JUL272017_03B5203 · 普通EB-2 · 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 S- 公司案 日期：2017年7月27日

对内布拉斯加服务中心决定的上诉

申请：表格 I-140，外籍劳工移民申请

申请人是一家信息技术公司，拟聘用受益人担任高级项目主管。其请求将受益人归类为根据第二优先移民类别持有高级学位的专业人士。参见《移民与国籍法》（该法）第203(b)(2)条，8 U.S.C. § 1153(b)(2)。该基于就业的移民类别允许美国雇主为持有高级学位的专业人士担保合法永久居民身份。

内布拉斯加服务中心审理主任否决了该申请，认定记录未能按要求证明劳工证支持将该职位归类为高级学位专业人士类别，因为劳工证所述的教育和经验要求可被解读为要求低于高级学位。

在上诉中，申请人称劳工证的条款符合该法第203(b)(2)条下将该职位归类为高级学位专业人士类别的最低要求。

经重新审查，我们将驳回上诉。

一、法律

基于就业的移民通常遵循三步程序。第一，雇主必须从美国劳工部（DOL）获得批准的劳工证。1 参见该法第212(a)(5)(A)(i)条，8 U.S.C. § 1182(a)(5)(A)(i)。通过批准劳工证，DOL证明没有足够的、有能力、愿意、合格且可用的美国工人担任所提供职位，并且雇用外籍国民担任该职位不会对同类受雇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)(I)-(II)条。第二，雇主可向美国公民及

1 在诸如本案的案件中，劳工证提交之日称为“ 优先日期 ”。受益人必须在该日具备资格，因此在本案中，受益人必须在劳工证提交之日已拥有硕士学位或学士学位加五年所需经验，并在其他方面符合劳工证的条款。

关于S-公司案

移民服务局（USCIS）提交移民签证申请。参见该法第204条，8 U.S.C. § 1154。第三，如果USCIS批准该申请，外籍国民可在美国境外申请移民签证，或如符合资格，可在美国调整身份。参见该法第245条，8 U.S.C. § 1255。

对于该高级学位专业人士职位，劳工证必须规定该工作要求高级学位或其同等学历。参见8 C.F.R. § 204.5(k)(4)(i)。在相关部分，国土安全部法规将“高级学位”一词定义为：“[A]任何高于学士学位的美国学术或专业学位或外国同等学位。美国学士学位或外国同等学位后附至少五年专业领域内逐步提升的经验，应被视为等同于硕士学位。”8 C.F.R. § 204.5(k)(2)。

二、分析

在本案中，由于劳工证允许低于高级学位，申请人未能证明该职位符合高级学位专业人士类别的资格。在确定所提供职位是否符合高级学位专业人士类别资格时，我们审视劳工证的条款。所提供职位所需的教育、培训、经验和技能载于劳工证H部分。在本案中，H部分规定所提供职位具有以下最低要求：

H.4. 教育：“计算机科学、工程（任何）、信息系统、工商管理或相关[领域]”硕士学位

H.6. 所提供职位的工作经验：12个月。

H.8. 是否存在可接受的教育和经验替代组合？是。
H.8-A. 如果是，请指明所需的替代教育水平：其他。
H.8-B. 如果在问题8-A中指明“其他”，请指明所需的替代教育水平：学士学位加5年逐步提升的经验。

H.9. 外国同等学历是否可接受？是。
H.10. 替代职业的经验是否可接受？是。
H.10-A. 如果是，所需的替代职业经验月数：12。
H.10-B. 指明可接受的替代职业的职位名称：“IT分析师、高级软件工程师、软件开发员、应用开发”
H.14. 特定技能或其他要求：“[I]代替上述教育和经验要求，我们将接受计算机科学、工程（任何）、信息系统、工商管理或相关领域的学士学位（或外国同等学历），加上五年IT领域逐步提升的经验……我们将接受

任何合适的教育、培训或经验组合，以代替上述教育和经验要求…… ”

如上所述，高级学位专业人士申请必须证明，除其他事项外，劳工证的工作要约部分要求至少硕士学位或外国同等学位，或学士学位或外国同等学位加五年逐步提升的经验。

为确定工作机会要求什么，我们必须审视 “ 劳工证工作要求的语言 ”。参见，例如，Madany v. Smith, 696 F.2d 1008, 1015 (D.C. Cir. 1983)。USCIS必须按潜在雇主填写认证工作要约的原样进行审视。参见 Rosedale Linden Park Company v. Smith, 595 F. Supp. 829, 833 (D.D.C. 1984)。我们对工作要求解释必须涉及阅读和适用外籍劳工就业认证申请表上的平实语言。Id. at 834。此外，我们整体阅读劳工证以确定其要求。 “ [The] Form ETA 9089 是法律文件，因此必须整体考虑该文件。 ” Matter of Symbioun Techs., Inc., 2010-PER-01422, 2011 WL 5126284 (BALCA Oct. 24, 2011)（认定对劳工证 “ H部分全部内容的全面阅读 ” 澄清了雇主的最低工作要求。）。2

审理主任否决了该申请，认定由于H.14中的语言规定申请人将接受 “ 任何合适的教育、培训或经验组合，以代替上述教育和经验要求 ”，其将接受低于高级学位类别最低要求的要求。

在上诉中，申请人主张该职位符合高级学位专业人士类别资格，理由是所提供工作要求硕士学位或学士学位加五年逐步提升的经验。申请人称，由于受益人在提交时正为申请人工作，且可能仅基于替代要求具备资格，其必须根据有约束力的先例和DOL法规纳入 “ 代替上述教育和经验要求 ” 的语言。然而，申请人的主张不具说服力。

外籍劳工认证上诉委员会（BALCA）在 Matter of Francis Kellogg, 1994-INA-465 and 544, 1995-INA 68 (Feb. 2, 1998) (en banc) 中裁定：“ [W]当外籍人士不符合主要工作要求，但仅因雇主选择列出替代要求而可能具备该职位资格时，雇主的替代要求系为外籍人士的资格非法量身定制……除非雇主已表明接受具有任何合适的教育、培训或经验组合的申请人。 ”

2 尽管我们不受外籍劳工认证上诉委员会所作决定的约束，但在考虑基于就业的移民签证程序中出现的问题时，我们仍可注意此类决定中的推理。

关于 S- 公司案

关于雇主将接受具备“ 任何适当的教育、培训或经验组合 ”的申请人的表述，通常被称为Kellogg措辞，并已被纳入劳工部（DOL）在20 C.F.R. § 656.17(h)(4)(ii)处的法规。然而，申请人接受任何适当的教育、培训或经验组合“ 以替代上述教育和工作经验要求 ”，超出了Kellogg措辞的范围，通过允许教育或经验的组合可能低于单一硕士学位或单一学士学位加五年渐进式经验，从而创设了不同的最低要求。由于申请人未界定何种组合构成可“ 替代 ”所述要求的适当组合，我们无法认定劳工证支持所请求的分类。无论是《移民与国籍法》还是USCIS法规，均不允许在最低要求可通过除单一学位以外的任何条件满足的情况下，将该职位归类为高级学位专业职位。因此，由于该工作机会的最低要求可通过低于单一美国硕士学位或同等外国学位，或低于单一美国学士学位或同等外国学位加五年渐进式经验来满足，劳工证不支持根据《移民与国籍法》第203(b)(2)条所请求的高级学位专业分类。

申请人进一步在上诉中称，其意图使“ 以替代上述教育和工作经验要求 ”的措辞反映并符合Kellogg措辞，以广撒网并吸引最多的美国工人，但不接受低于高级学位的条件作为最低资格。申请人提交了报纸广告以及内部和外部招聘材料作为其所称意图的证据；然而，这些材料反映了劳工证第H.14节中相同的措辞，并未描述申请人认为何种教育和工作经验组合可“ 替代 ”所述硕士学位或学士学位加五年经验的适当组合。因此，即使我们考虑申请人的意图证据，记录中也不包含足以证明申请人关于最低要求意图的证据。

最后，我们注意到申请人主张USCIS在未先发出补证通知（RFE）的情况下以技术性理由不当拒绝了申请。8 C.F.R. § 103.2(b)(8)(iii)处的法规赋予审理主任裁量权，在全部所需证据已提交但未能确立资格的情况下，可要求补充证据或在不先发出RFE的情况下拒绝申请。审理主任并非基于证据不足而拒绝申请，因此无需发出RFE。无论如何，申请人已有机会在上诉中提交补充证据，我们已予以审查。申请人的证据不足以确立该职位符合高级学位专业分类。

Matter of S-, Inc.

III. 结论

申请人未能确立该职位符合高级学位专业分类。因此，该申请不得获批。

裁定：上诉被驳回。

引用为 Matter of S-. Inc., ID# 595531 (AAO July 27, 2017)