原文第 1 页 · 中文译文

临时决定第3360号

关于IZUMMI，申请人

在签证申请程序中

A76 426 873

由负责审查的助理专员于1998年7月13日决定。

(1) 无论其位于何处，直接或间接从事向创造就业的企业贷款的新商业企业，只能向位于目标区域内的企业贷款，申请人才有资格适用降低的最低资本要求。

(2) 根据移民投资者试点计划，如果新商业企业直接或间接从事向创造就业的企业贷款，则该等创造就业的企业必须全部位于区域中心的地理范围内。新商业企业的所在地不具决定性。

(3) 申请人不得为使其有缺陷的申请符合移民局要求而对申请作出重大变更。

(4) 如果新商业企业是控股公司，则必须将全部所需资本金额提供给最直接负责创造申请所依据的就业的企业。

(5) 外籍人士在欠新商业企业款项期间，不得从该新商业企业获得保证付款。

(6) 外籍人士在完成期票项下全部现金付款之前的任何时间，不得与新商业企业订立赎回协议。在任何情况下，外籍人士不得在两年有条件居留期结束之前订立赎回协议。

(7) 外籍投资者与新商业企业之间的赎回协议构成债务安排，根据8 C.F.R. § 204.6(e)予以禁止。

(8) 未用于创造就业目的的准备金，不能视为为产生所投入资本回报之目的而置于风险中的资本。

(9) 移民局不对移民投资者申请进行预先裁定；每份申请必须根据其自身案情予以裁定。

(10) 根据8 C.F.R. § 204.6(e)，所有资本必须以美元按公平市场价值估值，包括用作资本的期票。在确定期票的公平市场价值时，

169

临时决定第3360号

除其他事项外，必须考虑现值。

(11) 在某些情况下，本身不构成资本的期票可以构成证据，证明外籍人士正在“ 投资过程中 ”投入其他资本，例如现金。在此种情况下，申请人必须在两年有条件居留期结束之前基本完成期票项下的付款。

(12) 无论期票构成资本，还是仅作为外籍人士正在投资过程中投入其他资本的证据，期票项下应付的几乎所有款项必须在两年内支付，且不得规定延期。

(13) 为使申请人被视为已设立原始企业，申请人必须参与该企业的实际创建。

代表申请人：
MAURICE INMAN/FREDRICK W. VOIGTMANN
1925 CENTURY PARK EAST, 16TH FLOOR
LOS ANGELES, CA 90067

讨论

该优先签证申请被德克萨斯服务中心主任拒绝，主任将该决定认证提交负责审查的助理专员复核。主任的决定将予维持。
申请人寻求根据《移民与国籍法》第203(b)(5)条、8 U.S.C. § 1153(b)(5)以及1993年《拨款法》第610条被归类为外籍企业家。主任认定，申请人未能证明其已将所需资本置于风险中。主任作出以下认定：所主张出资中的$30,000将用于合伙企业的开支，而非注入子公司商业企业用于创造就业；剩余资本的大部分将无法用于创造就业，因为合伙企业被要求将其保留在准备金中；申请人的部分出资不构成投资，因为该出资是作为债务安排的对价而作出的；申请人出资的另一部分将来源于从合伙企业获得的保证年度利息付款。
作为回应，申请人提交了两份单独的辩护状、两份补充辩护状以及大量证据。他主张，主任的决定错误陈述了现有事实，并错误描述了American Export Limited Partnership（“ AELP ”）投资者计划的条款。申请人还抱怨，主任的决定未提及、区分或“ 解释掉 ”德克萨斯服务中心和佛蒙特服务中心对其他AELP申请的批准；此外，主任的决定未提及、区分或“ 解释掉 ”先前直接支持并授权使用AELP计划各项特征的移民局意见

170

临时决定第3360号

和通信。申请人称，即使主任拒绝申请是正确的，合伙计划的某些新修订也应促使行政上诉单位（AAU）批准其申请。
本案获准进行口头辩论，其陈述期间，律师重申了辩护状中提出的要点。律师强调，申请人通过签署并交付$500,000的期票已作出投资；期票项下的未来付款时间表无关紧要。
《移民与国籍法》第203(b)(5)(A)条规定，寻求进入美国从事新商业企业的合格移民可获得分类：

(i) 该企业由外籍人士设立，

(ii) 该外籍人士已在该企业中投资（在1990年《移民法》颁布之日之后），或正在积极投资过程中投入不低于(C)项所规定金额的资本，且

(iii) 该企业将有利于美国经济，并为不少于10名美国公民或合法获准永久居留的外籍人士或其他合法获准在美国就业的移民创造全职就业（移民本人及移民的配偶、儿子或女儿除外）。

申请人表示，该申请基于对目标就业区内新企业的投资，该投资所需资本金额已下调。此外，该企业位于被指定为“ 区域中心 ”并获准参与移民投资者试点计划的区域内。

申请人未能证明AELP在目标就业区内从事经批准的区域中心活动

8 C.F.R. § 204.6(e)的相关部分规定：

目标就业区指在投资时属于农村地区，或失业率至少达到全国平均失业率150%的地区。

8 C.F.R. § 204.6(j)(6)规定：

如适用，为证明新商业企业已在目标就业区内创造或将创造就业，申请必须附有：

171

临时决定第3360号

(i) 如属农村地区，证明新商业企业主要在以下民事管辖区内经营业务的证据：该民事管辖区不在管理和预算办公室指定的任何标准大都市统计区内，也不在根据美国最近一次十年人口普查人口为20,000或以上的任何市或镇内；或

(ii) 如属高失业地区：

(A) 证明新商业企业主要在其中经营业务的大都市统计区、大都市统计区内的特定县，或人口为20,000或以上的市或镇所在的县，其平均失业率达到全国平均失业率150%的证据；或

(B) 由新商业企业所在州政府的授权机构出具的函件，证明该企业主要在其中经营业务的大都市统计区或人口为20,000或以上的市或镇的地理或政治分区已被指定为高失业地区。该函件必须符合8 C.F.R. § 204.6(i)的要求。

1995年10月19日，American Export Partners, LLC（“ AEP ”）向南卡罗来纳州提交了其组织章程。1996年3月25日，AELP向南卡罗来纳州提交了其有限合伙证书，AEP被指定为AELP的普通合伙人。AEP和AELP均位于南卡罗来纳州查尔斯顿。

在1995年2月8日的函件中，负责裁定的助理专员指定AEP为区域中心，并明确个人可以向移民局提交申请，“ 针对位于南卡罗来纳州八个沿海县地区即Lowcountry内的新商业企业 ”。

1995年6月14日，负责裁定的代理助理专员将AEP区域中心覆盖的地理区域扩大至包括南卡罗来纳州另外22个县。

申请人已提交证据证明，该区域中心内的许多（但并非全部）县在1995年被视为农村地区，并在当时符合目标就业区的资格。1

申请人在其辩护状中解释，AELP与其共同投资人Resurgens Capital & Investment设立了商业信贷公司子公司American Commercial and Export Credit Company, Inc.。该信贷公司为“ 位于南卡罗来纳州各地及美国东南部 ”的小型出口公司提供资产抵押贷款并从事应收账款融资。外籍投资者向AELP提供的资本用于购买该信贷公司的股

1在新增至区域中心区域的22个县中，Aiken、Edgefield、Lexington、Richland和Sumter县在1995年不是目标就业区。

172

临时决定第3360号

公司，而信贷公司用这笔钱从一家机构银行放贷人处获得贷款担保。这家其他放贷人将使资本增加三倍或四倍。申请人声称，该信贷公司已成功安排了“ 数笔 ”贷款。

根据提交的材料，该信贷公司迄今已发放或购买了四笔贷款。该信贷公司购买了一笔780,000美元的贷款，该贷款此前由First Capital Bank发放给Pillow Perfect, Inc.；Pillow Perfect位于佐治亚州伍德斯托克。该信贷公司购买了一笔380,000美元的贷款，该贷款此前由First Capital Bank发放给Pointe Services, Inc.；Pointe Services位于佐治亚州亚特兰大。该信贷公司向位于佐治亚州亚特兰大的Advanced Technology Services, Inc.发放了一笔200,000美元的贷款。最后，该信贷公司向位于佐治亚州马丁内斯的Bitz America, Inc.发放了一笔1,000美元的贷款。

目前尚不清楚该信贷公司为购买涉及Pillow Perfect和Pointe Services的贷款支付了多少款项。上述四笔贷款至多证明，仅使用了根据该计划获批的前95名投资者所获得资金中的1,361,000美元。2 申请人提供了1997年10月和1998年2月的贷款前景报告；这些报告显示，该信贷公司已提议（但未成功）向佐治亚州诺克罗斯、奥克伍德、亚特兰大和玛丽埃塔以及佛罗里达州迈阿密和奥兰多的多家公司放贷。

Pillow Perfect位于佐治亚州切罗基县；根据律师提交的就业信息，切罗基县在1995年没有任何人口普查区符合高失业率地区的资格。Pointe Services和Advanced Technology Services, Inc.位于富尔顿县。申请人未证明这些公司位于1995年或任何其他年份符合高失业率地区资格的特定人口普查区。申请人也未证明Bitz America位于目标就业区。

该信贷公司所从事的少数交易未被证明使位于目标就业区的公司受益。3 即使是被视为“ 贷款前景 ”的企业也不位于目标就业区。总部位于亚特兰大的该信贷公司和总部位于查尔斯顿的AELP均未被证明位于目标就业区。因此，在本案中进行合格投资所需的资本金额为1,000,000美元。

2按此计算，每名投资者约为14,327美元，远低于每名投资者所需的500,000美元。

3无论如何，需指出律师提供的就业信息已经过时。申请人必须证明某些地区在其提交申请之日属于目标就业区；例如，仅仅因为某一特定地区多年前曾是农村地区，并不意味着它现在仍是农村地区。

173

此外，本案中的区域中心指定是针对南卡罗来纳州大多数县授予的。它并未延伸至佐治亚州或佛罗里达州。虽然AELP位于南卡罗来纳州，但发放实际贷款的信贷公司和接收贷款的公司均不位于该区域中心内。因此，申请人必须证明直接就业创造。

申请人在其简报中称，移民局曾明确允许使用子公司信贷公司作为向与区域中心无关的出口相关企业放贷的工具。他提到1995年9月27日裁决处移民科科长的一封信，该信中有人询问出口信贷公司的客户是否需要位于区域中心指定所涵盖的区域内。科长的回复并未直接回答该问题；相反，他表示：“ 尽管区域中心应侧重于某一地理区域，但法规或条例均未要求根据试点计划产生的出口产品必须在区域中心指定区域内生产或制造 ”（着重号为后加）。4 申请人由此得出结论，该信贷公司可以向位于任何地方的任何出口相关公司放贷。

这种解释使区域中心的地理限制变得毫无意义。8 C.F.R. § 204.6(e)中 “ 区域中心 ” 的定义要求该经济单位参与 “ 改善区域生产力 ”。

8 C.F.R. § 204.6(m)(3)(i)规定，为获得区域中心批准，实体必须清楚描述其将如何通过 “ 改善区域生产力 ” 促进经济增长。

如果信贷公司和出口相关企业均不位于区域中心内，则很难看出区域中心内的生产力如何得到改善。5 由于子公司信贷公司的实际和拟议贷款活动使区域中心指定所涵盖地理区域以外的公司受益，申请人必须证

4并非所有出口相关企业都生产或制造自己的商品。例如，如果位于区域中心内的银行向一家向俄罗斯出口鸡肉部件的公司放贷，则这些鸡不必在该特定地理区域内饲养；但该出口公司必须位于该区域内。同样，银行可以允许向位于该地理区域内的一家公司放贷，该公司向日本出口化妆品、牛仔裤和美国大米；这些产品很可能并非在该区域内生产或制造。仅银行或银行的主要股东位于区域中心内是不够的

5即使本案中的信贷公司位于区域中心内而非亚特兰大，该安排仍不符合资格。唯一得到改善的区域生产力将涉及少数贷款官员的工资；这并非区域中心条款的本意。

174

明直接就业创造；他不能依赖间接就业创造。然而，为便于论证，AAU将使用其关于间接就业创造的主张来分析本案的投资部分。

对合伙协议的某些修订不能接受

在主任作出决定后，律师提交了对AELP有限合伙协议的多项修订。他解释说，这些修订采取第一阶段和第二阶段修正案的形式。
原始合伙协议于1996年3月准备并签署，早于120,000美元初始付款选项的设立。当120,000美元选项于1996年秋季被加入AELP计划时，AELP疏忽了修订合伙协议。结果，本申请人签署的文件中的许多条款与正式合伙协议中的条款相矛盾。第一阶段修正案旨在纠正这些不一致之处。
此外，在AELP的律师获得移民局总法律顾问办公室（“ OGC ”）于1997年12月发布的备忘录副本后，“ AELP的有限合伙协议被进一步修订，以重组、修改或删除部分或全部‘ 被反对 ’条款。 ”律师继续称，这些第二阶段修正案应使本申请获得批准。
申请人必须在提交时确立资格；申请不能在未来某日申请人根据新的事实组合变得符合资格后获得批准。见Matter of Katigbak, 14 I&N Dec. 45, 49 (Comm. 1971)。因此，申请人不得对已提交的申请作出重大变更，以努力使明显有缺陷的申请符合移民局要求。
律师称，此前曾修订申请以反映计划变更并弥补原始文件中的缺陷。他提到1995年的一起案件，其中中心主任正确地认定涉案企业不构成困境企业。在该案的口头辩论中，律师提交了一份完全不同的商业计划，放弃了困境企业主张，转而替代为创建新企业的计划。这份新商业计划构成了批准的基础。然而，律师所引用的案件产生了一项未公布的裁决，该裁决不具有任何先例价值，无论是程序上的还是其他方面的。此外，AAU承认，在如此晚的阶段接受新商业计划是不当且错误的。
在本案中，AAU将承认第一阶段修正案，只要它们使合伙协议与其它

协议相一致，而本申请人最初签署并随其I-526表提交了这些协议。AAU不会就第二阶段修正案的充分性或不充分性作出任何认定，因为它们在本程序中无关；移民局不能考虑仅在申请提交之后才产生的事实。见Matter of Bardouille, 18 I&N Dec. 114 (BIA 1981)。如果律师希望检验最新计划的有效性，而该计划与原始计划存在重大差异，他应当撤回本申请并建议申请人提交新的I-526表。本案应仅根据原始文件以及纠正原始不一致之处的修订进行分析。

申请人未作出合格的“ 投资 ”

8 C.F.R. § 204.6(e)的相关部分规定：

资本指现金、设备、存货、其他有形财产、现金等价物以及由外籍企业家拥有的资产担保的债务，前提是该外籍企业家个人承担主要责任，且作为申请基础的新商业企业的资产未被用于担保任何该等债务。所有资本应按美元公平市场价值估值，……

商业企业指为持续开展合法业务而成立的任何营利性活动，包括但不限于独资企业、合伙企业（无论有限或普通）、控股公司、合资企业、公司、商业信托或其他可能为公有或私有的实体。该定义包括由控股公司及其全资子公司组成的商业企业，但前提是每一该等子公司均从事为持续开展合法业务而成立的营利性活动。该定义不得包括非商业性活动，例如拥有和经营个人住宅。

投资指投入资本。外国人企业家与新商业企业之间以票据、债券、可转换债务、债务或其他任何债务安排作为交换的资本投入，就本部分而言不构成资本投入。

8 C.F.R. § 204.6(j) 的相关部分规定：

(2) 为证明申请人已投入或正在积极投入所需数额的资本，申请必须附有证据证明申请人已将所需数额的资本置于风险之中，目的是使置于风险中的资本产生回报。仅有投资意图的证据，或仅涉及预期投资安排而无现时承诺的证据，不足以证明申请人正在积极投入。外国人必须证明对所需数额资本的实际承诺。该等证据可以包括但不限于：

(i) 显示存入美国企业

176

账户的金额的银行对账单；

(ii) 为在美国企业中使用而购买的资产的证据，包括发票；销售收据；以及包含足以识别该等资产、其购买成本、购买日期和购买实体的信息的购买合同；

(iii) 从国外转移至美国企业使用的财产的证明，包括美国海关商业入境文件、提单和运输保险单，其中包含所有权信息以及足以识别该财产并表明该财产公平市场价值的信息；

(iv) 转移或承诺转移至新商业企业以换取股份（有表决权或无表决权、普通股或优先股）的资金的证据。该等股份不得包含要求新商业企业应持有人请求赎回的条款；或

(v) 任何贷款或抵押协议、本票、担保协议或其他借款证据的证明，该等借款由申请人（而非新商业企业）的资产担保，且申请人对此承担个人主要责任。

律师称，申请人以500,000美元本票的形式进行了500,000美元的投资。该本票规定初始向托管账户存入120,000美元，在移民签证获批后释放给合伙企业，五笔年度付款每笔18,000美元，以及最后一笔290,000美元的期末整付。

初始合伙企业费用

1997年10月14日，Wells Fargo Bank通知申请人，其120,000美元的资金已收到并存入合伙企业的托管账户。根据投资协议第2.A(3)条，申请人同意指示律师作为其托管账户的受托人“立即释放30,000美元作为合伙企业初始费用的可退还预付款”；剩余的90,000美元将在签证申请获批后释放。正如局长在其决定第4页所指出的，将30,000美元用于合伙企业成本和费用意味着全部500,000美元不会“注入商业企业以创造就业”。对此，申请人称，局长可能是反对从托管账户释放费用，如果费用是在资金从托管释放后支付的，局长可能就不会反对。申请人坚持认为，无论付款时间如何，最终收款人是合伙企业。付款时间

177

然而，并不是局长反对的对象。局长援引8 C.F.R. § 204.6(j)(2) 指出，所需数额的资本必须 “ 为使置于风险中的资本产生回报 ” 而置于风险之中。由于支付初始合伙企业费用和成本不属于法规所设想的产生利润的活动类型，因此最多只能将470,000美元视为已 “ 投入 ” 。申请人辩称，在筹集资本过程中产生的费用和开支是惯常且合理的。例如，当企业向银行借款时，银行收取的处理费、点数、评估费和其他费用都计入债务。申请人继续称：

> 认为创建移民投资者计划没有成本（律师费、会计师费和行政费），在市场上筹集资金没有成本（寻找人费用、移民顾问费、转发费等）；并且在企业初始启动阶段没有持续的行政和运营费用（租金、水电费、电话、传真机、办公家具、人员成本、高管薪酬等），这种说法是荒谬的。我们生活在现实世界中，而不是 “ 虚构 ” 的世界。

申请人提到AELP的子公司信贷公司以 “ 超过200,000美元 ” 的年薪聘请了一位资产抵押贷款专家。申请人强调，重要的是AELP用于初始费用的钱是为了促进合伙企业业务。6

虽然点数和处理费通常会被融资，但它们被视为超出原始贷款金额的数额。举例来说，当一个人打算获得200,000美元的抵押贷款时，他可以选择单独支付点数和费用，也可以选择将其融资。如果他选择融资这些费用，其抵押贷款的本金就不再只是200,000美元，而是更多。在投资者语境下，移民局并不禁止支付合伙企业费用；相反，移民局认定，如果AELP希望有限合伙人支付这些费用，这些费用必须在500,000美元之外另行支付。

申请人解释说，AELP扣除其30,000美元的运营费用，剩余资金流向子公司信贷公司。信贷公司随后扣除自己的费用，剩余的钱被投入一个贷款基金，从该基金向出口公司发放贷款。申请人主张，这里的新商业企

6尽管如此，律师似乎准备放弃这些众多论点。在其代表申请人提交的简报中，律师称，如果AAU认定从投资者投入的资本中提供初始费用支付是不恰当的，那么AELP将立即修改其合伙协议，从其计划中删除该条款。

178

临时决定 #3360

业是合伙企业，AELP，对AELP的500,000美元投资构成对新商业企业的500,000美元投资，“ AELP从未打算……外国国民投资者投入的100%资金都通过合伙企业流入信贷公司，用于向美国出口企业贷款。 ”然而，在AELP和信贷公司扣除数万美元的“ 费用 ”后，尚不清楚原始资金中有多少可用于贷款。
或许可以争辩说，当一家公司的所有者支付一百万美元购买其企业的股份，并将这笔钱指定用于设备、库存和营运资金时，部分营运资金实际上将用于初始工资和费用。在合伙企业情形中，新商业企业是合伙企业，它也需要在初始工资和费用上花钱。移民局区分这两种情况：在前一个例子中，创造就业的实体在花钱。在后一个例子中，创造就业的实体从未收到用于合伙企业费用的钱。特别是在主张间接创造就业且资金与工作岗位之间的联系本已薄弱的情况下，移民局有兴趣在一定程度上审查资金的运用方式。全部金额必须提供给最直接负责创造申请所依据的就业的企业。7 移民局不希望鼓励建立一层又一层的“ 控股公司 ”或“ 母公司 ”，每家企业都抽取自己的份额，而最终雇主几乎看不到外国人的钱。
在其代表申请人提交的简报中，律师声称，AELP和信贷公司费用的扣除此前已向移民局披露并获得其批准，当时移民局批准了普通合伙人的区域中心指定。然而，对区域中心指定的调查重点在于拟议活动是否会通过增加出口来提高区域生产力；这与各种业务费用是否恰当以及如何筹资无关。律师还声称，同样的事实已在过去几个月内以书面形式和在有AELP代表和移民局律师参加的会议上披露。然而，披露并不强制要求批准。

7无论是否必须向出口公司提供500,000美元贷款，还是必须仅向提供贷款的信贷公司提供500,000美元，显而易见的是，向AELP提供500,000美元是不够的。AELP的主要目的显然是寻找潜在的外国投资者。AELP不向出口公司提供贷款，也不是最直接参与创造就业（无论间接与否）的实体。

179

临时决定第3360号

在代表申请人提交的辩护状中，律师引用了1995年的一起案件，在该案中，佛蒙特服务中心曾质疑为费用预留的80,000美元或90,000美元是否可被视为资本投资。1995年5月25日，行政上诉单位批准了该案。律师进一步指出，“ 在口头辩论中，一位AAU官员表示，从投资者出资的资本金额中扣除此类费用而不因此减少投资者的资本出资是恰当的。 ” AAU在该案中作出的决定并未具体涉及费用问题。此外，该案的决定未公布，不具有先例价值。

年度付款

根据申请人签署的投资协议第2B条，申请人必须进行五笔年度现金付款，每笔18,000美元，总计90,000美元，自其被接纳为合伙人之日起一年后开始。
然而，投资协议第3条规定：“ 我将获得对合伙企业的现金出资的回报，年利率为12%，每年支付，自本人被接纳为有限合伙人之日起一年后开始，至五年后结束。 ” 8 申请人还将获得超过此12%回报的任何利润的份额。合伙协议解释称，百分比回报是根据分配时出资的现金总额计算的。换言之，申请人的首次年度分配至少为14,400美元（120,000美元的12%，加上任何额外利润），其第二次年度分配至少为16,560美元（138,000美元的12%），第三次至少为18,720美元，第四次至少为20,880美元，第五次至少为23,040美元。
实际上，申请人年度付款义务所代表的90,000美元将需要极少的新的个人资金。为了进行首次18,000美元的年度付款，申请人只需从合伙企业将获得的14,400美元（或更多）中出资不超过3,600美元的自有资金。为了进行第二次付款，申请人只需从合伙企业将获得的16,560美元中出资不超过1,440美元的自有资金。然而，申请人的第三、第四和第五次付款将完全由合伙企业保证的分配款覆盖；事实上，在这最后三年中，申请人将至少提前获得8,640美元。

8然而，原始合伙协议规定此回报为每年10%，支付四年。律师未就这一不一致提交第一阶段修正案。

180

申请人进行年度付款的义务以合伙企业向申请人进行保证年度分配为条件。9 因此，这些年度付款不构成资本出资。10

申请人提及1997年12月19日的OGC备忘录，该备忘录批评了利用企业产生的利润来履行本票义务的做法。申请人主张，他有权将保证回报用于任何目的，将股息或利润隔离在特别账户中以确保它们不被用于偿还本票是荒谬的。

AAU目前不触及企业向仍欠企业款项的外国人分配利润是否适当的问题。此处涉及的问题是年度回报是保证的。该款项所有权转移的事实并不改变交易的本质；正如主任在其决定中指出的，合伙企业未从申请人处获得新资金注入。

保证年度分配的另一个问题是分配的来源。正如申请人在其辩护状第70页承认的那样，“ 企业不太可能从AELP及其信贷公司子公司设想的贷款活动中立即盈利。 ”由于从未保证合伙企业将在任何给定年份产生足够利润来向每位投资者支付其12%的保证分配，因此存在分配可能来自未来有限合伙人的出资（从而需要收购越来越多的有限合伙人）或来自已作出的出资（从而耗尽初始出资）的可能性。

在其代表申请人的辩护状第70和71页，律师反驳称，“ 支付此保证回报是合伙企业的义务，可能履行也可能不履行。如果合伙企业没有能力进行此类年度付款，则不会支付。 ”如前所述，这与投资协议第2.C条直接矛盾，该条规定合伙企业未能进行

9投资协议第2.C条规定：“ 在合伙企业破产、无力偿债或未能支付资本年度回报、支付出售选择权价格或支付任何判决的情况下，合伙企业应被视为违反其在美国出口有限合伙协议下对有限合伙人的义务，而我作为有限合伙人，对合伙企业不再有任何义务，此外，我没有义务根据有限合伙协议、本投资协议或本票进行任何进一步的现金付款。 ”

10最多可以争辩说，申请人必须为前两笔付款初步支出5,040美元；但由于该金额将被合伙企业最后三次保证分配所抵消，这一初步支出实际上是一笔贷款。8 C.F.R. § 204.6(e)规定，为换取债务安排而提供的资金出资不符合“ 投资 ”资格。

181

临时决定第3360号

年度分配被视为违反合伙企业的义务，并将导致申请人无需进行任何进一步的现金付款。
申请人称，存在支持申请人将合伙企业支付的保证年度回报用于履行申请人对合伙企业年度付款义务的服务的行政判例法。申请人引用了1995年涉及“ C&W酒店管理项目 ”的未公布AAU决定。虽然该案中中心主任的决定提到商业计划中规定四笔年度付款可能来自企业利润的条款，但中心主任并未指出这些所谓的“ 利润 ”是否为保证回报形式（如上所述，这与利润没有直接联系），也未就该条款的适当性作出任何认定。审查AAU决定发现，其中完全没有提及年度回报或年度付款。因此，不能说AAU已特别批准使用保证年度回报来履行年度付款义务。更重要的是，所涉AAU决定未公布，不具有约束性先例权威。11
申请人指出1997年10月20日由裁决办公室发布的内部服务备忘录。该备忘录指出，在某些情况下，保证利息付款通过外部贷款或其他投资者出资的资本进行；由于并非所有企业都能立即盈利，保证付款的合同条款在某些情况下可能与真实投资一致。12 该备忘录是一般性政策声明，并未分析任何特定事实模式。实际上，备忘录中的陈述以“ 可能 ”和“ 在某些情况下 ”等词语加以限定。鉴于备忘录中包含的混乱陈述以及缺乏提供的指导方针，该备忘录对解决本案没有帮助。
简而言之，由于申请人保证从合伙企业获得至少12%的年度分配，为期五年，这将为他带来93,600美元，因此申请人在本票下总计90,000美元的五笔年度付款不能被视为合格的资本出资。13

11AAU认识到服务局已批准可能包含保证年度回报的计划。如果是这样，此类批准因本决定所述理由而存在错误。

12然而，这一近期备忘录已被1998年3月11日的后续备忘录取代。

13投资协议第6条明显认识到申请人并未通过五笔年度付款出资，该条规定，如果申请人的永久居民身份条件未被解除，合伙企业将向申请人退还120,000美元。据推测，到申请人申请解除其条件时，他至少已进行了一笔年度付款并出资138,000美元。

182

申请人实际上已将90,000美元的损失风险从自身转移给了合伙企业。

赎回协议

投资协议第4条规定：“ 在我获准加入合伙企业六周年之后，我作为有限合伙人可以行使卖出选择权，据此我有权要求合伙企业从我处购买我的有限合伙权益 ”（着重号为后加）。14 卖出选择权的价格等于申请人实缴出资总额减去前六期付款，加上按比例应得的利润份额。换言之，卖出选择权价格为290,000美元加利润。或者，从申请人的角度看，永久居民身份的价格是116,400美元减利润；如上所述，五期年度付款完全由年度分配款覆盖，无需申请人支出任何款项。同时，合伙企业可以以相同价格行使买入选择权。15

投资协议第4条规定，卖出选择权价格 “ 在卖出选择权行使后即应支付 ”。然而，原合伙协议第8.05C条规定，该价格应在卖出选择权行使后180天支付。修订后的合伙协议未与投资协议保持一致，而是重申了180天的期限。虽然第一阶段修正案旨在反映当事人的真实意图，但申请人并未签署新的投资协议，也未以其他方式表示其同意新的合伙协议并愿意等待180天。

目前不清楚申请人若行使卖出选择权，是否实际有义务支付最后一笔290,000美元；其付款义务与出售权同时到期。合伙协议第8.05C条规定，一旦合伙企业支付卖出选择权价格，“ 该出售有限合伙人的投资者票据项下所欠的所有款项应视为已由合伙企业清偿…… ” 同样，根据第8.06C条，在合伙企业支付买入选择权价格后，“ 所有

14原合伙协议规定，卖出选择权可在五年后行使；经第一阶段修正案修订后的协议规定，对于首次现金付款120,000美元的有限合伙人，卖出选择权可在六年后行使。

15原合伙协议第8.06条规定，该 “ 买入选择权 ” 可在三年后行使。根据第二阶段修正案，合伙协议现规定，买入选择权可在申请人完成其票据项下付款后一年，即七年后行使。修订后的合伙协议还提到卖出选择权价格为 “ 410,000美元？290,000美元？ ” [原文如此]，

183

临时决定第3360号

投资者票据项下到期应付的所有款项应由合伙企业解除…… ”目前不知道如果申请人有义务在行使买入或卖出选择权之前支付290,000美元，届时仍将欠付多少款项。如果申请人可以通过行使卖出选择权避免支付这最后一笔款项，则这290,000美元不能被视为处于风险之中。
即使申请人有义务在行使卖出选择权之前支付这笔气球付款，这290,000美元仍不能说是处于风险之中，因为无论企业成功与否，该款项都保证会被返还。如果申请人签署的投资协议具有控制力，那么在他支付这最后一笔款项的那一刻，申请人就可以行使卖出选择权，款项将立即被返还；这290,000美元永远不会处于风险之中。如果合伙协议具有控制力，那么申请人同意支付这290,000美元，实质上是一种债务安排，即他提供资金，以换取一项无条件的合同承诺，即在固定的到期日（六个月后）偿还。此类安排为法规所明确禁止。见8 C.F.R. § 204.6(e)。
在1997年12月19日的意见中，OGC在税法背景下对证明债务和权益的因素进行了冗长的讨论；该意见引用了各种税务案件，并得出结论认为，诸如AELP的计划所具有的债务特征超过了任何权益特征。AAU认为此种讨论没有必要，且对此事项并无特别帮助。此处所涉的考量与法院试图确定企业是否试图逃税时的考量并不相同。此外，那些税务案件中审查的企业是为使外国人获得移民福利而设立的标准企业之外的普通企业。正如律师在口头辩论中所承认的，潜在的外国投资者

在任何情况下都不会进行这项投资，除非他们获得绿卡。如果有人曾经提出这是一项绝妙的投资，而且他们不获得合法永久居民身份也会进行投资，那他们是在撒谎，他们是疯了；他们脑子有问题，对吧？没有人会在不获得绿卡的情况下这样做。这就是法律的意图。这就是胡萝卜；这就是交换条件。

换言之，AELP创建了一个大多数人都不愿参与的计划。16 对税务案件中提出的众多债务和权益因素的讨论，不必要地使

16这本身就提出了AELP计划是否是一项真正投资的问题。如果普通投资者因为不存在净金钱收益的机会而不愿参与该计划，那么合乎逻辑的结论是，该计划所固有的所期望的 “ 利润 ” 就是绿卡本身。

184

确定交易真实实质的尝试变得复杂。非常简单地讲，支付290,000美元构成一笔直接贷款；申请人将把这笔钱提供给AELP，并具有合同上的预期，即六个月后该款项将返还给他。如果合伙企业失败，申请人可能收不到款项的风险，与任何企业债权人承担的风险并无不同。

律师在其代表申请人提交的辩护状第30页指出：“ 卖出选择权价格的支付取决于合伙企业的支付能力和意愿。因此，存在重大风险，即合伙企业可能无法或不愿向投资者付款。 ”在口头辩论中，律师声称赎回条款完全不可执行；任何合伙人都不能提起诉讼以执行这些条款。除了为何不可执行的问题之外，律师的陈述还引发了诚信问题。AELP通过向外国人承诺赎回权来诱使其投资AELP，但随后律师（同时是AELP和申请人的律师）却在辩护状中暗示AELP可能不“ 愿意 ”履行赎回权，并在口头辩论中补充说赎回条款无论如何都不可执行，这令人不安。虽然商业世界中的大多数普通投资者都意识到他们因商业低迷而面临损失风险，但参与AELP的外国人可能并未意识到，他们的律师认为他们的风险反而在于其律师的另一客户拒绝遵守与其签署的书面合同。移民局不能认可虚假承诺，也不承认此类“ 风险 ”属于8 C.F.R. § 204.6(j)(2)所设想的那类风险。

更重要的是，AAU必须审视申请人所签署文件的字面语言，而不是律师的后续陈述；这些文件赋予申请人赎回权和确定的价格。如前所述，投资协议第2.C条规定，AELP未能支付卖出选择权价格构成AELP对其有限合伙人义务的违反。

在1993年9月10日的备忘录中，OGC在第8页陈述其意见认为，“ 外国人与投资基金签订协议，由卖方同意在外国人永久居留权的附条件基础被取消之时（而非之前）回购投资者的股份，是完全适当的。 ”OGC对此陈述作了限定，补充说此类赎回协议“ 不得被用作在两年附条件居留期内避免或减少外国投资者资本损失风险的工具 ”。为确保资本在两年期内仍处于风险之中，OGC认为回购协议应明确规定，拟转售股份的价格不得超过回购时股份的公允市场价值；“ [任]何其他回购安排都会将投资损失风险从外国人身上不可允许地转移给承诺买回外国人在投资中权益的一方。 ”

在随后日期为

185

临时决定第3360号

1995年6月27日，OGC在第10页解释说，此类赎回协议是允许的，“ 因为如果回购时投资的公平市场价值已经下跌，该外国人将面临损失其全部或部分自有资本的风险。 ”
AAU不完全同意OGC的意见。在作出“ 投资 ”时即订立赎回协议，表明了一种预谋意图，即在获得无条件永久居民身份后尽快摆脱该投资。这在概念上与以下情形并无不同：一名外国人与美国公民结婚，并书面声明他将在两年后与她离婚。此处的焦点在于绿卡，而非企业。尽管律师反复声称移民局目前的立场正在损害美国工人和美国企业，也尽管律师指控移民局对他们据称态度轻率，人们可以争辩说，订立赎回协议的外国人认为美国工人和美国企业的持续成功是次要的。他的首要关切是以尽可能少的钱获得永久居民身份。
要使该外国人的资金真正处于风险之中，该外国人不能在明知自己已有确定的买家将在若干年后接手的情况下加入合伙企业，也不能被保证将获得某一确定价格。否则，该安排不过是一笔贷款，尽管是一笔无担保贷款。
OGC提到的对出售价格的公平市场价值限制，虽然用意良好，但不可行。目前不清楚这一公平市场价值将如何确定。例如，在其代表申请人提交的辩护状第31页，律师讨论了AELP在本申请人认购的120,000美元选项提出之前所提供的两个五年付款选项。“ 由于AELP的出售选项价格比最近完成的500,000美元现金出资分别低150,000美元或140,000美元，出售选项价格将大幅低于公平市场价值似乎显而易见。 ”这之所以会“ 显而易见 ”，唯一的原因是律师已经知道五年后的公平市场价值将是多少。真正的公平市场价值无法提前五年得知。公平市场价值假定存在市场。在本案中，AELP合伙权益不存在公开市场。合伙权益的出售不会是公平交易，双方的估值也不会反映真正的公平市场价值。
AAU并不认为外国投资者永远不能将其合伙权益卖回。相反，AAU认为，在完成其根据期票（无论是向合伙企业还是向某些第三方贷款人）支付的全部现金之前，外国投资者不得订立任何授予其将权益卖回合伙企业的权利的协议。在任何情况下，他不得在两年条件居留期结束之前订立此类协议。投资假定存在风险。该

186

临时决定第3360号

外国人必须在不确知自己在获得无条件永久居民身份后究竟能否出售其权益的情况下进行投资；而如果他成功出售其权益，出售价格可能令人失望地低（或令人惊讶地高，高于他所支付的金额）。这样，该外国人既承担收益风险也承担损失风险。允许相反做法会将安排转变为贷款。17

申请人主张，AAU在1995年未公布的C&W决定中，曾考虑过与AELP相同的结构是否构成债务安排的问题。据申请人称，佛蒙特服务中心曾认定，所涉计划似乎代表对债务协议的善意承诺，且AAU的代表“ 告知他们已分析投资协议并得出结论，C&W计划不构成债务安排 ”。申请人继续称：“ C&W决定推翻了佛蒙特服务中心并命令批准申请，该决定驳回了此种结构构成债务安排的论点。 ”

申请人误读了这些决定。佛蒙特服务中心关于“ 对债务协议的善意承诺 ”的陈述，是对《联邦公报》中某人评论的引用，该评论建议移民局“ 应在法规中规定，由外国企业家资产担保的对债务协议的善意承诺，应足以满足外国企业家已善意实质满足资本投资要求的规定…… ”（着重号为原文所加）。换言之，佛蒙特服务中心所指的“ 债务协议 ”是申请人签署的期票，申请人已同意向合伙企业支付现金；因此，所涉“ 债务 ”是申请人对合伙企业的债务，而非合伙企业随后对申请人的债务。无论是中心决定还是AAU决定，均未具体考虑所涉投资结构是否涉及本案所涉的被禁止的债务安排（即贷款）。两项决定均未提及出售选项。

申请人指出另一个项目，他称之为“ Pardini/Tony Roma项目 ”。据申请人的律师称，加利福尼亚服务中心在意图拒绝通知中表示，合伙安排的效果似乎是“ 有限合伙人即外国投资者向普通合伙人提供的一系列称为投资的贷款，普通合伙人将以10%的利息偿还。 ”辩护状第54页。律师声称，在其答复中，他陈述了AAU在C&W中的决定；“ AAU对债务安排论点的驳回被证明对加利福尼亚服务中心具有说服力，该中心随后驳回了

17更准确地说，AAU认定，AELP计划作为其众多特征之一，包含一笔290,000美元的贷款。该290,000美元金额不能被视为“ 投资 ”。

187

‘ 债务 ’ 论点并批准了Pardini/Tony Roma投资者申请。 ”
如上所述，AAU的C&W决定并未处理有限合伙人向合伙企业提供贷款的问题。因此，如果加利福尼亚服务中心依据C&W决定得出结论认为Tony Roma计划不涉及不允许的债务安排，那将是错误的。此外，C&W决定未公布，即使它与Tony Roma或本案相关，也不具有任何有约束力的先例价值。再者，即使移民局过去曾批准包含赎回协议的申请，这些批准也是错误的，因为移民局现在认识到此类协议实际上是债务安排。

申请人还提到移民局1997年10月20日的一份内部备忘录，其中出现以下陈述：
另一方面，在无相反证据的情况下，如果协议未具体授予投资者在气球付款到期前出售的选项或授予新商业企业在气球付款到期前买断投资的选项，裁决者不得基于认定投资者不会在气球付款到期日之前行使出售（或新商业企业行使买断）选项而拒绝申请。

这一陈述毫无意义，当然也不支持申请人的主张。申请人将该备忘录描述为“ 至关重要 ”；该备忘录远非“ 至关重要 ”，它仅旨在提供一般政策声明，而非分析具体事实模式。18
至于申请人批评德克萨斯服务中心在本案中的决定未提及、区分或解释上述先前决定和OGC意见，目前不清楚中心主任为何会提及它们。上述两项决定均无任何先例价值，且两案均非源自德克萨斯服务中心。正如律师本人在口头辩论后所述，OGC备忘录仅仅是意见。OGC不是裁决机构，仅处于顾问地位；因此，裁决者不受OGC建议的约束。见8 C.F.R. § 103.1(b)(1)。
由于本案申请人已订立协议支付290,000美元，以换取其可在六个月后收回该290,000美元的承诺，他实际上已订立8 C.F.R. § 204.6(e)所禁止的债务安排。19该290,000美元不能被视为已适当“ 投资 ”，且不处于风险之中。

18此外，如前所述，该备忘录在不到五个月后即被另一份备忘录取代。

19再次说明，这是假设合伙协议是控制性文件。如果本申请人签署的投资文件是控制性文件，则资金必须立即返还，而非六个月后。

188

临时决定第3360号

现金储备

原合伙协议的定义部分和第4.04条规定，普通合伙人可以将有限合伙人出资中指定为“ 储备资金 ”的部分存入托管账户或次级托管账户。根据协议第4.04.A(i)条，持有这些账户的银行应将该等资金“ 投资于证券或其他金融工具及债务，其金额足以满足第8.05条的要求 ”（原文强调）。第4.04.B条补充规定，普通合伙人“ 应从初始现金付款中向银行存入足够的储备资金，以满足合伙在第8.05条项下的义务，并支付普通合伙人确定的合伙的该等成本和费用 ”（原文强调）。合伙协议第8.05条标题为“ 有限合伙人出售选择权 ”，规定了出售选择权的时间安排和价格。
第4.03.B条解释称，在第4.04.B条的所有要求得到满足后，初始现金付款及所有后续出资中剩余的任何资金可用于履行合伙的义务，由普通合伙人自行全权决定，任何超出部分应用于合伙的业务。
换言之，根据原合伙协议的上述条款，普通合伙人有义务将初始120,000美元和/或剩余380,000美元中足够的部分存入储备资金，以使存款及其收益（来自证券或其他金融工具）能够使合伙履行其回购合伙权益的自身义务。该等储备资金的设立和维持优先于出资的任何其他用途。根据这些条款，任何剩余资金将用于其他合伙义务，此后剩余的任何资金将用于业务活动。正如主任在其决定中所述，根据协议，该等储备资金不可用于创造就业的目的，因此不能被视为为产生所投入资本回报之目的而置于风险中的资本。

申请人在其简报中主张：“ AEP[普通合伙人]的商业计划中估计，投资总额中不超过10%将作为储备存入银行账户。 ”申请人辩称，由于出售选择权价格为290,000美元，120,000美元的初始付款和总计90,000美元的分期付款永远不会成为储备账户的对象，因为它们产生的金额（210,000美元）不足以覆盖出售选择权价格。因此，这些付款能够被合伙完全使用。此外，申请人指出，如果所有有限合伙人的初始出资和年度付款均被作为现金储备留存，则附属信贷公司无法发放其已发放的

189

贷款。20

第一，合伙协议规定储备资金应投资于证券和其他金融工具，因此从出资中留存的金额不一定必须是290,000美元。第二，储备条款并未规定从某一有限合伙人出资中扣除的储备必须用于向该同一有限合伙人支付出售选择权价格；从后来合伙人处提取的储备可以设想用于帮助向较早合伙人支付出售选择权价格。

第三，就最终一次性付款290,000美元而言，储备条款可能比就初始付款而言具有更大的意义。该最终付款可能必须在六个月内返还给有限合伙人，且合伙根据第4.04.A(i)条和第4.04.B条负有合同义务，须储备足够资金以履行其290,000美元的赎回义务。21 当然，这是假设合伙协议具有控制力；如果申请人签署的投资协议具有控制力，则资金将立即返还而非六个月后返还。

申请人在其简报中称，1992年一名移民局官员曾向律师提供了一份已获批准的EB-5投资移民申请范本；在口头辩论中，律师补充称，他得到保证，如果他遵循该范本申请，其申请也将获得批准。据申请人称，该案中投资的一百万美元资本“ 将创造用于库存、营运资金、扩张和其他合伙费用的储备，金额为450,000美元。因此，该范本申请确立，在拟投资的1,000,000美元中，有450,000美元，即45%，将作为银行储备留存。 ”

记录中不包含该“ 范本申请 ”的副本，行政上诉单位无法确定该案中的现金储备是强制性的还是非故意的、是临时的还是长期的。此外，一名移民局官员的意见不能使行政上诉单位丧失审查个案的主管权。参见8 C.F.R. § 103.1(f)(3)(iii)。移民局不对投资移民申请进行预先裁决；22 每份申请必须根据其自身案情进行裁决。某一特定申请（未产生先例决定）在1992年移民局对此类案件经验较少时被认为符合资格，这一事实与本案所涉储备条款是否也应被视为符合资格无关

20该信贷公司迄今仅发放了四笔贷款，总额为1,361,000美元。95名先前获批申请人的500,000美元出资将产生47.5百万美元可用于贷款。

21即使六年后申请人选择留在合伙中而非行使其赎回选择权，储备条款仍将阻止资本在两年有条件期间内被置于风险中，正如法规所要求的那样。

22参见8 C.F.R. § 214.2(l)(2)(ii)关于非移民L-1集体申请的规定。

190

临时决定第3360号

本案所涉储备条款是否也应被视为符合资格。

律师在其代表申请人的简报中解释称：

AELP发现，有限合伙协议可能被解释为要求设立储备，以使合伙能够履行其向行使出售选择权的投资者支付出售选择权价格的义务。合伙从未有意要求为此目的维持储备。

因此，他表示，根据第一阶段修订，储备条款此后已被删除。
然而，原合伙协议第4.04.B条的明确措辞清楚规定，普通合伙人“ 应 ”存入足够的储备，以使合伙能够履行其在出售选择权协议项下的义务；对涉及出售选择权条款的引用甚至以粗体显示。很难想象该条款的意图除了要求为此目的设立和维持储备之外还能是什么。关于删除储备条款属于第一阶段修订的主张不能成立；该修订并未使合伙协议与申请人签署的投资协议相一致，且属于对原合伙协议立场的重大变更。它更属于不可接受第二阶段修订的性质。23（参见前文关于合伙协议修订的讨论。）即使现金储备问题仅是拒绝的唯一理由，消除现金储备要求也不能构成本申请获批的基础。

本票的公平市场价值、付款时间表

如8 C.F.R. § 204.6(e)所述，所有资本必须以美元按公平市场价值估值。律师主张，申请人已出资500,000美元，因为他签署了一份500,000美元的本票。在确定本票的公平市场价值时需审查的一个问题是其是否获得充分担保。
根据申请人于1997年10月14日签署的担保本票，申请人的付款义务由其个人资产担保，“ 该等资产在本票附件中列明 ”。该本票不包含任何题为“ 附件 ”的文件，尽管记录中确实包含一份银行账户余额摘要。该摘要未指明该银行

23投资协议对现金储备未作规定。

191

所列账户为该票据提供担保。
摘要及随附的银行对账单证明，截至1997年10月3日，申请人在日本住友银行的账户共包含42,376.70美元；截至1997年10月6日，申请人在日本三和银行的储蓄账户共包含500,558.60美元；截至1997年10月10日，申请人在加利福尼亚州三和银行的支票账户包含70,985.80美元；截至1997年10月14日，申请人在加利福尼亚州南湾银行的账户包含51,500美元。摘要称这些账户合计代表665,421.10美元的资金。24
假设（arguendo）银行账户确实构成期票的担保，申请人并未证明如果申请人违约，AELP如何能够取得海外账户中的资金，也不清楚将涉及何种费用和努力。在缺乏此类信息的情况下，并且缺乏关于日本法律以及美国实体对日本银行账户所设担保权益的可执行性的任何细节，申请人未能证明外国账户中的担保权益具有任何价值。
更重要的是，银行账户中的资金很容易被挥霍。例如，上述账户均不是以AELP为受益人的托管账户或信托账户，因此不存在保证账户中的资金将在申请人有义务按期票付款的整整六年内留在那里的保障。也正因如此，申请人未能证明其期票获得了充分担保。
期票的公允市场价值还取决于票据本身的条款。申请人主张，此处的期票金额为500,000美元，而非380,000美元；他敦促移民局不要将其出资视为120,000美元的首付款，加上总额90,000美元的年度付款，加上290,000美元的期末整付。申请人称，法规允许他已经投资或正在投资所需金额的资本。因此，申请人可以现在支付全部500,000美元，也可以分期支付。他辩称，法规并不要求申请人额外支付以补偿现在支付的钱比以后支付的钱更有价值这一事实。申请人指出，在外籍投资者寻求解除其永久居民身份条件时，他只需证明他“ 实质上 ”遵守了投资要求。申请人

24应当指出，银行余额对应的日期完全不同，且不清楚资金是否在各账户之间转移以及部分资金是否被重复计算。申请人未提供交易记录，且只有一份银行对账单注明了账户开立日期。

主张，通过交付全额500,000美元的已签署期票，他已经完成了全部投资，付款时间表无关紧要。申请人未能证明，如果其期票被视为资本，该期票的公允市场价值等于其500,000美元的面值。应当问的问题是第三方会为申请人的票据支付多少。在真实商业世界中，期票（如抵押贷款）经常被出售并经常被折价；现值始终是相关的。申请人未提交任何证据证明其在六年内付清500,000美元的承诺的公允市场价值。25 事实上，适用计算年金和未来付款公允市场价值的标准公式，五笔18,000美元年度付款加上六年内到期的290,000美元付款加上已完成的120,000美元付款的现值将约为375,000美元，而非500,000美元。26 在某些情况下，本身不构成资本的期票反而可以构成证据，证明申请人正在“ 投资过程中 ”其他资本，例如现金。在这种情况下，8 C.F.R. § 216.6(c)(1)(ii)要求申请人在两年有条件期间结束前实质完成其票据付款。然而，在本案中，期票并非证明申请人正在投资过程中500,000美元现金的证据。如前所述，五笔18,000美元的年度付款由保证年度分配覆盖。290,000美元的期末整付直到两年期间结束后很久才到期。在执行该计划时，移民局有责任确保申请人实际支付所需金额的资金。多年来，移民局观察到期票的条款逐渐变长；例如，AELP最初规定的到期日为四年和五年，而申请人的付款计划（AELP较近期的发展）涉及六年。期票下的付款时间表，无论该票据被用作资本还是作为

25如前所述，实际上并不清楚申请人是否真的有义务在行使其出售选择权之前完成其全部付款。如果申请人可以通过在付款到期时简单地行使其出售选择权来避免支付最后一笔290,000美元，任何票据购买者都不能指望收到这最后一笔付款，并会进一步折价该票据的价值。此外，如前所述，投资协议第2.C条规定，在合伙企业破产（自愿或非自愿）或未能作出其自身任何付款的情况下，申请人没有义务对票据作出任何进一步付款；这进一步降低了期票对第三方购买者的价值。

26如上所述，本案中的票据还会因其他原因被进一步折价，例如缺乏充分担保。

193

投资承诺的证据，与申请人是否善意承诺了所需金额的个人资金这一问题相关。它也与处于风险中并可供创造就业的企业使用的资金金额问题相关。因此，至少期票下到期的几乎所有资金必须在两年内支付，不得有延期条款。27 允许相反做法将导致接纳那些按其投资计划条款将不符合解除永久居民身份条件资格的外籍人士。见8 C.F.R. § 216.6(c)(1)(iii)。
如果本申请获得批准，申请人在寻求解除其永久居民身份条件时，最多将支付其自有资金123,600美元。28 这远低于所需的500,000美元，几乎不能证明资金的善意承诺。如上所述，申请人也未能证明期票获得了充分担保，并且在其他方面具有充分的公允市场价值。

资金来源

8 C.F.R. § 204.6(j)的相关部分规定：

(3) 为证明申请人已经投资或正在积极投资过程中通过合法手段获得的资本，申请必须酌情附有：

(i) 外国商业登记记录；

(ii) 公司、合伙企业（或在任何国家或其行政区划内提交本子部分所述任何申报表的任何其他形式的实体）和个人纳税申报表，包括所得税、特许经营税、财产税（无论是不动产、动产还是无形资产），或由申请人或代表申请人在美国境内或境外任何税务管辖区提交的任何其他类型的五年内纳税申报表；

(iii) 识别任何其他资本来源的证据；或

(iv) 过去十五年内美国境内或境外任何法院涉及针对申请人的金钱判决的任何判决的核证副本，或所有待决政府民事或刑事诉讼、政府行政诉讼以及任何私人民事诉讼（无论是否待决）的证据。

27申请人仍必须证明期票获得了充分担保，且期票具有充分的公允市场价值。

28该法§§ 216A(c)(1)和(d)(2)规定，此类申请必须在申请人作为有条件永久居民入境第二周年之前的90天期间内提交。

临时决定第3360号

尽管记录中包含一封富国银行日期为1997年10月14日的信函，确认收到120,000美元并告知申请人该资金已存入一个托管账户，但记录并未显示这些资金来自何处。尚不清楚该款项是来自申请人的海外账户、其美国账户，还是来自其他来源。由于申请人未记录资金的流转路径，例如通过电汇记录，申请人未能履行其举证责任，证明最初的120,000美元是其自有资金。见Matter of Soffici, 22 I&N Dec. 158 (Comm. 1998)。申请人也未能记录其银行账户中数十万美元的来源。申请人现年30岁，据律师称，他于1993年5月开始其“创业活动”。据称申请人是某公司的总裁，该公司在日本进口和销售复古Levis牛仔裤。

记录中唯一包含的收入证据是来自练马东税务署署长的两份文件。这些文件表明，在1996年6月3日至1997年5月31日的纳税年度，South Bay Trading Japan, Inc.申报了12,674,887日元的公司收入并缴纳了3,992,100日元的税款。律师称，按122日元兑1美元的汇率计算，该公司此期间的应税收入为103,892.52美元。然而，扣除已缴税款后，South Bay Trading的净收入约为71,170美元。

此外，该数字并未说明申请人当年的收入水平，且申请人未提交任何关于其其他年份收入水平的文件。假设申请人将South Bay的全部净收入据为己有，并假设申请人的商业活动在前三年同样成功，并假设申请人没有生活开支，他最多也只能存下不超过300,000美元；律师声称申请人的银行账户中有超过650,000美元。因此，申请人未能满足8 C.F.R. § 204.6(j)(3)的要求。

禁止反言与信赖的考量

在其代表申请人提交的辩护状中，律师提及了他据称曾被保证其客户的申请将获得批准的若干情形。律师称，1992年他获得了一份示范申请，并被告知如果他以相同方式构建其投资结构，其客户的申请将获得批准。

1996年秋，律师会见了“负责移民投资者项目的移民局高级代表”，此人

明确批准了120,000美元首付款选项、在卖权或赎回协议中规定的所有款项支付完毕后可用的六年付款时间表。

195

临时决定#3360

对这些条款中的任何一项所施加的唯一限制是，在投资者支付所有款项之前，不得行使赎回协议。

辩护状第46页。律师在第14页称，“ 此后，移民局信守了其承诺。移民局批准了AELP约95份申请，其中包括超过50份涉及120,000美元首付款选项的申请。 ”然而，单个移民局官员的意见不具有约束力，且如前所述，没有任何移民局官员有权对移民投资者申请进行预先裁决。
律师称，他已向移民局提交了11份不同的合伙计划，且它们完全相同；既然首批申请已获批准，移民局就有义务批准本案所涉申请。律师进一步声称，他曾30多次被承诺，除通过正式规则制定外，不会作出任何“ 变更 ”。律师实际上是在说，其项目的批准是不可复审的，除非有正式的法规文本。少数移民局官员据称表达的意见不能剥夺AAU审查这些案件的监管权力。声称一个机构的知识不能增长，并禁止一个机构从其经验中受益，是不合理的。
申请人主张，1997年12月19日的OGC意见构成了一项规则变更，移民局现正追溯适用该变更，违反了《行政程序法》（“ APA ”）。辩护状第4-7、114-43页；第二补充辩护状第5-12页。然而，该OGC意见并非一项“ 规则 ”。根据APA，规则是一项具有约束力的法律原则，“ 旨在实施、解释或规定法律或政策 ”。5 U.S.C. § 551。正如OGC意见本身所指出的，该意见绝未修改现行法律，而仅旨在为移民局理解多年来就移民投资者申请出现的许多事实问题提供指导。提供此类指导正是OGC的使命，8 C.F.R. § 100.2(a)(1)和103.1(b)(1)对此有明确规定。这些法规并未授予OGC任何确立具有约束力的法律原则或行使任何其他规则制定权的权力。因此，AAU或其他移民局裁决者均不受1997年12月19日OGC意见的约束。AAU对本案的决定完全基于将长期存在的成文法和法规适用于本申请中呈现的事实。
申请人错误地主张，移民局应被禁止认定其投资计划不符合该法第203(b)(5)条及相关法规。最高法院从未支持过这样的主张，即可以禁止政府机构依照法律裁决其面前的案件，例如本案。见Office of Personnel Management v. Richmond, 496 U.S. 414, 422 (1990)。

196

此外，即使禁止反言在此情况下适用于移民局，申请人也完全未能确立其所要求的要素。例如，申请人未显示移民局方面有任何积极的不当行为。
此外，申请人未显示其已不利地依赖移民局官员的任何先前陈述。首先，没有任何依据支持这样的主张，即申请人或其律师“合理”或“有正当理由”地相信律师与任何移民局官员之间的非正式讨论可以可接受地替代适用于投资者签证申请提交和裁决的正常规则。基本的移民法规定，获得移民投资者类别资格认定的唯一方式是向移民局提交申请。见第204(a)(1)(F)条；8 C.F.R. § 2.1和204.6(a)。此外，移民局只有在“[对每起案件的事实进行调查]后”作出正式裁决，认定该外国人符合所寻求类别的资格，方可批准申请，该法第204(b)条。
此外，即使申请人能够确立合理信赖，他也未显示其已因此受损。例如，根据投资计划，申请人仅在签证申请获批后才有义务支付所需投资。辩护状第29页。

申请人未确立新的商业企业

8 C.F.R. § 204.6(h)规定，新的商业企业的设立可以包括：

(1) 创建一家原创企业；

(2) 购买一家现有企业并同时或随后进行重组或整顿，从而产生一家新的商业企业；或

(3) 通过投入所需金额扩张一家现有企业，从而使净资产或雇员人数因资本投入而发生重大变化。重大变化是指净资产或雇员人数增加40%，使新的净资产或雇员人数至少达到扩张前净资产或雇员人数的140%。以此方式设立新的商业企业并不免除申请人遵守8 C.F.R. § 204.6(j)(2)和(3)关于所需资本投资金额及为十名合格雇员创造全职就业的要求。在对陷入困境的企业进行资本投资的情况下，就业创造可以满足8 C.F.R. § 204.6(j)(4)(ii)规定的标准。

8 C.F.R. § 204.6(e)规定：

陷入困境的企业是指已存在至少两年的企业，

197

临时决定#3360

在外国企业家I-526表优先日期之前的十二个月或二十四个月期间，为会计目的（根据公认会计原则确定）发生了净亏损，且该期间的亏损至少等于该陷入困境的企业在此类亏损之前的净资产的20%。为确定陷入困境的企业是否已存在两年，该陷入困境企业的权益继受人将被视为与其所继受的企业存在相同的时间。

根据该法第203(b)(5)(A)(i)条的明文规定，申请人必须证明其寻求进入美国是为了从事其已设立的新商业企业。正如律师所主张的，此处的争议新商业企业是AELP。然而，AELP设立于1996年3月25日。申请人于1997年10月14日签署了各项合伙文件。申请人在I-526表格第4部分未说明其以何种方式创建了一个新企业。
虽然AELP是一个新商业企业，因为其成立于1990年11月29日之后，但申请人并未参与其创建，且在其成立时并不在场。29 因此，申请人必须证明其将对AELP进行重组或重整，达到产生一个新企业的程度，或者其必须证明将把AELP的净资产或雇员人数扩大40%，或者其必须证明AELP属于上文所定义的困难企业。

在申请人签署投资协议之前，AELP是一个持续经营的企业，且其打算以目前的形式继续经营；因此，申请人未能证明所要求的重组或重整。正如申请人在多个场合所指出的，此前已有95名投资者就AELP获得批准。按其主张的表面价值采信，并假设全部95名投资者均已作出500,000美元的资本投资，本申请人以单笔500,000美元的“ 投资 ”不可能将AELP扩大40%。最后，申请人未提交证据表明AELP遭受了8 C.F.R. § 204.6(e)所规定的净资产损失程度，从而符合困难企业的资格；此外，在申请人签署投资协议之前，AELP的存在时间未满至少两年。
AAU认识到，移民局此前曾批准过涉及有限合伙人于不同时间段加入合伙企业的计划的申请。然而，经验表明，其中一些汇集

29或许可以辩称，有限合伙证书的提交日期并非AELP的创建日期，AELP仍处于创建过程中，因此申请人是AELP原始创建的一部分。若如此，则申请提交过早；该法要求申请人已经“ 设立 ”了该商业企业。如果一项商业目的的实现建立在成功吸引未指明的未来投资者之上，那将过于推测性。

198

安排正被用来规避国会规定的设立要求。
申请人未能证明其已按照该法第203(b)(5)(A)(i)条的要求设立了一个新商业企业。

该计划不符合创造就业的要求

8 C.F.R. § 204.6(j)(4)(i)规定：

为证明一个新商业企业将为合格雇员创造不少于10个全职岗位，申请必须附有：

(A) 由相关税务记录、I-9表格或类似文件的复印件组成的文件材料，涉及10名合格雇员，前提是此类雇员已在新商业企业设立后受雇；或

(B) 一份全面商业计划的副本，表明由于新商业企业的性质和预计规模，将在未来两年内产生不少于10名合格雇员的需求，包括大致日期，以及此类雇员将于何时受雇。

8 C.F.R. § 204.6(g)涉及多个投资者，相关部分规定：

(1) 新商业企业的设立可以由一名以上投资者作为外国人企业家分类申请的依据，前提是每名提出申请的投资者已投资或正在积极投资新商业企业主要营业地所在地区所要求的金额，且前提是每项个人投资至少创造10个全职雇员。

(2) 为合格雇员创造的全职岗位总数应仅分配给那些以新商业企业的设立作为I-526表格申请依据的外国人企业家。无需在未寻求该法第203(b)(5)条项下分类的人员之间或在外国的或本国的非自然人之间进行分配。移民局应承认外国人企业家之间就此类合格岗位的识别和分配达成的任何合理协议。

如前所述，申请人未能证明附属信贷公司过去曾向位于区域中心地理限制范围内的出口相关企业发放贷款。同样，信贷公司的贷款前景似乎不涉及地理限制范围内的企业。没有理由相信本申请人的资金将被贷给该地理区域内的企业。因此，其必须证明直接创造就业。

199

临时决定第3360号

申请人未能证明AELP已经或将会雇用足够数量的雇员，以便为此前已获批准的95名申请人中的每一名以及本申请人和其余64名案件尚未裁决的申请人各分配10个全职岗位。

结论

律师在其简报中称，“ 移民局应当批准移民投资者申请，而不是拒绝它们。移民局应当宽松、慷慨地解释法律和法规，以实现[这一]国会目的。 ”
他提交的统计数据显示，在可供使用的签证总数中，仅使用了6%。律师认为该类别利用不足这一事实无关紧要。外国人企业家分类面向的是一种特殊类型的人，尽管国会确定了随机数字，但既具备财力又具备创业精神的人寥寥无几，这并不令人意外。移民局不会仅仅为了“ 填满 ”数字而掏空法规的含义或法律的实质。EB-5计划成功或失败的衡量标准不是获批申请的数量；而是实现适当合规和作出真实投资的程度。
律师继续称，“ 未能合规对移民局产生了不利影响，因为其未能向那些试图合规的人妥善传达合规所必需的事项。 ”上述决定应当为合规所必需的事项提供一些指引。
在这些程序中，举证责任完全由申请人承担。该法第291条，8 U.S.C. § 1361。申请人未能满足该举证责任。因此，申请被拒绝。
命令：主任的决定予以维持。申请被拒绝。

200