MAY012019_02B6203 · EB-3专业人员 · 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：2019年5月1日

关于行政上诉办公室决定的动议

申请：表格 I-140，外籍劳工移民申请

申请人是一家为商业租赁行业提供软件的公司，拟雇用受益人为计算机程序员。申请人请求将其归类为第三优先移民类别中的专业人士。移民与国籍法（本法）第203(b)(3)(A)(ii)条，8 U.S.C. § 1153(b)(3)(A)(ii)。这一基于就业的“ EB-3 ”类别允许美国企业为外籍国民担保合法永久居民身份，以从事要求至少学士学位的工作。

在德克萨斯服务中心审理主任否决申请后，我们驳回了申请人的上诉，并否决了其随后的重新开案和复议动议。见 Matter of S-, Inc., ID# 1369539（AAO 2018年7月31日）。我们维持了审理主任的结论，即申请人未证明其具备支付该职位所提供工资的所需能力。我们还认定，记录未能证明受益人具备所提供职位所需的合格经验。

本事项因申请人的重新开案和复议动议再次提交至本办公室。申请人提交了补充证据，并主张我们拒绝按比例折算申请优先日当年的职位所提供工资存在错误。申请人还主张，其可以依赖受益人在其场所作为承包商工作期间获得的经验，因为所提供职位的岗位职责与受益人此前的承包职责存在实质差异。

经审查，我们将否决上述动议。

一、动议标准

重新开案动议必须陈述新的事实，并有书面证据支持。8 C.F.R. § 103.5(a)(2)。相比之下，复议动议必须证明某项决定基于当时的记录错误适用了法律或政策。8 C.F.R. § 103.5(a)(3)。复议动议还必须援引相关的先例或已采纳的决定、成文法或法规条款，或美国公民及移民服务局（USCIS）或国土安全部的政策声明。同上。对于符合上述要求并能证明申请可获批准的动议，我们可以予以支持。

关于 S- 公司案

二、支付所提供工资的能力

在我们最近一次决定中，我们认定申请人未证明其有能力在2015年或2016年支付该职位所提供年薪66,500美元。见 8 C.F.R. § 204.5(g)(2)（要求申请人证明其自申请优先日起直至受益人获得合法永久居留权期间持续具备支付所提供工资的能力）。由于工资记录与国税局表格 W-2（工资和税务报表）之间存在无法解释的差异，记录未能证明申请人在上述年度向受益人支付的款项等于或超过所提供工资。见 Matter of Ho, 19 I&N Dec. 582, 591（BIA 1988）（要求申请人通过独立、客观的证据解决记录中的不一致之处，以指明真相所在）。此外，申请人未证明其有能力支付本申请以及截至本申请优先日2015年10月15日待决或已获批准、或此后提交的其他申请所提供工资的合计金额。见 Patel v. Johnson, 2 F. Supp. 3d 108, 124（D. Mass. 2014）（维持申请撤销，理由是在批准时申请人未证明其有能力支付多份申请所提供工资的合计金额）。与我们驳回意向通知中的要求相反，申请人未提供其其他申请所提供工资或优先日。见 8 C.F.R. § 103.2(b)(14)（规定如申请人未提交“ 排除某一实质性调查线索 ”的所需证据，则应否决申请）。

在动议中，申请人未针对我们最近一次决定的否决理由作出回应。相反，申请人对我们否决其按比例折算所提供工资的请求提出异议。1 由于申请人的动议未针对否决理由作出回应，其提交的材料未能证明其有能力在2015年或2016年支付所提供工资。即使我们按申请人的主张对2015年的所提供工资进行按比例折算，记录仍不能证明其当年具备支付能力。申请人未通过解决受益人工资记录与其表格 W-2 之间的差异来证明工资记录的准确性，也未提交评估其对多名被担保受益人工资负担所需的信息。

基于上述理由，申请人未证明其自申请优先日起持续具备支付该职位所提供工资的能力。因此，我们将基于此理由维持此前的决定。

三、所提供职位所需的经验

如果劳工证雇主已经雇用了一名外籍国民，该雇主一般不能依赖该外籍国民在其处获得的经验。20 C.F.R. § 656.17(i)(3)。雇主只有在以下情况下方可使用此类经验：该外籍国民是在与所提供职位存在实质差异的职位上获得该经验，或者雇主能够证明培训一名工人从事该工作不切实际。同上。被禁止的经验包括以“ 合同雇员 ”身份在雇主处获得的经验。同上。

1 在我们最近一次决定中，尽管我们未对所提供工资进行按比例折算，但我们确实在评估申请人支付能力的总体情况分析中考虑了申请优先日至2015年底之间期间的影响。

职位存在实质差异，或者雇主能够证明培训一名工人从事该工作不切实际。同上。被禁止的经验包括以“ 合同雇员 ”身份在雇主处获得的经验。同上。

在此，申请人承认其雇用了受益人，且受益人是在申请人的场所作为承包商获得了所提供职位所需的经验。但申请人主张，其承包职位与所提供职位存在实质差异。就上述目的而言，实质不同的职位是指要求履行相同职责的时间少于50%的工作。20 C.F.R. § 656.17(i)(5)(ii)。

申请人提交证据表明，当受益人在其场所担任承包商时，另一家公司雇用了她，且其工作成果构成该雇主的“ 唯一财产 ”。因此，申请人主张，“ 根据基本的传统雇佣法原则 ”，受益人与先前雇主的职位与申请人所提供职位“ 根本 ”不同。

然而，如前所述，20 C.F.R. § 656.17(i)(3) 的法规明确规定其适用于以“ 合同雇员 ”身份获得的经验。美国劳工部（DOL）意图使“ 合同雇员 ”一词“ 包括所有受雇为雇主工作的人员 ”。DOL，“ OFLC [外国劳工认证办公室] 常见问题与解答 ”，“ 现行工资 #10 ”，https://www.foreignlaborcert.doleta.gov/faqsanswers.cfm#q176（最后访问日期2019年4月22日）。DOL 表示其对该术语作广义界定，“ 以确保该规定适用于外籍工人为雇主工作所获得的经验，无论该外籍工人的就业身份如何 ”。同上（着重号为原文所加）。因此，尽管受益人作为承包商时的雇主不同，DOL 的指导意见表明 20 C.F.R. § 656.17(i)(3) 禁止申请人依赖其此前在该场所获得的经验。

申请人还主张，虽然其员工规模保持不变，但其客户数量从2010年（受益人此前在其场所工作之时）到2015年（申请优先日当年）增长超过五倍。申请人主张，“ 工作量如此异常增长而劳动力未相应增加，从定义上反映了受益人岗位职责的实质性、甚至是根本性的变化。 ”

然而，记录并不支持申请人的主张。在动议中，申请人提交了显示其2009年至2015年客户增长的图表。但记录缺乏关于该增长的独立、客观证据，例如合同或发票副本。申请人也未解释受益人的岗位职责如何发生变化。如我们此前决定中详述，随附的劳工证载明其当前和先前职位共有许多相同的岗位职责。记录未充分解释这些职位有何不同，或受益人在其岗位职责上花费或目前花费的时间百分比。申请人负有证明所请求福利资格的责任。本法第291条，8 U.S.C. § 1361。基于上述理由，申请人未证明受益人具备所提供职位所需的合格经验。

关于 S- 公司案

四、结论

申请人在动议中提交的证据和主张未能证明申请可获批准，也未能证明我们错误适用了法律或政策。因此，我们将基于上述理由否决上述动议，每一项理由均被视为独立且替代性的否决依据。与本法第291条相反，申请人未证明其具备所寻求福利的资格。

命令：重新开案动议被否决。

进一步命令：复议动议被否决。

引用为 Matter of S-, Inc., ID# 2595602（AAO 2019年5月1日）