供出版

美国联邦第九巡回上诉法院

POGHOS KAZARIAN,
原告-上诉人,
案号 07-56774
诉
地区法院案号
美国公民及移民
CV-07-03522-R-E

服务局，国土安全部
命令及
下属局；
意见书
JOHN DOES，1 至 10,
被告-被上诉人。

来自美国加利福尼亚中区联邦地区法院的上诉
Manuel L. Real，地区法官，主审

辩论与提交
2008年12月9日——加利福尼亚州帕萨迪纳

归档于2010年3月4日

合议庭：Harry Pregerson、Dorothy W. Nelson 和
David R. Thompson，巡回法官。

D.W. Nelson 法官撰写意见；
Pregerson 法官撰写协同意见

3429

3432
KAZARIAN 诉 USCIS

律师

Ruben N. Sarkisian，加利福尼亚州格伦代尔，为原告-上诉人 Poghos Kazarian 代理。

Craig W. Kuhn 和 Elizabeth J. Stevens，司法部移民诉讼办公室，华盛顿特区；为被告-被上诉人美国公民及移民服务局代理。

命令

2009年9月4日提交并发表于 580 F.3d 1030 (9th Cir. 2009) 的意见书及异议，现予撤回，并由同时提交的意见书取代。

随着新意见书的提交，上诉人待决的再审申请/全席再审申请因无实际意义而 DENIED（驳回），不影响其随后重新提交再审申请和/或全席再审申请。参见 9th Cir. G.O. 5.3(a)。

3433
KAZARIAN 诉 USCIS

意见书

D.W. NELSON，资深巡回法官：

Poghos Kazarian 对地区法院支持美国公民及移民服务局（“ USCIS ”）的简易判决提出上诉，该判决认定 USCIS 拒绝“ 杰出能力 ”签证并非任意、反复无常或违反法律。我们依据 28 U.S.C. § 1291 享有管辖权，并维持原判。

事实与程序背景

2003年12月31日，Poghos Kazarian，一名34岁的亚美尼亚本土公民，提交了一份基于就业的移民签证申请，类别为“ 杰出能力外国人 ”（表格 I-140），主张他是一名作为理论物理学家的杰出能力外国人。

Kazarian 于1997年在亚美尼亚埃里温的埃里温国立大学（“ YSU ”）获得理论物理学博士学位。1997年至2000年，他留在 YSU 担任研究助理，期间除其他事项外，他“ 审阅[了]该系毕业生的学位论文。 ”

在 YSU，Kazarian 专攻非爱因斯坦引力理论。据一位同事称，“ [这]项工作提供了一种控制解的精度的机制，这保证了许多引力理论中计算的准确性。 ”Kazarian“ 解决[了]超过20年之久的理论构建问题，满足了世界公认科学家、院士 V.A. Hambartsumian 的宇宙起源论构想。 ”

自2000年以来，Kazarian 在格伦代尔社区学院（“ GCC ”）担任物理/数学/编程辅导教师、兼职物理和数学讲师以及科学讲座系列演讲者。

3434
KAZARIAN 诉 USCIS

2000年至2004年间，Kazarian 在 GCC 的工作是无偿的。

为支持其申请，Kazarian 提交了几封推荐信。第一封推荐信来自加州理工学院费曼理论物理学教授 Kip S. Thorne 博士。Thorne 博士与 Kazarian 在同一研究组工作，他表示他 “ 对 Kazarian 博士的研究形成了良好的评价。其水准达到了人们对美国一所强大的研究型大学年轻教授的期望。 ” Kazarian 还提供了 YSU 教授的推荐信，称 Kazarian “ 在科学上拥有卓越的能力和相当大的潜力 ”，是 “ 一位具有足够科学潜力的年轻科学家 ”，具有 “ 高度的专业精神 ”，并 “ 表现出非凡的勤奋、努力[和]高度合格。 ” 最后，Kazarian 提交了 GCC 同事的三封推荐信，赞扬他的努力工作和在 GCC 的积极参与。

Kazarian 还指出他撰写了一本自行出版的教科书，题为《物理学概念：经典力学》。据他在 GCC 的一位同事称，这本书 “ 必定会成为全国许多中学、学院和大学的必读书目。 ” 然而，Kazarian 没有提供证据表明该书实际上在任何课堂上被使用。Kazarian 还提交了两篇学术文章，作者在文中感谢他有用的科学讨论。Kazarian 还提交了他的简历，其中列出了他撰写或合著的六篇天体物理学出版物，以及在洛斯阿拉莫斯国家实验室公共网络档案中发表的一篇电子预印本。

最后，Kazarian 提供了他在 GCC 的科学讲座系列的证据。他的简历还列出了在第17届和第20届太平洋海岸引力会议、加州大学圣巴巴拉分校强引力场会议、第8届光源科学与技术国际研讨会以及引力和宇宙学基础国际学校-研讨会上的讲座。

3435
KAZARIAN 诉 USCIS

光源，以及引力和宇宙学基础，国际学校-研讨会。

2005年8月，USCIS 拒绝了该申请。Kazarian 向行政上诉办公室（“ AAO ”）提出上诉。AAO 驳回了上诉，认定 Kazarian 未能满足相关“ 杰出能力 ”签证法规中规定的任何证据标准。在用尽行政救济后，Kazarian 在加利福尼亚中区联邦地区法院提起诉讼。地区法院批准了 USCIS 的简易判决动议，Kazarian 及时向本法院提出上诉。

审查标准

本法院“ 对简易判决的作出进行重新审查。 ”Family Inc. v. U.S. Citizenship & Immigration Servs., 469 F.3d 1313, 1315 (9th Cir. 2006)。“ 然而，只有在‘ 任意、反复无常、滥用自由裁量权或 otherwise 不符合法律 ’的情况下，才能撤销 underlying 机构行为。 ”Id.（引用 5 U.S.C. § 706(2)(A)）。“ 我们认定，如果没有任何证据支持该决定，或者该决定基于对法律的错误理解，则服务局的行为构成滥用自由裁量权。 ”Tongatapu Woodcraft Hawaii Ltd. v. Feldman, 736 F.2d 1305, 1308 (9th Cir. 1984)（内部引文省略）。

“ 在机构犯错的情况下，我们可以评估该错误是否为无害错误。 ”Gifford Pinchot Task Force v. U.S. Fish and Wildlife Serv., 378 F.3d 1059, 1071 (9th Cir. 2004)；参见 5 U.S.C. § 706。“ 在机构审查的背景下，无害错误的作用受到限制。该原则只有在‘ 行政机构的错误明显对所使用的程序或所达成的决定实质没有影响 ’时才能适用。 ”Gifford Pinchot, 378 F.3d at 1071（引用 Buschmann v. Schweiker, 676 F.2d 352, 358 (9th Cir. 1982)）（Gifford Pinchot 法院加注强调）。“ 我们通常不会推翻机构行为，除非

表明申请人受到损害。 ” Safari Aviation Inc. v. Garvey, 300 F.3d 1144, 1150 (9th Cir. 2002)。

讨论

A. “ 杰出能力 ” 签证

[1] 根据 8 U.S.C. § 1153(b)(1)(A)，外国人可以基于 “ 杰出能力 ” 申请签证。外国人可以通过两种方式之一证明杰出能力。第一种是 “ 一次性成就的证据（即重大的、国际公认的奖项）。 ” 8 C.F.R. § 204.5(h)(3)。获得诺贝尔奖是重大奖项的典型例子。H.R. Rep. No. 101-723(I & II) (1990), reprinted in 1990 U.S.C.C.A.N. 6710, 6739。Kazarian 承认他没有获得此类奖项。

证明杰出能力的第二种方式是提供至少以下三项的证据：

(i) 该外国人在其领域内获得国家级或国际级公认的较低级别奖项或奖励以表彰卓越成就的文件证据；

(ii) 该外国人加入寻求分类领域内协会的文件证据，这些协会要求其成员取得杰出成就，并由其学科或领域公认的国家或国际专家评判；

(iii) 在专业或主要行业出版物或其他主要媒体上发表的关于该外国人的材料，涉及该外国人在寻求分类领域内的工作。此类证据应包括材料的标题、日期和作者，以及任何必要的翻译；

(iv) 该外国人单独或作为小组成员，担任评判同一或相关领域内其他人工作的证据；

该领域内其他人工作的证据；

(v) 该外国人在其领域内具有重大意义的原创科学、学术、艺术、体育或商业相关贡献的证据；

(vi) 该外国人在专业或主要行业出版物或其他主要媒体上在该领域发表学术文章的证据；

(vii) 该外国人的作品在艺术展览或展示中展出的证据；

(viii) 该外国人在具有卓越声誉的组织或机构中担任领导或关键角色的证据；

(ix) 该外国人相对于领域内其他人，因提供服务而获得高薪或其他显著高报酬的证据；或

(x) 表演艺术领域商业成功的证据，如票房收入或唱片、磁带、光盘或视频销售。

8 C.F.R. § 204.5(h)(3)。如果申请人提交了所需证据，USCIS 将确定该证据是否既证明 “ 专业水平表明该个人是已升至其领域内最顶尖的少数人之一 ”，8 C.F.R. § 204.5(h)(2)，又证明 “ 该外国人已持续获得国家或国际赞誉，且其成就在专业领域内得到认可。 ” 8 C.F.R. § 204.5(h)(3)。只有成就获得 “ 持续国家或国际赞誉 ” 的外国人才有资格获得 “ 杰出能力 ” 签证。8 U.S.C. § 1153(b)(1)(A)(i)。

3438
KAZARIAN 诉 USCIS

“ 杰出能力 ” 签证在语境中可以更好地理解。根据《1990年移民法》，数千个就业类签证依据三类就业优先类别设立。Pub. L. No. 101-649, 101 Stat. 4978。“ 具有杰出能力的外国人 ” 是 “ 优先工作者 ”，享有第一优先类别。8 U.S.C. § 1153(b)(1)。

然而，“ 杰出能力 ” 与 “ 特殊才能 ” 不同，后者享有第二优先类别。比较同上 § 1153(b)(1)(A)（增加强调），与同上 § 1153(b)(2)（增加强调）。
1 要获得 “ 特殊才能 ” 签证资格，申请人必须作出较低的才能证明，且仅需证明以下三项：

(A) 显示该外国人拥有与特殊才能领域相关的学院、大学、学校或其他教育机构的学位、文凭、证书或类似奖项的官方学术记录；

(B) 以现任或前任雇主信函形式提供的证据，显示该外国人在其被寻求的 occupation 中拥有至少10年全职经验；

(C) 从事该专业的执照或特定专业或职业的认证；

(D) 显示该外国人已获得薪酬或其他服务报酬的证据，该薪酬或报酬证明其特殊才能；

(E) 专业协会会员资格的证据；或

1技术工人、专业人士和 “ 其他工人 ” 构成第三优先类别。同上 § 1153(b)(3)。

(F) 同行、政府实体或专业或商业组织对其成就及对行业或领域重大贡献的认可证据。

8 C.F.R. § 204.5(k)(3)(ii)。

[2] 然而，要获得“ 特殊才能 ”签证资格，该外国人还必须提供证据证明其服务为美国雇主所寻求。同上。“ 杰出能力 ”签证因此具有相当大的优势。与“ 特殊才能 ”签证申请不同，“ 杰出能力 ”申请不依赖于美国实际就业offer，且免于耗时的劳工证程序，该程序要求雇主首先测试市场是否存在现有合格 domestic workers。比较同上 § 204.5(h)(3)(5)，与同上 § 204.5(k)(4)。

[3] 对“ 杰出能力 ”签证法定和监管要求的解释向本法院提出了一个首次印象问题。稀少的判例法表明，“ 关于这一优先类别的法规极其严格。 ” Lee v. Ziglar, 237 F. Supp.2d 914, 918 (N.D. Ill.2002)（认定“ 可以说是韩国历史上最著名的棒球运动员之一 ”不符合作为芝加哥白袜队棒球教练的签证资格，因为其声誉仅限于其作为球员的技能而非作为教练的技能）；cf. Grimson v. INS, 934 F.Supp. 965, 969 (N.D. Ill. 1996)（认定拒绝任意且反复无常，其中NHL冰球执法者是世界上排名前三的球员之一，且机构不当贬低了执法者位置的重要性）；Muni v. INS, 891 F.Supp. 440 (N.D. Ill. 1995)（认定机构不当贬低了NHL冰球运动员的证据，该运动员三次赢得Stanley Cup，赢得“ 最被低估后卫 ”，薪酬高于NHL球员平均水平，提交了大量文章确立其在冰球界的地位，并提供了八位著名冰球运动员的宣誓书声明他受到高度

评价）；Buletini v. INS, 860 F.Supp. 1222 (E.D. Mich. 1994)（认定拒绝任意且反复无常，其中阿尔巴尼亚医生赢得国家奖项，出版医学词典和大量文章，负责一般健康项目，并担任兼职教授）；Matter of Price, 20 I. & N. Dec. 953, 955-56 (BIA 1994)（授予职业高尔夫球手签证申请，该球手赢得1983年World Series of Golf和1991年Canadian Open，在1989年PGA Tour排名第10，1991年收取$714,389，提供了知名和著名高尔夫球手的众多宣誓书，并获得广泛主要媒体报道）。

B. 适用于KAZARIAN

AAO认定Kazarian不符合任何监管标准。本上诉中仅涉及十项中的四项。我们认定AAO在其中两个问题的考虑上有误。

1. 在努力领域内学术文章的作者身份

根据8 C.F.R. § 204.5(h)(3)(vi)，Kazarian提交了其在Astrophysics的六篇文章和其在Los Alamos National Laboratory档案中的e-print证明，但未证明其他学者引用其出版物。AAO认定，没有此类引用证据，Kazarian的文章不符合证据的监管定义，因为“学术文章的发表并非自动成为持续赞誉的证据”且“我们必须考虑研究界对这些文章的反应”。

[4] AAO的结论基于对8 C.F.R. § 204.5(h)(3)(vi)的不当理解。该条款中没有任何内容要求申请人在其发表文章可被视为证据之前证明研究界的反应，且USCIS和

3441
KAZARIAN v. USCIS

AAO不得单方面施加超出8 C.F.R. § 204.5所规定的新颖实质性或证据要求。Love Korean Church v. Chertoff, 549 F.3d 749, 758 (9th Cir. 2008)。虽然其他作者的引用（或缺乏引用）可能与申请人是否处于其努力领域最顶端的最终 merits 认定相关，但它们与申请人是否已提供至少三类证据这一先行程序问题无关。8 C.F.R. § 204.5(h)(3)。“ 如果机构意图将[同行引用]作为门槛要求施加，我们毫不怀疑此类记录会被纳入8 C.F.R. § 204.5[(h)(3)(i)-(x)]所规定的详细实质性和证据要求之中。 ” Love Korean Church, 549 F.3d at 758。

2. 作为他人工作的评判者参与

根据8 C.F.R. § 204.5(h)(3)(iv)，Kazarian提交了其在Yerevan State University担任研究生文凭作品评判者的证明。AAO认定，“ 在自己大学评审同学的 ‘ 文凭作品 ’ 并非超越该大学赞誉的有说服力证据 ”，且缺乏 “ 申请人曾担任与其无其他关联的大学的外部论文评审人的证据 ”，Kazarian的提交不符合证据的监管定义。

[5] AAO的结论基于对8 C.F.R. § 204.5(h)(3)(iv)的不当理解。该条款中没有任何内容表明评判大学论文是否算作证据取决于评判者隶属于哪所大学。同样，虽然AAO的分析可能与最终 merits 认定相关，但AAO不得单方面施加新颖的证据要求。Love Korean Church, 549 F.3d at 758。

3442
KAZARIAN v. USCIS

3. 在努力领域内具有重大意义的原创科学或学术贡献的证据

[6] 根据8 C.F.R. § 204.5(h)(3)(v)，Kazarian提交了物理学教授证明其在该领域贡献的信函。AAO认定其贡献并非重大，因此不符合证据的监管定义。AAO在此处的分析与相关监管语言一致，且AAO认定Kazarian未提交符合8 C.F.R. § 204.5(h)(3)(v)所规定证据监管定义的材料，既非任意、反复无常，也非滥用自由裁量权。

4. 在艺术展览或展示中展示该外国人的作品

[7] 根据8 C.F.R. § 204.5(h)(3)(vii)，Kazarian提交了其自行出版教科书、在社区学院授课并在会议上作报告的证明。AAO认定这些活动均非艺术展览或展示中的展示。AAO在此处的分析再次与相关监管语言一致，且AAO认定Kazarian未提交8 C.F.R. § 204.5(h)(3)(vii)所定义的证据，既非任意、反复无常，也非滥用自由裁量权。

C. 无害性

在认定AAO通过单方面将新证据要求引入8 C.F.R. § 204.5(h)(3)(iv)和(vi)而犯错后，我们现在必须确定这些错误是否具有偏见。5 U.S.C. § 706；Tucson Herpetological Soc. v. Salazar, 566 F.3d 870, 879-80 (9th Cir. 2009)。它们没有。

AAO认定Kazarian提供了8 C.F.R. § 204.5(h)(3)(i)-(x)所规定十类证据中的零类。该

AAO本应认定Kazarian提供了两类证据。该法规要求三类证据。8 C.F.R. § 204.5(h)(3)。

[8] 无论杰出签证申请人提供两类证据还是零类证据，适当程序是计算所提供的证据类型（AAO已这样做），适当结论是申请人未能满足三类证据的监管要求（如AAO所结论）。8 C.F.R. § 204.5(h)(3)。在此，尽管AAO犯了明显的法律错误，但该错误“ 显然与 ”“ 所使用的程序或所达成的决定实质 ”均“ 无关 ”。Gifford Pinchot, 378 F.3d at 1071（引文省略）。

结论

[9] 尽管Kazarian似乎是一位备受尊重、有前途的物理学家，他很可能本有资格获得“ 特殊才能 ”签证，但他反而申请了“ 杰出能力 ”签证，且仅提供了8 C.F.R. § 204.5(h)(3)(i)-(x)所规定证据类型中的两类，而“ 杰出能力 ”签证法规要求三类。AAO认定Kazarian提供了零类证据的结论有误，但该错误无害。Kazarian未能确立其“ 杰出能力 ”签证资格，且地区法院正确批准了USCIS的简易判决动议。

维持原判。

PREGERSON，巡回法官， concurring：

我很高兴同意Nelson法官的意见。然而，我另行撰写，以强调我国移民法律和制度在本案中造成的不公正。Poghos博士

3444
KAZARIAN 诉 USCIS

Kazarian 在埃里温国立大学获得理论物理学领域的博士学位，并且自抵达美国以来，一直在这个具有挑战性的领域继续研究和教学。大约从2000年开始，Kazarian 博士参加了由 Kip Thorne 博士在加利福尼亚理工学院领导的研究小组。Thorne 博士等人提交了一封信，支持 Kazarian 博士的签证申请。Kazarian 博士在格伦代尔社区学院志愿服务教学，并撰写和出版了自己的物理学教科书。Kazarian 博士得到了埃里温国立大学、格伦代尔社区学院和加利福尼亚理工学院同事们的强烈赞扬。Kazarian 博士在美国的贡献无疑是有价值的。强迫 Kazarian 博士离开我们的国家无疑将是浪费，并让人认为我们的系统出了什么问题。尽管正如意见书所指出的，Kazarian 博士没有提交“ 杰出签证 ”所需的三种类型的证据，但他本应是“ 特殊才能 ”签证的极佳候选人。事实上，很可能是一位无效律师的错误，才导致 Kazarian 一开始就申请了错误的签证。
1

1在口头辩论中，Kazarian 博士的现任律师向法院陈述，引导 Kazarian 博士走上申请这一“ 杰出能力 ”签证之路的律师是 George Verdin。Verdin 被列为在移民局、移民法院和移民上诉委员会面前执业被无限期停牌。Executive Office for Immigration Review, Office of General Counsel, List of Currently Disciplined Practitioners (Aug. 11, 2009), http://www.usdoj.gov/eoir/profcond/chart.htm。Verdin 也已被夏威夷州最高法院取消律师资格。Office of Disciplinary Counsel v. Verdin, No. 22349 (Haw. Sept. 27, 2001)。令人痛心的是，有多少好人——包括受过高等教育的人和受教育程度最低的人——成为移民系统所知的声名狼藉律师的受害者。