# SEP032020_01B5203 · 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

案卷编号：1525587 日期：2020年9月3日

对德克萨斯服务中心决定的上诉

表格 I-140，高等学位专业人士移民申请

申请人寻求以高等学位专业人士第二优先移民类别雇用受益人担任高级软件工程师。移民与国籍法（本法）第203(b)(2)(A)条，8 U.S.C. § 1153(b)(2)(A)。

在最初批准该申请后，德克萨斯服务中心审理主任撤销了申请的批准，并驳回了申请人随后提出的重新开案动议。审理主任认定受益人违反了其非移民签证身份。审理主任还使随附的美国劳工部（DOL）劳工证无效。

申请人负有证明其符合所请求福利资格的责任。Matter of Ho，19 I&N Dec. 582, 589（BIA 1988）。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，以按照以下分析作出新决定。

一、基于就业的移民

作为高等学位专业人士移民通常遵循三步程序。为在美国永久填补一个职位，潜在雇主必须首先获得DOL认证。见本法第212(a)(5)条，8 U.S.C. § 1182(a)(5)。DOL批准表明没有足够的美国工人能够、愿意、合格且可胜任某一职位。同上。劳工证还表明雇用外国国民不会损害从事类似工作的美国工人的工资和工作条件。同上。

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提交给美国公民及移民服务局（USCIS）。见本法第204条，8 U.S.C. § 1154。除其他事项外，USCIS考虑受益人是否符合经认证职位的要求以及所请求的移民签证类别。如果USCIS批准申请，外国国民最终可以在美国境外申请移民签证，或者如果符合资格，可以在美国调整身份。见本法第245条，8 U.S.C. § 1255。

然而，在受益人获得合法永久居留权之前的“任何时间”，USCIS可以基于“正当且充分的理由”撤销申请的批准。本法第205条，8 U.S.C. § 1155。如果

有记录支持，申请的错误批准即构成撤销的正当理由。Matter of Ho，19 I&N Dec. 第590页。

二、撤销意向通知（NOIR）

如果在NOIR发出时，未解释且未反驳的记录本应导致申请被拒，USCIS可以发出撤销申请批准的意向通知（NOIR）。Matter of Estime，19 I&N Dec. 450, 451（BIA 1987）。如果申请人对NOIR的答复未能克服有效陈述的撤销理由，USCIS适当撤销申请的批准。同上，第451-52页。

如果撤销意向通知基于无支持的陈述或
未陈述的推定，或者如果申请人不知情且未被告知
不利证据，则签证申请的撤销不能维持，即使
申请人未对撤销意向通知作出答复。

同上，第452页。

在此，审理主任的NOIR指称受益人违反了其非移民签证身份，并质疑申请人有意在其提供的高级软件工程师职位上雇用他。

A. 受益人的非移民签证身份

在随附的劳工证上，受益人证明自2005年1月起在美国就业，包括自2008年1月起为申请人工作。记录包含批准通知副本，表明其美国雇主获得了公司特定的H-1B非移民签证申请，允许他在此期间临时为这些雇主工作。见本法第101(a)(15)(H)条，8 U.S.C. § 1101(a)(15)(H)；8 C.F.R. § 214.2(h)。NOIR指称受益人于2005年在美国为一家他未获授权的公司工作。NOIR还指称他通过担任一家未代其提交申请的美国公司的所有者和公司高管而违反了其非移民身份。

受益人涉嫌违反非移民身份可能使其不符合调整身份的资格，见8 C.F.R. § 245.1(b)(4)（禁止未经授权工作的外国国民调整身份），或使其不可入境美国，见本法第212(a)(9)(B)(i)条（使在美国“非法居留”超过180天的外国人不可入境）。然而，这些身份违规本不会导致申请被拒。1

1 国土安全部法规不要求I-140表受益人保持有效的非移民身份或证明其可入境美国以获得申请批准。相反，身份违规和可入境性将在调整身份或移民签证阶段予以考虑。见Matter of O-，8 I&N Dec. 295, 297（BIA 1959）（裁定移民申请程序不是处理可入境性实质问题的适当场所）。受益人甚至可基于在美国未经授权的工作满足所提供职位的经验要求。见Matter of Lam，16 I&N Dec. 432, 434（BIA 1978）（裁定通过未经授权的美国就业获得合格经验并不构成以自由裁量权为由拒绝调整身份的正当理由）。

NOIR的指称对受益人声称的2005年1月至2005年6月期间所提供职位的合格经验提出质疑。但记录包含其他雇主的信函，证明受益人获得了超过所提供职位要求的五年经验。因此，关于受益人2005年据称未经授权就业的指称本不会导致申请被拒。

受益人在其H-1B申请人以外的公司拥有所有权和高管身份，可能对其2007年声称的六个月合格经验提出质疑。但NOIR并未指称，在受益人拥有并担任另一家公司高管期间，他停止了为其H-1B申请人全职工作。因此，NOIR并未证明受益人在另一家公司据称的所有权和高管身份影响了其合格经验，本不会导致申请被拒。

基于上述理由，受益人涉嫌的身份违规不支持按已发出的撤销申请。

B. 工作要约的善意真实性

企业如果“希望并打算在美国境内雇用[外国国民]”，可以提交申请。本法第204(a)(1)(F)条。申请人必须打算按照随附劳工证的条款和条件雇用受益人。见Matter of Izdebska，12 I&N Dec. 54, 55（区域专员1966）（确认拒绝，因为与随附劳工证相反，申请人无意以全职住家方式雇用受益人作为家庭工人）。就劳工证而言，“就业”指“[永]久性、全职工作”。20 C.F.R. § 656.3（定义“就业”一词）。

NOIR指出，申请人是一家信息技术（IT）公司，将其雇员外包到美国各地多个客户现场工作。NOIR要求提供额外证据，证明申请人——而非客户、承包商、分包商或其他方——将雇用受益人，以及证明申请人产生足够业务以永久、全职持续雇用其担任所提供职位的文件。

NOIR合理地质疑了申请人有意在所提供职位上雇用受益人。申请人业务的性质使得有必要证明该公司有能力永久、全职持续雇用受益人。然而，该决定并未以工作要约的善意真实性为由陈述撤销申请。相反，审理主任将撤销理由确定为受益人涉嫌违反其非移民身份以及随附劳工证的无效。见20 C.F.R. § 656.30(d)（授权USCIS在发现涉及劳工证申请的欺诈或对重大事实的故意虚假陈述后，使已签发的劳工证无效）。

如前所述，受益人涉嫌违反其非移民身份不支持撤销申请。NOIR未指出或解释涉及劳工证的涉嫌虚假陈述。因此，劳工证的无效也不支持撤销。撤销只能基于NOIR中的指称，申请人也只需对NOIR中的指称作出答复。Matter of Arias，19 I&N Dec. 568, 570（BIA 1988）。申请人必须获得

“提供证据……反对撤销批准所据指称的机会”。8 C.F.R. § 205.2(b)。在此，申请人未获得充分机会解释或反驳涉嫌的虚假陈述。另见8 C.F.R. § 205.2(c)（要求USCIS发出书面通知，“说明撤销的具体理由”）（着重号为原文所加）。2

基于上述理由，我们无法维持对该申请撤销的决定。因此，我们将撤回审理主任的决定，并恢复劳工证的效力。

三、支付承诺工资的能力

尽管撤销决定无法维持，但记录并未证明该申请具有可批准性。申请人未能证明其有能力支付所提供职位的承诺工资。

申请人必须证明其自申请的优先日起直至受益人获得合法永久居留权期间，持续具备支付承诺工资的能力。8 C.F.R. § 204.5(g)(2)。支付能力的证据通常必须包括年度报告、联邦所得税申报表或经审计财务报表的副本。同上。

本案中，劳工证载明所提供的高级软件工程师职位的承诺工资为每年80,000美元。该申请的优先日为2008年2月5日，即劳工部接受劳工证申请进行处理的日期。参见8 C.F.R. § 204.5(d)（说明如何确定申请的优先日）。

申请人提交了其2007年联邦所得税申报表的副本以及受益人的国税局W-2表格（工资与税务说明书），显示申请人于2008年向其支付了94,221.48美元。但是，在该申请于2008年8月获批之时，记录中缺乏法规要求的、证明申请人有能力在2008年（即申请优先日所在年度）支付承诺工资的证据。因此，与8 C.F.R. § 204.5(g)(2)相反，记录未能证明申请人在“优先日确立之时”具备支付承诺工资的能力。

NOIR（撤销意向通知）未就该证据缺陷通知申请人。因此，我们将本案发回重审。在发回重审时，审理主任应签发新的NOIR，告知申请人该缺陷以及提交2008年年度报告、联邦税务申报表或经审计财务报表副本的必要性。申请人可提交该年度支付承诺工资能力的补充证据，包括支持Matter of Sonegawa, 12 I&N Dec. 612, 614-15 (Reg'l Comm'r 1967)一案所述因素的资料。

四、所需经验

记录亦未证明受益人具备所提供职位所需的最低工作经验。申请人必须证明受益人具备

2 撤销决定还不当纳入了2015年USCIS实地访问的事实指控，因为此类指控并未包含在NOIR中。如果审理主任选择这样做，此类指控可纳入任何新签发的NOIR中。

按申请优先日期确定某一职位的所有经劳工部（DOL）认证的工作要求。Matter of Wing's Tea House, 16 I&N Dec. 158, 160 (Acting Reg'l Comm'r 1977)。在评估受益人的资格时，USCIS必须审查随附劳工认证中的工作录用部分，以确定职位的最低要求。USCIS既不得忽视认证条款，也不得施加额外要求。参见，例如，Madany v. Smith, 696 F.2d 1008, 1015 (D.C. Cir. 1983)（认定“ DOL拥有设定劳工认证内容的权力 ”）（着重号为原文所加）。

本案中，劳工证载明所提供的高级软件工程师职位的最低要求为：计算机科学、工程或相关领域的美国硕士学位或外国同等学位，外加在所提供的职位或作为程序员分析师岗位的两年经验。劳工证还载明申请人接受以学士学位加五年经验形式的教育与经验替代组合。此外，劳工证H.14部分“ 特定技能或其他要求 ”载明：“ 两年必需经验必须是使用J2EE、JSP、JDBC、OOA/OOD、Rational Rose、XML进行MVC架构的设计、开发、测试和实施，以及在Weblogic/Websphere应用服务器上部署EJB的经验。 ”

在劳工证上，受益人证明截至申请的优先日，其已获得约七年的全职合格经验。其陈述了以下工作经历：
I 约一年三个月，自2006年10月至2007年12月，在一家美国IT公司担任程序员分析师；
I 约一年三个月，自2005年7月至2006年9月，在另一家美国IT公司担任高级开发员/软件工程师；
I 约六个月，自2005年1月至2005年6月，在第三家美国IT公司担任软件工程师；
I 约八个月，自2004年5月至2004年12月，在一家印度IT公司担任高级软件工程师；
I 约一年七个月，自2002年10月至2004年4月，在另一家印度IT公司担任高级软件工程师；以及
I 约一年十个月，自2000年1月至2002年9月，在第三家印度IT公司担任软件工程师。

为支持所主张的合格经验，申请人必须提交受益人前雇主的信函。8 C.F.R. § 204.5(g)(1)。信函必须包括雇主的名称、地址和职称，并描述受益人的经历。同上。

申请人提交了受益人主张的六名前雇主中四名的信函，包括其全部三家美国前雇主的信函。这些信函合计记录了约五年十个月的经验。然而，与8 C.F.R. § 204.5(g)(1)相反，前印度雇主的信函未描述受益人的经历。此外，该信函载明其任职期间为2000年1月至2002年10月。而受益人在劳工证上证明其仅为该雇主工作至2002年9月。参见Matter of Ho, 19 I&N Dec. 591（要求申请人以独立、客观的证据解决记录中的不一致之处，以指明真相所在）。因此，记录未能证明受益人具备所提供职位所需的五年合格经验。

此外，这些信函未能证明受益人具备劳工证H.14部分所列的全部所需技能。信函未表明受益人曾在“ MVC架构 ”中进行设计、开发、测试和实施，使用过“ JDBC ”或“ OOA/OOD ”，或在“ Weblogic/Websphere应用服务器 ”上部署过“ EJB ”。信函表明受益人使用过J2EE、JSP、Rational Rose和XML。但信函未证明其获得了使用这些技能所需的两年经验。因此，记录未能证明受益人具备所提供职位的合格经验。

在发回重审时，新的NOIR应告知申请人有关申请人支付能力和受益人经验的证据缺陷。NOIR应要求申请人解释受益人在印度雇主处就业日期的不一致，并提供独立、客观的证据证明其具备所主张的合格经验和技能。如记录支持，新的NOIR还可提出其他潜在的撤销理由。

审理主任应给予申请人合理的机会对新的NOIR作出回应。在收到及时回应后，审理主任应审查整个记录并作出新的决定。

五、结论

NOIR的指控未能支持撤销该申请的批准。然而，申请人未能证明其自申请的优先日起具备支付所提供职位承诺工资的能力，亦未能证明受益人具备所提供职位所需的最低经验。

命令：审理主任的决定予以撤回。本案发回重审，以作出与上述分析一致的新决定。