产业的发展,而且也无法对外资准入进行合理的监管。现在我国外资并购的势头已经愈演愈烈,通过完善农业领域中外商投资范围的相关法律维护农业产业安全,防止并购式投资对农业造成更大冲击已经成为一个急待解决的问题。

3. 进一步细化和完善外商投资农业的指导目录

长期以来我国在农业领域利用外资时,考虑更多的是如何给外商更多优惠待遇以便吸引投资,而对外资可能带来的威胁考虑的不是很多。因此,笔者认为有必要在不违反我国入世承诺的基础上,根据我国农业发展要求和外商投资特点,确定外商投资农业产业的开放重点和次序,进一步细化和完善农业类鼓励、禁止和限制的产业指导目录。

首先,粮食安全关系到国计民生和国家经济安全,如果遭到外资控制,我国的粮食安全将没有保障,风险会进一步加大。目前我国利用外资与国家粮食安全、产业安全的矛盾十分突出,2007 年《外商投资产业指导目录》虽然有一些明确限制外资进入粮食领域的规定,但近几年的实践证明,这些规定还

远不足以遏制外资进入粮食领域的势头^[4]。因此,应在坚持现有法律规定的前提下,扩大限制外资进入粮食领域的范围,特别是水稻、小麦和玉米等主粮领域的调控和监管。目前,我国粮食安全主要涉及到粮食生产、收购和加工方面。可喜的是 2011 年《征求意见稿》在对非转基因种子的开发生产限制的基础上,进一步禁止转基因种子的研发生产,并对粮食的收购和存储环节进行了限制。遗憾的是 2011 年《征求意见稿》在粮食加工方面仍然没有限制,这就可能为外资通过并购控制我国的粮食加工行业留下隐患。粮食加工、特别是口粮和饲料粮加工行业在整个农业产业链中占有重要地位,直接影响国家粮食有效供给能力和消费水平。我国水稻、小麦、玉米等粮食主产区大多是经济落后和财力薄弱地区,地方政府出于加快经济发展,提高 GDP 的需要,对外资投资粮食加工领域往往大开绿灯,还给予种种政策优惠,鲜有考虑国家粮食安全和国内粮食产业可持续发展。一旦粮食加工行业被外资控制,将会重蹈大豆加工被外资操纵的现状,我国的粮食安全也必将受到威胁。因此,应对外资进入主粮加工领域的投资方式进行严格监控,要求采取合资的形式,并且外资在粮食加工行业达到一定生产规模时,中方必须控股,以确保我国粮食安全。

其次,我们还要加强对外商投资农业产业链关键环节,尤其是蔬菜以及重要农产品的流通环节进行限制。当前外资在我国不断设立大型超市,纷纷瞄准寿光蔬菜物流园等都是意图控制农产品等流通环节。流通环节不同于生产环节,若流通领域被外资操控,其对农产品价格的控制力会更强也更直接,今年 4 月许多地区菜农生产的蔬菜滞销,价格非常低廉,但是在市面上价格却居高不下,这巨大的利润差即被商家在流通环节所赚取,这样一来既损害了农民的利益亦损害了消费者的利益。总之,要维护我国的农业产业安全就必须保障自身在农业产业链中关键环节的话语权和控制权。

再次,我们应多引导外商向生态农业项目、农产品精深加工项目、高新技术项目投资。从 20 世纪 80 年代开始,一些农业发达的国家就开始出现生态农业,在当今更是呈现出不可阻挡的发展态势,发展生态循环农业已经刻不容缓。2011 年《征求意见稿》中新增的鼓励外商投资绿色、有机蔬菜的开发及生产的条款即是对此很好的体现。农产品精深加工是农业现代化的一个重要标志,但我国农产品一直

以初级加工为主,近年的外商投资也多集中于初级加工,农产品的附加值低且缺乏国际竞争力,因此我们在引资时应加大鼓励外商向农产品精深加工及科技含量高的农业项目投资,减少农产品资源的浪费并提高农产品的综合效益。

最后,我们还应优化外商投资我国农业领域的区域结构,加大鼓励外资向中西部地区投资,向国民经济薄弱的地区进行投资,将外商投资同缩小东西部差距结合起来。

我国在引进外资时缺乏合理规划,导致各地区在农业外资引进政策措施上存在较大差别,农业外资过于集中在东部地区,虽然我国出台了《中西部地区外商投资优势产业目录》等相关规定,但收效甚微。一方面,西部地区总体上缺乏相应的资金支持,因而农业基础设施薄弱,农业机械化、现代化程度低;我们应该更多地鼓励外商将资金投入西部地区的农业综合开发、农田水利设施建设、农业机械化建设、农田改造等建设方面。另一方面,由于自然环境的差异导致各地拥有的农业资源优势也有所不同。如内蒙古的奶业,新疆的棉花、番茄、葡萄果品,陕南甘南的苹果,四川的柑橘等,这些自然资源优势都是相对稳定且不可替代的。因此在引进外资的过

程中要因因地制宜,强化地区农业资源效应,发挥地区的农业资源优势在引资中的作用。

三、结 语

目前,外商直接投资已成为我国农业吸引外资的一个重要渠道。而外商直接投资农业领域中,相关的投资范围问题乃是众多法律问题中的基础性问题。它不仅关系到合理利用外资的问题,而且还关系到维护农业产业安全和保护农民权益的问题。我国应在不违背入世承诺的前提下,对外商在我国农业领域直接投资范围的立法进行完善,从而更好地分享全球化带来的利益,促进农业可持续发展。

参 考 文 献

- [1] 孙南申. 国际投资法[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2008: 40.
- [2] 吕勇斌. 外资并购与中国农业产业安全: 效应与对策[J]. 农业经济问题, 2009(11): 67.
- [3] 文名波. 论引进外资中的市场准入制度——兼论外资并购市场准入法律体系的完善[D]. 上海: 华东政法学院法学系, 2003: 33.
- [4] 李立. 外资进入我国粮食领域的影响及对策建议[J]. 金融观察, 2010(11): 24.

Legislation Improvement of Foreign Direct Investment Scope in Agricultural Fields

SHANG Qing, JIN Yi-na

(College of Humanities and Social Science,
Huazhong Agricultural University, Wuhan, Hubei, 430070)

Abstract With China's accession to WTO, foreign direct investment in China is gradually increasing and agricultural field has become the investment hotspot. Foreign direct investment not only has promoted the development of agriculture in China but also has given rise to many problems. As for the foreign direct investment in agricultural areas, relevant investment scope is the basic problem among some other legal issues. Without violating WTO commitments premise, China should adhere to reasonable utilization of foreign capital and consideration of agricultural industry safety, rigorously distinguish foreign newly investment from acquisition investment and perfect the legislation of foreign direct investment in China's agricultural field.

Key words foreign direct investment; investment scope; agricultural fields; agricultural industry security; protection of farmer's rights and interests

(责任编辑:刘少雷)