APR072021_02B6203 · EB-3专业人员 · 中文参考译文

AAO 非先例决定。非官方中文译文，以英文原件为准。

美国公民及移民服务局
行政上诉办公室
非先例决定

案号：8090905 日期：2021年4月7日

对内布拉斯加服务中心决定的上诉

表格I-140，专业工人移民申请

申请人寻求根据第三优先专业工人移民类别雇用受益人担任物理治疗师。见《移民与国籍法》（该法）第203(b)(3)(A)(ii)条，8 U.S.C. § 1153(b)(3)(A)(ii)。

在最初批准该申请后，内布拉斯加服务中心审理主任撤销了该申请的批准。审理主任认定，申请人未能证明该工作机会的真实性。

在这些撤销程序中，申请人承担证明其符合所请求福利资格的责任。见Matter of Ho, 19 I&N Dec. 582, 589 (BIA 1988)（引注省略）。经重新审查，我们将撤回审理主任的决定，并将该事项发回重审，以作出符合以下分析的新决定。

一、基于就业的移民

作为专业人士移民通常遵循三步程序。首先，为在美国永久填补一个职位而雇用外国工人，潜在雇主必须获得美国劳工部（DOL）的认证。见该法第212(a)(5)条，8 U.S.C. § 1182(a)(5)。如果DOL批准某一职位，雇主接下来必须将经认证的劳工申请连同移民签证申请一并提交给美国公民及移民服务局（USCIS）。该法第204条，8 U.S.C. § 1154。如果USCIS批准申请，指定的非公民最终可以在美国境外申请移民签证，或者如果符合资格，在美国境内申请身份调整。见该法第245条，8 U.S.C. § 1255。

然而，DOL已经认定美国缺乏足够的物理治疗师，并且在这些“ A类表 ”职位中雇用非公民不会损害美国物理治疗师的工资或工作条件。20 C.F.R. § 656.5。因此，DOL不要求劳工认证雇主向一般人群中的美国工人宣传物理治疗师职位，并授权USCIS在移民签证申请程序中审理物理治疗师的劳工认证申请。20 C.F.R. § 656.15(a)。因此，在本案中，USCIS不仅对申请作出裁定，还对其附带的劳工认证申请作出裁定。见20 C.F.R.

§ 656.15(e)（将USCIS对A类表职位的劳工认证裁定描述为“ 决定性的和最终的 ”）。

在受益人获得合法永久居留权之前的“ [任]何时候 ”，USCIS可以因“ 正当和充分的理由 ”撤销申请的批准。该法第205条，8 U.S.C. § 1155。如果有记录支持，申请批准的错误性质证明撤销是正当的。Matter of Ho, 19 I&N Dec. at 590。

如果在发出通知时，未解释且未反驳的记录本应导致申请被拒，USCIS可以发出撤销意向通知（NOIR）以撤销申请的批准。Matter of Estime, 19 I&N Dec. 450, 451 (BIA 1987)。如果申请人对NOIR的答复未能克服所述的撤销理由，USCIS可以撤销申请的批准。Id. at 451-52。

二、工作机会的真实性

劳工认证雇主——包括寻求A类表职业认证的雇主——必须证明“ [t]该工作机会已经并明确向任何美国工人开放。 ”20 C.F.R. § 656.10(c)(8)。

如果寻求劳工认证的外国人处于能够控制雇用决定的位置，或者该外国人在担保雇主业务中具有如此主导性的角色或与担保雇主业务有如此密切的个人关系，以至于该外国人不太可能被合格的美国申请人取代，则产生雇主是否拥有真实工作机会的问题。

Matter of Modular Container Sys., Inc., 89-INA-228, slip op. at *7 (BALCA July 16, 1991)（全体审判）。

申请人于2017年1月为所提供的物理治疗师职位提交了本申请及其附带的A类表申请。审理主任的NOIR指出，该公司从2016年11月开始向其员工张贴A类表申请提交的通知。见该法第212条，n.6；20 C.F.R. § 656.10(d)(6)（引用20 C.F.R. § 656.10(d)(1)(ii)）（要求劳工认证雇主张贴其申请通知至少连续10个工作日）。但是，在后来关于其移民签证申请的面试中，受益人表示他是在2016年6月或7月得知申请人的工作机会的，早于该公司向员工张贴该职位通知的时间。1 居住在巴基斯坦的受益人表示，他是从他在美国担任物理治疗师的叔叔那里得知该工作的。此外，在2010年或2013年，受益人据称在巴基斯坦的一次婚礼上会见了

1 在上诉中，申请人主张，由于NOIR省略了受益人面试的地点，NOIR未能充分描述该面试，并妨碍了公司回应通知中指控的能力。但是，受益人的移民身份以及NOIR的上下文明确表明该通知提及的是受益人的移民签证面试。此外，申请人对NOIR的答复声称USCIS本应向公司提供移民签证面试报告的副本。因此，申请人理解了NOIR对受益人移民签证面试的提及。关于NOIR答复中的主张，如果该机构在基于该信息作出不利决定之前已告知企业该文件的贬损性信息，USCIS无需让申请人查阅文件。8 C.F.R. § 103.2(b)(16)(i)。NOIR充分通知了申请人移民签证面试报告中的贬损性信息。因此，申请人的主张不能成立。

申请人的管理员/所有人在巴基斯坦的一次婚礼上。基于这一证据，NOIR称“看来该工作未适当提供和/或未向潜在美国工人宣传。”

然而，NOIR的指控本不会导致申请被拒。NOIR似乎主张，雇主在通知其美国工人该职位之前不能向非公民提供美国的永久工作。但NOIR未引用任何法律依据支持这一主张，我们也不知道有任何此类依据。雇主必须在提交劳工认证申请之前为大多数类型的职位进行宣传。20 C.F.R. § 656.17(e)。但是，关于雇主何时可以向非公民提供职位，该法和DOL的法规均未作规定。DOL先前的劳工认证法规要求雇主在提交申请和刊登广告之前向非公民提供职位。见20 C.F.R. § 656.21(g) (2004)。在发布现行法规时，DOL并未表示雇主必须推迟向非公民提供职位，直到通知美国工人该工作机会之后。见Final Rule for Labor Certification for the Permanent Employment of Aliens in the United States, 69 Fed. Reg. 77326 (Dec. 27, 2004)。

此外，如前所述，DOL已经认定美国缺乏足够的物理治疗师。因此，劳工认证雇主无需向一般人群中的美国工人宣传物理治疗师职位。见20 C.F.R. § 656.15（说明A类表申请的要求）。NOIR声称“该工作未适当……向潜在美国工人宣传。”但USCIS不能因申请人未做未被要求做的事情而指责申请人。

NOIR显然使用“宣传”一词来指DOL法规要求申请人向其员工张贴的申请通知。然而，DOL并不将招募美国工人视为张贴通知的主要功能。“我们认为，国会颁布通知要求的主要目的是为个人提供一种提交与[劳工认证]申请相关的书面证据的手段，”例如，关于可用工人、工资、工作条件或雇主对职位条款和条件的遵守程度的证据。Final Rule for Labor Certification, 69 Fed. Reg. at 77326。无论如何，申请人提供了其张贴通知的副本，证明该公司遵守了适用法规。因此，记录不支持申请人所称的向美国工人不当“宣传”该职位。

此外，NOIR并未指控受益人与申请人的管理员/所有人之间的个人关系严重到足以使所提供职位无法向美国工人开放。NOIR称这些男子数年前在一次婚礼上相识。对这一次社交会面的描述并不能确立“密切的个人关系”，从而可能阻止申请人雇用合格的美国工人担任该职位。见Matter of Modular Container, slip op. at *7。

即使这些男子之间的会面表明存在密切的个人关系，撤销决定也未适当分析该工作机会的真实性。判定所提供职位是否可向美国工人提供，需要进行总体情况审查，考虑多种因素，其中任何单一因素均不具有决定性。Matter of Modular Container，slip op. 第*8页。这些因素包括外籍国民是否：能够控制或影响有关所提供职位的招聘决定；与雇主的公司董事、高级职员或雇员存在关系；与雇主如此不可分割，以致在其缺席时雇主不太可能继续运营；

其缺席时雇主不太可能继续运营；注册成立或创办了该企业；拥有其全部或部分所有权；参与其管理；在其董事会任职；是少数雇员之一；或基于专门或不同寻常的工作职责或要求而符合某一职位的资格。同上，第**8-10页。审理人员还必须考虑雇主在劳工证程序中的合规程度和诚信程度。同上，第*10页。

审理主任拒绝适用Modular Container的检验标准，称劳工部的外籍劳工证上诉委员会（BALCA）的决定对USCIS官员不具有约束力。参见8 C.F.R. § 103.10(b)（规定美国司法部长和移民上诉委员会的已公布决定在涉及类似问题的程序中约束国土安全部雇员）。尽管BALCA的决定在形式上不约束USCIS，但国会赋予劳工部对劳工证申请的管辖权。参见该法第212(a)(1)(A)(5)条。劳工部允许用户审理Schedule A职业的劳工证申请。参见20 C.F.R. § 656.15(a)。但劳工部发布了用户在审理这些申请时必须遵循的法规。同上。行政机构应当遵从国会责成其管理适用规则的另一机构的合理解释性法规。Martin v. Occupational Health & Safety Review Comm'n，499 U.S. 144, 150-59 (1991)。通过BALCA，劳工部确立了一项合理的检验标准，用以判定所提供职位是否可向美国工人提供。因此，审理主任在判定所提供职位的真实性时本应遵循Modular Container。

基于上述理由，我们将撤回审理主任的决定并将事项发回重审。如果审理主任认为记录本可支持基于工作机会真实性而否决申请，她必须在发回重审时签发新的NOIR。新的NOIR必须充分指称拟撤销的理由，并为申请人提供合理的答复期限。参见8 C.F.R. § 205.2(b)。

III. 支付所提供工资的能力

尽管审理主任未予处理，但在NOIR签发时的记录并未确立申请人有能力支付所提供职位的所提供工资。申请人必须证明其自申请优先日起直至受益人获得合法永久居民身份期间持续有能力支付所提供工资。8 C.F.R. § 204.5(g)(2)。如果申请人雇用少于100人，如本案情形，支付能力的证据必须包括年度报告、联邦纳税申报表或经审计财务报表的副本。同上。

劳工证载明所提供职位物理治疗师的所提供工资为每年62,000美元。申请的优先日为2017年1月13日，即申请提交之日。参见8 C.F.R. § 204.5(d)（解释如何确定申请的优先日）。用户还于2017年批准了该申请。

申请人提交了其2015年联邦所得税申报表的副本。然而，记录缺乏所要求的申请人在2017年（即申请的优先日和批准日所在年度）支付能力的证据。因此，与8 C.F.R. § 204.5(g)(2)相反，申请人未证明其自申请优先日起有能力支付所提供工资。

在发回重审时，审理主任应签发新的NOIR，指示申请人提交2017年的年度报告、联邦纳税申报表或经审计财务报表的副本。申请人还可提交该年度支付所提供工资能力的额外证据，包括其向受益人支付任何工资的证据或支持Matter of Sonegawa，12 I&N Dec. 612, 614-15 (Reg'l Comm'r 1967)所述因素的材料。

如果记录支持，新的NOIR可包括额外的潜在撤销理由。审理主任应为申请人提供合理期限以答复发回重审时提出的所有问题。在收到及时答复后，审理主任应审查整个记录并作出新的决定。

IV. 结论

NOIR的指称本不足以支持否决申请。然而，申请人未证明其有能力支付所提供职位的所提供工资。

命令：审理主任的决定被撤回。事项发回重审，以作出与上述分析一致的新决定。