FEB032017_01B6203 · EB-3其他劳工 · 中文参考译文

本文由美杰华咨询根据英文原文整理，以英文原文为准。

美国公民及移民服务局 行政上诉办公室 非先例决定

关于 LCJI-S- INC. 案 日期：2017年2月3日

对内布拉斯加服务中心决定的上诉

申请：表格 I-140，外籍工人移民申请

申请人是一家保险经纪公司，寻求聘用受益人担任客户主管。其请求将受益人归类为第三优先移民分类下的非技术工人。见《移民与国籍法》（该法）第203(b)(3)(A)(iii)条，8 U.S.C. § 1153(b)(3)(A)(iii)。这一基于就业的移民分类允许美国雇主担保外国国民获得合法永久居民身份，以从事要求少于2年培训或经验的职位。

内布拉斯加服务中心审理主任否决了该申请，认定记录未能证明申请人有能力向受益人支付所提供的工资。审理主任还依据8 C.F.R. § 103.2(b)(14)的规定否决了该申请，因为申请人未提供其他所要求的证据。

本事项因上诉而由我们审理。申请人主张其已提交充分证据以证明其在本事项中有能力支付，且审理主任在作出决定时未考虑其全部情况。申请人还提供了证据以克服审理主任依据8 C.F.R. § 103.2(b)(14)作出的否决。

经重新审查，我们将撤销审理主任的决定，并将本事项发回重审，由审理主任按照本意见采取进一步行动。

一、法律

基于就业的移民通常是一个三步流程。首先，美国雇主必须从美国劳工部（DOL）获得经批准的ETA表格9089，即永久就业认证申请（劳工证）。见该法第212(a)(5)(A)(i)条，8 U.S.C. § 1182(a)(5)(A)(i)。其次，美国雇主可向美国公民及移民服务局（USCIS）提交移民签证申请。见该法第204条，8 U.S.C. § 1154。最后，如果USCIS批准该移民签证申请，外国国民可申请海外移民签证，或如符合资格，在美国境内调整身份。见该法第245条，8 U.S.C. § 1255。

关于 LCJI-S- Inc. 案

通过批准本案中的劳工证，DOL认证没有足够的美国工人能够、愿意、合格且可胜任所提供职位。该法第212(a)(5)(A)(i)(I)条。DOL还认证，外国国民在该职位上的就业不会对同类就业的美国工人的工资和工作条件产生不利影响。该法第212(a)(5)(A)(i)(II)条。

在签证申请程序中，USCIS确定外国国民是否符合基础劳工证中规定的职位要求以及所请求移民分类的要求。见该法第204(b)条（规定如果申请中陈述的事实真实且外国国民符合所请求优先分类的资格，USCIS必须批准该申请）；另见，例如，Tongatapu Woodcraft Haw., Ltd. v. Feldman, 736 F.2d 1305, 1309 (9th Cir. 1984)；Madany v. Smith, 696 F.2d 1008, 1012-13 (D.C. Cir. 1983)（两者均认定USCIS有权作出优先分类决定）。

二、分析

基于下文所述理由，我们将撤销审理主任的认定。但是，我们还将考虑受益人是否具备所提供职位所需的经验，以及申请人是否打算在所提供的职位上聘用受益人。

A. 支付能力

8 C.F.R. § 204.5(g)(2)的规定相关部分如下：

预期雇主的支付工资能力。任何由基于就业的移民或为其提交且要求提供就业机会的申请，必须附有证据证明预期美国雇主有能力支付所提供的工资。申请人必须在优先日期确立之时证明该能力，并持续至受益人获得合法永久居留权。该能力的证据应采用年度报告、联邦纳税申报表或经审计财务报表的副本形式。

申请人必须证明其向受益人提供的工作机会是现实的。由于提交劳工证为任何随后基于该劳工证的移民申请确立了优先日期，申请人必须证明该工作机会在优先日期时是现实的，并且该机会在此后每一年直至受益人获得合法永久居留权期间持续现实。1 申请人支付所提供工资的能力是评估工作机会是否现实的基本要素。见 Matter of Great Wall, 16 I&N Dec. 142 (Acting Reg'l Comm'r 1977)；另见8 C.F.R. § 204.5(g)(2)。在评估工作机会是否现实时，USCIS要求

1 申请的优先日期是DOL接受劳工证进行处理的日期。见8 C.F.R. § 204.5(d)。

关于 LCJI-S- Inc. 案

申请人证明有足够的财务资源支付受益人的所提供工资，但如果证据值得考虑，将考虑影响申请企业的全部情况。见 Matter of Sonegawa, 12 I&N Dec. at 612。

为确定申请人支付所提供工资的能力，USCIS首先审查申请人在DOL接受劳工证进行处理之日是否雇用受益人，以及是否继续雇用。如果申请人证明其以等于或高于所提供工资的薪金雇用了受益人，该证据可被视为其支付能力的证明。如果申请人未证明其在所需期间以至少等于所提供工资的金额雇用并支付受益人，USCIS随后审查申请人联邦所得税申报表、经审计财务报表或年度报告上反映的净收入数字。2 如果申请人在所需期间的净收入不等于或不超过所提供工资，或加上向受益人支付的任何工资后不等于或不超过所提供工资，USCIS将接下来审查申请人的净流动资产。

在申请人的净收入或净流动资产均不能证明其在所需期间有能力支付所提供工资的情况下，USCIS还可考虑其业务活动的总体规模。Matter of Sonegawa, 12 I&N Dec. at 612。在评估申请人的全部情况时，USCIS可考虑以下因素：其经营年数、增长记录、雇员人数、异常业务支出或损失、其在行业内的声誉、受益人是否替代前雇员或外包服务，或任何其认为相关的其他证据。

在本案中，签证申请的优先日期为2015年9月4日，所提供工资为每年75,000美元。因此，申请人必须证明其有能力从2015年9月4日起向受益人支付每年75,000美元的工资。

在其决定中，审理主任认定记录证据证明了申请人在2015年的支付能力，但未证明2016年的支付能力。审理主任的认定似乎基于其对为回应证据请求（RFE）而提交的三份收入报表的审查，他指出这些报表反映的月工资为4560美元，不等于或不超过每年所提供工资75,000美元。

尽管我们同意所提交的受益人收入报表未反映申请人目前向她支付每年所提供工资，但申请人无需在受益人获得合法永久居民

2 依据联邦所得税申报表作为确定申请人支付所提供工资能力的基础已由司法先例充分确立。Elatos Restaurant Corp. v. Sava, 632 F. Supp. 1049, 1054 (S.D.N.Y. 1986)（引用Tongatapu Woodcraft Hawaii, Ltd., 736 F.2d 1305）；另见Chi-Feng Chang v. Thornburgh, 719 F. Supp. 532 (N.D. Texas 1989)；K.C.P. Food Co., Inc. v. Sava, 623 F. Supp. 1080 (S.D.N.Y. 1985)；Ubeda v. Palmer, 539 F. Supp. 647 (N.D. Ill. 1982), aff'd, 703 F.2d 571 (7th Cir. 1983)。

身份之前向受益人支付所提供工资。因此，审理主任依据受益人当前工资来认定申请人未证明其2016年支付能力是错误的。由于在2016年3月24日提交申请时以及申请人回应RFE时无法获得与2016年相关的文件，我们只能评估申请人在2015年即优先日期当年的支付所提供工资的能力。

如审理主任所指出的，记录证明了申请人在2015年的支付能力。因此，申请人已证明其有能力从2015年9月4日优先日期起支付所提供工资。因此，我们将撤销审理主任的相反认定。

B. 未签署的劳工证

8 C.F.R. § 204.5(l)(3)的规定指出，“ [本分类（技术工人、专业人员和其他工人）下的]每份申请必须附有劳工部出具的个别劳工证。 ”

20 C.F.R. § 656.17(a) 的规定在相关部分指出：

希望代表外国人申请劳工证的雇主必须提交完整的劳工部永久就业证申请表……通过邮寄提交的申请在申请处理中心收到时必须包含雇主、外国人、律师和/或代理人的原始签名。DHS[国土安全部]不会处理请愿，除非其得到由雇主、外国人、律师和/或代理人签署的原始认证 ETA Form 9089 的支持。

8 C.F.R. § 103.2(b)(8)(ii) 的规定如下：

(ii) 初始证据。如果所有要求的初始证据未随福利请求提交，或未能证明资格，USCIS 可自行决定因缺乏初始证据或因不符合资格而拒绝该福利请求，或要求在规定的时间内提交缺失的初始证据，该时间由 USCIS 确定。

在本案中，随请愿提交的原始认证劳工证未经申请人、受益人和申请人律师签署。审理主任在其 2016 年 4 月 1 日的证据请求中告知申请人该缺陷，并依据 8 C.F.R. § 103.2(b)(8)(ii) 要求提交劳工证第 8 页和第 9 页的副本，并附有其总裁、律师和受益人的原始签名。作为回应，申请人提交了一份仅有其总裁和律师签名的劳工证副本。审理主任注意到所提交的副本未经受益人按要求签署，遂依据 8 C.F.R. § 103.2(b)(14) 拒绝该签证请愿，该条款部分规定：“ 未能提交所要求的

证据，从而妨碍了实质性调查线索，应构成拒绝福利请求的理由。”

在上诉中，申请人为其在提交时“无意”提交未签署的劳工证表示歉意，并提供了一份新的劳工证副本，由所有 required 各方——其总裁、其律师和受益人——签署。鉴于审理主任的 RFE 为申请人提供了在提交签证请愿后签署劳工证的机会，我们将接受申请人在上诉时提交的经适当签署的劳工证副本。因此，我们认定申请人已提交 20 C.F.R. § 656.17(a) 规定所要求的经签署和认证的劳工证，并因此也将撤销审理主任关于可依据 8 C.F.R. § 103.2(b)(14) 拒绝该签证请愿的认定。

C. 受益人资格

尽管审理主任此前未考虑受益人对该工作机会的资格，但我们对记录的审查使我们得出结论，受益人不能依赖其在劳工证 K 部分所声称的合格就业来满足所提供职位的要求。

申请人必须证明受益人在请愿的优先日期之前拥有随附劳工证上所述的全部教育、培训或经验。8 C.F.R. § 103.2(b)(1)、(12)；另见 Matter of Wing's Tea House, 16 I&N Dec. 158, 159 (Acting Reg'l Comm'r 1977)；Matter of Katigbak, 14 I&N Dec. 45, 49 (Reg'l Comm'r 1971)。

劳工证的 H 部分规定了所提供职位 account supervisor 的以下要求：

H.4. 教育：副学士。
H.4-B. 专业领域：会计、金融。
H.5. 培训：无要求。
H.6. 所提供职位的工作经验：要求。
H.6-A. 要求的工作经验月数：12。
H.7. 替代专业领域：不接受。
H.8. 替代的教育和经验组合：不接受。
H.9. 外国教育同等学历：接受。
H.10. 替代职业的工作经验：接受。
H.10-A. 替代职业要求的工作经验月数：12。
H.10-B. 可接受的替代职业职位名称：Account executive、accountant。
H.14. 特定技能或其他要求：雇主接受与 ETA 9089 的 H4 至 H10 一致的任何适当的教育、经验和培训组合。

因此，为符合本案中所提供职位的资格，受益人必须持有美国

会计或金融专业的副学士学位或外国同等学历，并拥有 12 个月在所提供的 account supervisor 职位上的工作经验，或者，替代性地，在 account executive 或 accountant 职业中的工作经验。

尽管记录证明受益人持有要求的副学士学位，[1] 但并未同时证明她拥有 12 个月作为 account supervisor、[3] account executive 或 accountant 的工作经验。

在劳工证的 K 部分，受益人声称以下就业经历：

- Account executive，自 2014 年 11 月 20 日至目前（劳工证提交之日）；
- Account executive，自 2008 年 10 月 1 日至 2014 年 9 月 15 日；以及
- Accountant，自 1991 年 5 月 1 日至 1998 年 2 月 1 日。

为在基于就业的移民程序中证明受益人的合格经验，8 C.F.R. § 204.5(g)(1) 的规定要求：

[有]关合格经验或培训的证据应采用现任或前任雇主或培训人出具的信函形式，并应包括撰写人的姓名、地址和职务，以及对受益人履行的工作职责或接受的培训的具体描述。如果此类证据无法获得，将考虑与受益人的经验或培训有关的其他文件。

申请人未提交来自 的信函以证明其雇用受益人为 accountant。在此，唯一涉及上述要求的文件是申请人总裁在签证请愿提交时提供的 2016 年 3 月 3 日信函。因此，我们将仅考虑受益人是否基于其在申请人处作为 account executive 的就业而符合所提供职位的资格。

我们注意到，20 C.F.R. § 656.17 的 DOL 规定不允许受益人基于在申请人处获得的就业经验而符合所提供职位的资格，除非证明受益人所从事的工作与所提供职位并非“实质可比”。[4]

[3] 我们注意到，申请人在劳工证 J.18 部分的问题“外国人是否具有问题 H.6 所指出的所请求工作机会所要求的经验？”中回答了“否”。因此，申请人并未寻求基于 12 个月作为 account supervisor 的经验来证明受益人符合所提供职位的资格。

[4] “实质可比”的定义见于 20 C.F.R. § 656.17：

5) 就本款(i)而言：

Matter of LCJJ-S- Inc.

我们对本案记录的审查发现，申请人在劳工证 J.21 部分的问题中勾选了“ 否 ”，该问题询问“ 外国人是否在实质上与所请求工作机会可比的职位上从该雇主处获得了任何合格经验？ ”一般而言，如果劳工证 J.21 部分的问题回答为否，则受益人可利用在该雇主处的经验来符合所提供职位的资格，如果该经验并非实质可比，且劳工证 H.10 部分的条款允许申请人通过替代职业符合工作机会的资格。

在此，劳工证将 account executive 或 accountant 替代职业的经验视为可接受。那么问题在于，受益人在申请人处的当前工作是否事实上与所提供职位并非“ 实质可比 ”。

在此，所提供职位 account supervisor 的职责，如劳工证 H.11 部分所列，如下：

在业务运营和客户管理的评估与管理中执行财务分析工作（25%）。指导和协调活动以监督质量控制和客户满意度（25%）。领导、维护和支持客户增长战略，促进机构绩效评级提高和增量收入（20%）。领导新客户服务员工的专业发展，提供指导和支持以推动个人成长（10%）。参与业务结果和消费者洞察的评估与衡量（10%）。执行财务数据分析并生成报告以满足业务需求（10%）。

受益人当前 account executive 职位的职责，如劳工证 K 部分所述，包括：

通过谈判合同、拟定合同修改和开展业务拓展，在国内销售活动中履行关键决策职责（30%）。开展市场和人口统计研究，为客户寻找新产品和套餐（25%）。创建和更新销售分析和市场活动报告，以总结公司活动（25%）。通过为公司制定新的创新政策和战略，分析和改进公司战略（20%）。

(ii)“ 实质可比 ”的工作或职位，是指要求以超过50%的时间履行相同工作职责的工作或职位。该要求可通过提供职位描述、用于各项职责的时间百分比、组织架构图和工资记录来证明。

基于上述描述，所提供之客户主管职位与受益人目前的客户执行工作似乎有足够区别，从而满足DOL法规。然而，基于以下理由，我们认为记录未能证明受益人在申请人处的经验使其符合所提供职位的资格。

在其2016年3月3日的信中，申请人的总裁表示，其企业面临“跟上保险服务行业竞争世界的挑战”，因此他希望“继续聘用[受益人]担任客户执行”。他在该陈述之后描述了受益人的当前职责，5表明如果签证申请获批，她将继续履行这些相同职责。他在信中从未提及所提供之客户主管职位，也未涉及劳工证Part H.11中所列职责。因此，基于将所提供职位描述为受益人当前职责之延续，记录未能证明受益人在申请人处的经验与申请人所描述的所提供职位并非实质可比。申请人必须以独立、客观的证据解决记录中的这一不一致，指明真相所在。Matter of Ho, 19 I&N Dec. 582, 591-92 (BIA 1988)。因此，基于所提供职位职责方面存在的不一致，依据20 C.F.R. § 656.17，尚不清楚受益人作为申请人的客户执行所从事的雇佣是否可用于提供劳工证所要求的12个月经验。

由于尚不清楚受益人是否可以依赖其在申请人处的经验来符合所提供职位的资格，且记录中不包含来自[已隐去]的证明其作为会计受雇的信函，申请人未能证明受益人具备劳工证所要求的12个月经验。因此，尽管我们已撤销审理主任在本案中的决定，该申请仍不能获批，因为记录未能证明受益人对所提供职位的资格。

D. 申请人聘用受益人以担任所提供职位的意图

此外，我们还认为[已隐去]2016年3月3日的信函引发了对申请人是否意图按照劳工证条款聘用受益人的担忧。

劳工证仅对特定工作机会、受益人及所述拟就业地理区域有效。20 C.F.R. § 656.30(c)。申请人必须意图按照随签证申请提交的劳工证条款聘用受益人。See Matter of lzdebska, 12 I&N Dec. 54, 55 (Reg'l Comm'r 1966)（在申请人无意按照劳工证条款聘用受益人作为住家家庭佣工的情况下维持签证

5 我们注意到，一份由[已隐去]于2014年9月12日签署、用于支持此前代表受益人[已隐去]提交的Form I-140（外籍工人移民申请）的雇佣核实声明，描述了申请人客户执行职位的另一组职责，主要侧重于财务分析。在任何未来程序中，申请人将需要处理其聘用受益人担任客户执行的这些不同描述。

(b)(6)

Matter of LCJJ-S- Inc.

申请被拒，因为申请人无意按照劳工证条款聘用受益人作为住家家庭佣工）。

在此，我们认为[已隐去]2016年3月3日的信函使人们对劳工证所述工作机会的存在产生怀疑，即其是否代表真实的工作邀约。鉴于前述陈述，我们认为记录未能证明申请人将按照劳工证条款聘用受益人担任所提供之客户主管职位。

由于记录未能证明申请人意图按照劳工证条款聘用受益人，该申请亦因此理由不能获批。

III. 结论

基于已讨论的理由，我们撤销审理主任的决定。然而，该申请不能获批，因为记录未能证明受益人的雇佣经验使其符合该工作机会的资格，或申请人意图按照劳工证条款聘用她。

在签证程序中，申请人负有证明其符合所寻求移民福利资格的责任。该法第291条，8 U.S.C. § 1361。

命令：内布拉斯加服务中心审理主任的决定被撤销。本案发回内布拉斯加服务中心审理主任，按照上述意见进行进一步程序并作出新决定。

引用为 Matter of LCJI-S- Inc., ID# 43564 (AAO Feb. 3, 2017)