MAR282017_02B6203 · 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 D-S-, INC. 案 日期：2017年3月28日

对德克萨斯服务中心决定的上诉

申请：表格 I-140，外籍工人移民申请

申请人是一家维护和运营服务企业，寻求聘用受益人担任商业清洁工。其请求将受益人归类为第三优先移民类别下的非技术工人。见《移民和国籍法》（该法）第203(b)(3)(A)(iii)条，8 U.S.C. § 1152(b)(3)(A)(iii)。这一就业为基础的移民类别允许美国雇主担保一名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。

德克萨斯服务中心审理主任否决了该签证申请，认定记录未能证明受益人在申请人向美国劳工部（DOL）提交劳工证之日已满足劳工证的要求，即药物筛查和犯罪背景调查，因此其不符合所提供职位的资格。

此事现因上诉而由本办公室审理。申请人主张，审理主任认定受益人未满足劳工证要求存在错误，因为劳工证中反映的药物筛查和背景调查并非职位要求，而是无需在提交劳工证之前满足的普通个人程序。

经重新审查，我们将驳回上诉。

一、法律

就业为基础的移民通常是一个三步流程。首先，雇主必须从DOL获得批准的ETA表格9089，永久就业劳工证申请（劳工证）。见该法第212(a)(5)(A)(i)条，8 U.S.C. § 1182(a)(5)(A)(i)。其次，雇主可以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，该外国国民必须在美国境外申请移民签证，或者如果符合资格，在美国境内调整身份。见该法第245条，8 U.S.C. § 1255。

按照法规要求，经DOL批准的劳工证随申请一并提交。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从事所提供职位。该法第212(a)(5)(A)(i)(I)条。

关于 D-S-, Inc. 案

DOL还证明，雇用一名外国国民担任该职位不会对类似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确定外国国民是否满足基础劳工证中规定的职位要求以及所请求移民类别的要求。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类别的资格，USCIS必须批准申请）；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)（两案均裁定USCIS有权作出优先类别决定）。

申请人必须在优先日期确立之时并持续至受益人获得合法永久居留权期间，证明申请获批的各项要素。见8 C.F.R. § § 204.5(g)(2), 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)。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)。

二、分析

为证明受益人符合履行所提供职位职责的资格，申请人必须证明受益人在申请的优先日期（本案为2015年1月28日）之前已满足劳工证中规定的所有要求。1 在评估劳工证的职位提供部分以确定该职位所需资格时，USCIS不得忽视劳工证的任何条款，也不得施加额外要求。2

在本案中，劳工证的职位提供部分H部分未反映所提供职位的任何教育、培训或经验要求。该职位唯一陈述的资格规定于H.14部分，如下：“ [i]入职药物筛查和犯罪背景调查。 ”

初始提交未包含受益人满足H.14部分所列要求的证据，因此审理主任向申请人发出了补件通知（RFE），要求提供证据证明受益人在签证申请的优先日期2015年1月28日之前已满足药物筛查和犯罪背景调查的要求。

1 8 C.F.R. § 103.2(b)(1), (12)；8 C.F.R. § 204.5(l)(3)(ii)(A)；见 Matter of Wing's Tea House, 16 I&N Dec. at 159；Matter of Katigbak, 14 I&N Dec. at 49。
2 见 Madany v. Smith, 696 F.2d at 1008；K.R.K. Irvine, Inc. v. Landon, 699 F.2d 1006 (9th Cir. 1983)；Stewart Infra-Red Commissary of Massachusetts, Inc. v. Coomey, 661 F.2d 1 (1st Cir. 1981)。

关于 D-S-, Inc. 案

作为回应，申请人提交了受益人2016年5月11日药物筛查和2016年5月5日犯罪背景调查的结果。在其书面论证意见中，申请人主张，作为本案雇主，其拥有“ 绝对权利和完全自由裁量权 ”来界定这些要求，并且进一步主张，两项检查均无需在提交劳工证之前进行。其还主张，由于其药物检测和背景调查需要在就业开始前立即进行，“ 在提交9089表之前的药物筛查和犯罪记录检查[无关紧要]，且[在其]情况下[不能]成为I-140批准的要求。 ”申请人对补件通知的回应还包括其运营副总裁分别于2016年2月5日和2016年2月26日出具的两份声明，解释申请人对其员工进行药物和犯罪记录检查的需要，其律师解释其药物筛查要求性质的备忘录，以及Matter of Erik Sussman, 2012-PER-01339 (BALCA Apr. 28, 2016)的副本，这是一份外国人劳工证上诉委员会（BALCA）的决定。审理主任否决了签证申请，认定记录未能证明受益人在签证申请的优先日期之前已满足劳工证H.14部分中的药物筛查和犯罪背景调查要求。

在上诉中，申请人主张USCIS曲解了其在劳工证H.14部分中的措辞。其声称，药物筛查和犯罪背景调查并非如审理主任所认定的职位要求，而是向潜在职位申请人告知其就业申请流程中包括的入职前药物筛查和犯罪背景调查，DOL规定必须在劳工证上披露。其还坚持，正如其在回应审理主任补件通知时所主张的，由于劳工证中列出的药物筛查和背景调查是其内部程序，因此是申请人而非USCIS有权确定其实际含义。

然而，尽管我们注意到申请人支持其主张的论点，即劳工证H.14部分中反映的药物筛查和犯罪背景调查要求不应被视为职位要求，但这些论点不具说服力。基于以下理由，我们认定记录表明两者均为职位要求，且按其所写，要求本案受益人在申请人向DOL提交劳工证之日已接受药物筛查和犯罪背景调查。

为支持其立场，即劳工证第l-1.14部分中的药物筛查和犯罪背景调查不过是劳工部要求的对其雇用程序的说明，申请人援引其律师的备忘录。然而，我们对备忘录的审查并未发现其提供证据证明劳工部要求雇主在劳工证第H部分填写除职位要求以外的内容。

尽管律师援引Matter of Erik Sussman作为这一DOL规定的示例，但该决定并不支持律师的主张。在该案中，BALCA认定雇主必须在劳工证上列出背景调查要求，无论雇主是否将背景调查视为“ 职位要求 ”。该案并未表明DOL将背景调查视为职位要求以外的任何内容。因此，我们不

关于 D-S-, Inc. 案

认定律师的书面论证意见表明，劳工证第 H.14 部分中申请人的药检和背景调查要求仅仅是人事程序。申请人上诉时提交的两份 BALCA 决定，即 Matter of Cru'il 和 Crumb dlbla Beach Sweets, Inc., 2011-PER-02196（BALCA 2014 年 5 月 1 日）以及 Muller of Yiannis Electric, Inc., 2011-PER-00112（BALCA 2012 年 2 月 15 日），也不支持申请人的主张，即 DOL 强制要求“职位要求”之外的要求必须反映在劳工证第 I-1 部分中。这些决定仅确立：当招聘广告反映了劳工证中未列出的犯罪背景调查和药检要求时，BALCA 认定向美国工人提供的雇佣条件不如向劳工证受益人提供的条件有利，从而支持拒绝劳工证。它们并不反映 BALCA 已得出结论认为此类背景调查和药检不是职位要求。此外，如下文所述，我们认定 Maller of Yiannis Electric, Inc. 一案的决定表明，与申请人的论点相反，BALCA 已认定包括药检和犯罪背景调查在内的入职前筛查属于职位要求。

在 Aetna Lt{e Insurance Company, 2012-PER~03011（BALCA 2016 年 12 月 14 日）一案中，雇主与本案申请人一样，主张其药检和背景筛查不是职位要求，而是“对其‘录用后及接受’招聘流程的信息性引用，该流程不必列在劳工证上。”对此，BALCA 认定如下：

其他委员会合议庭同意 CO 的意见，即入职前筛查属于职位要求，当筛查未作为职位要求列在 9089 表格上时，在报纸广告中提及此类筛查违反了 § 656.17(f)(6) 的禁止性规定，即报纸广告不得包含任何超出 9089 表格所列职位要求或职责的职位要求或职责……我们同意这些合议庭的意见，并同样认定雇主在其报纸广告中包含药检和背景筛查措辞违反了 § 656.17(t)(6)……

在其决定中，BALCA 指出了其他认定入职前筛查属于职位要求的案件，包括 Matter ol 421 S. 2nd Street Enterprises, 2012-PER-00696（BALCA 2013 年 8 月 28 日）；Matter (~l Vetr; 640 Corp., 2011-PER-02537（BALCA 2013 年 2 月 15 日）；Malter (?l Noll Pallet & Lumber, 2009-PER-00082（BALCA 2009 年 12 月 16 日）；以及 Matter ofYiannis Electric. Inc., 2011-PER-00 112，即申请人上诉时提交的 BALCA 案件之一。

虽然我们不受 BALCA 决定的约束，但当此类决定（如本案）为就业类移民签证程序中出现的问题提供见解时，我们仍可注意其推理。因此，我们认定，尽管申请人可能认为其药检和犯罪背景调查要求不过是招聘程序，但它们显然是职位要求，受益人必须在签证申请 2015 年 1 月 28 日优先日之前满足这些要求。

在认定劳工证第 I-1.14 部分中的药检和犯罪背景调查属于职位要求后，我们将审议申请人在本案中的替代论点，即

其独自有权确定这些要求的实际含义，且“ 如果 USCIS 不遵守[其]条款，那么[USCIS]就是在向 9089 表格添加实际不存在的要求。 ”关于其药检要求，申请人称其真实要求是受益人“ 愿意提交并通过对这些由雇主进行的检查。 ”其指出，这种意愿体现在劳工证第 K 部分中，且已由受益人签署。其还主张，其关于犯罪背景调查的要求是证明工人有“ 令人满意的犯罪记录 ”，而非犯罪记录检查本身，后者可在劳工证提交之前或之后进行。

在其书面论证意见中，申请人的律师呼应其主张，即由于药物滥用筛查是其要求，其拥有定义该术语的专属权利。他进一步指出，“ 初始药检 ”的解释“ 在事实和法律上常常被误解 ”，但其含义是“ 就业申请人必须愿意在开始就业前立即接受并通过公司管理的药检 ”，且正是这种接受药检的意愿（如劳工证第 K 部分所述）确立了受益人的资格。

尽管我们注意到申请人主张我们必须接受其对劳工证第 H.14 部分所列要求的定义，但其未援引任何法规或条例，也未援引任何先例决定，来限制我们根据劳工证第 H 部分所述内容确定本案所提供职位要求的权力。

我们还认定，记录中没有足够证据支持申请人对劳工证第 H.14 部分要求所赋予的含义。记录中没有任何文件（例如公司内部备忘录）能够证明律师对“ 初始药检 ”的定义反映了在劳工证提交给 DOL 时申请人公司对该术语的理解。虽然我们注意到申请人提及劳工证第 K.b.9 部分中的措辞，即“ 外籍人士愿意接受雇主要求的任何药检 ”，但我们不认为这一句置于劳工证工作经验部分的话足以确立申请人的主张。记录也未提供证据表明，在劳工证提交时，申请人公司内部将犯罪背景调查要求理解为要求有令人满意的犯罪记录，而非实际背景调查。申请人不能仅仅声称某一事实为真就在移民程序中履行其举证责任。在缺乏支持其主张的证据的情况下，申请人对其药检和犯罪背景调查要求的替代定义似乎反映了规避 20 C.F.R. § 656.11(b) 条例的企图，该条例禁止在劳工证提交后对其进行修改。

在确定受益人是否有资格获得优先移民签证时，USCIS 不得忽视劳工证的条款，也不得施加额外要求。Madany v. Smith, 696 F.2d at 1012-1013。我们必须审查“ 劳工证职位要求的语言 ”以确定该职位需要什么。!d. USCIS 被期望解释用于描述劳工证中职位要求的术语含义的唯一合理方式，是审查经认证的职位邀请，完全按照潜在

雇主所填写的内容。See Rosedale Linden Park Company v. Smith, 595 F. Supp. 829, 833（D.D.C. 1984）（着重号为原文所加）。我们对劳工证所述职位要求的解释必须涉及阅读和适用外籍人士就业证明申请表上的平实语言。!d. at 834。

在此，我们认定劳工证第 H.14 部分的平实语言确立了申请人对所提供职位的药检和犯罪背景调查要求，按照这些要求的通常理解，受益人必须在签证申请 2015 年 1 月 28 日优先日之前满足这些要求。

在本案中，申请人提交了受益人 2016 年 5 月 11 日的药检结果，以及 2016 年 5 月 5 日的犯罪背景调查，该调查报告称截至 2016 年 5 月 4 日她在中国的无犯罪记录。然而，由于这两项检查均是在劳工证提交之后进行的，它们不符合劳工证的要求，因此不能确立受益人对所提供职位的资格。

III. 结论

本案记录未确立受益人在签证申请优先日之前满足了劳工证的要求。因此，我们将维持审理主任对签证申请的拒绝。

命令：上诉被驳回。

Matter ofD-S-. Inc., ID# 29389（AAO 2017 年 3 月 28 日）

'