



移动营销中的游戏化及其规制研究

——基于行为经济学的视角

李 宣

摘要:经营者在移动营销中运用游戏化的现象越来越普遍,因游戏化产生的电商纠纷日益增多,而该问题却被长期忽视。在云计算、大数据等技术优势使经营者与消费者之间的信息处于极度不对称的环境下,移动营销游戏化利用了人的心理弱点和认知偏差,以诱导和潜意识操纵的方式对消费者行为施加影响,侵害了消费者权益,应受到公权规制。但现有法律制度对该领域的规制存在缺失,应从规范体系重构、信息工具规制和认知偏差纠正三方面构建规制路径。

关键词:移动营销;游戏化;行为经济学;认知偏差;规制路径

DOI: 10.13734/j.cnki.1000-5315.2023.0415

收稿日期:2023-01-28

基金项目:本文系国家社会科学基金青年项目“共享经济法律规制的司法路径研究”(19CFX065)的阶段性成果。

作者简介:李宣,男,河南信阳人,深圳大学中国经济特区研究中心博士研究生,E-mail: 58556108@qq.com。

一 问题的提出

2022 年的政府工作报告首次将“完善数字经济治理”^①写入其中,凸显出当前解决该问题的紧迫性。尽管一系列针对数字经济的规范性文件的密集出台在一定程度上遏制了数字经济乱象的频发,然而某些具有侵害性质的商业行为依然“逃遁”于规制体系之外。游戏化(Gamification)是在非游戏产品或服务环境中,使用游戏设计元素来增加用户的参与度,并促成特定行为的发生^②。移动营销(Mobile marketing)是指“通过使用移动媒介、设备或技术进行公司与其客户之间双向或多向的交流和促销”^③。经营者在移动营销中运用游戏化的现象越来越普遍。2014—2020 年,我国手机购物用户规模占网络购物用户规模的比例由 65.3%增至 99.8%^④,互联网广告的移动端占比已接近 90%^⑤。不同于以往营销场景多样性导致的营销分散化,移动设备的便携和功能丰富等特性将人们的日常注意力聚集于一处,从而使移动营销成为主流营销模式。各购物类 app 越来越倾向于添加签到、积分、抽奖等游戏元素,如淘宝 app 中的芭芭农场、火爆连连消等,京东 app 中的金果摇钱树、东东萌宠等。究其原因,一方面,实证研究证实在营销中融入游戏元素有助于带给消费者愉悦感,增强其参与体验,提升其购买意愿^⑥;另一方面,资本市场对互联网公司估值的衡量标准除了营收和利润,主要体现在用户数、用户在线时长和用

① 李克强《政府工作报告——2022 年 3 月 5 日在第十三届全国人民代表大会第五次会议上》,《中华人民共和国国务院公报》2022 年第 8 号,第 12 页。

② Jorge Simões, Rebeca D. Redondo, Ana F. Vilas, “A Social Gamification Framework for a K-6 Learning Platform,” *Computers in Human Behavior* 29, no.2 (February 2013): 345-353.

③ Venkatesh Shankar, Sridhar Balasubramanian, “Mobile Marketing: A Synthesis and Prognosis,” *Journal of Interactive Marketing* 23, no.2 (May 2009): 118-129.

④ 根据第 37、38、40、45、46、47 次《中国互联网络发展状况统计报告》的数据计算得出。

⑤ QuestMobile《2020 中国互联网广告报告:移动端占比已接近 90%》,钛媒体网站,2020 年 4 月 28 日发布,2023 年 2 月 25 日访问,https://www.tmtpost.com/4337957.html。

⑥ 靳闵、王全胜《游戏元素对消费者参与行为影响的研究述评与展望》,《北京工商大学学报(社会科学版)》2019 年第 4 期,第 50 页。

户活跃度,而游戏化能吸引用户在 app 上花更多时间,并通过互动来提高活跃度。

游戏化对消费者权益是否具有侵害性?从表面上看,游戏化作为增加消费乐趣的工具,似乎并不涉及利益冲突。从效用论角度看,消费者“无论是否购买商品,他都被这种(游戏)体验吸引,并获得乐趣”^①,由此游戏化带给消费者的效用无论如何都是正的,也就不存在利益受损一说。但近年来因游戏化产生的电商纠纷屡见不鲜。如2021年上海律师刘宇航参与拼多多的“砍价免费拿”游戏,因付出诸多努力都无法推进最后0.9%的进度条,从而无法获得游戏规则承诺的奖品,愤而以拼多多涉嫌欺诈为由提起诉讼。再如2021年双十一期间,淘宝 app 的热门游戏“喵糖总动员”因奖品过期太快、无法兑换、游戏规则不明确等问题引发集体投诉^②。

为评估游戏化对消费者权益是否具有侵害性,笔者拟以行为经济学为视角对移动营销中的游戏化进行研究。这是因为:第一,游戏化在表现上常被识别为无害行为,只有立足行为经济学视角才能看清其对人心心理施加影响的内在机制;第二,行为经济学将心理学、神经科学与经济理论有机结合,修正了主流经济学关于理性经济人、完全信息等基本假设的缺陷,对行为决策和选择的解释力更强^③。随着行为经济学家 Kahneman 与 Thaler 相继获得诺贝尔经济学奖,行为经济学在经济与政策分析中的应用范围愈广,权威性也愈高。

二 行为经济学视角下的移动营销游戏化

(一)移动营销游戏化的表现形式:H5 游戏

在 app 中添加、设置和操纵 H5 游戏是经营者实施游戏化的主要方式。H5 游戏是一种基于 JavaScript/TypeScript 编程语言和 Egret 引擎开发的 Web 类型游戏^④,具有以下特点:第一,H5 游戏无需安装,随点随玩,能极大降低用户点击试玩的摩擦成本和进入诱导环节的起点门槛;第二,H5 游戏代码可打包成 Runtime 版本,该版本可独立模块化运作于主程序,使游戏更新与置换变得极其便利;第三,H5 游戏开发成本低,兼容性强,一套代码可通用于所有平台和设备;第四,H5 游戏社交性极强,可在社交平台迅速扩散;第五,成熟的 Egret 引擎具有开放的游戏运营平台,不仅能便利地操控游戏中各类逻辑函数关系和属性参数,还提供大量易用的应用程序接口来对接各项游戏参数与主程序参数。根据主流 app 中的游戏,H5 游戏的大致分类如表 1 所示。

表 1 H5 游戏的分类

游戏类型	描述	举例	目的
签到类	吸引用户每日登录签到以获得累积奖励	签到领淘金币(淘宝)、领京豆(京东)	增强用户活跃度
养成类	用户培养虚拟对象(宠物或果树)以获得成果奖励和满足感	芭芭农场(淘宝)、多多果园(拼多多)、宠汪汪(京东)	增强用户活跃度 增加用户在线时长 扩大用户数 促成购买行为
抽奖类	通过转盘、抽卡片等方式获取虚拟货币、积分或优惠券	福利转盘(京东)、摇现金(拼多多)、直播抽奖(淘宝)	增强用户活跃度 促成购买行为
装扮类	用户为自己设计虚拟形象并进行装扮	淘宝人生、QQ 秀	增强用户活跃度 增加用户在线时长 扩大用户数
任务类	通过完成任务晋级来获得虚拟货币、积分或优惠券	组队寻宝(拼多多)、集五福(淘宝)、集猫分现金(滴滴)	增强用户活跃度 扩大用户数 促成购买行为
益智类	通过玩不费脑的休闲小游戏赢取虚拟货币、积分或优惠券	多多爱消除(拼多多)、省钱消消消(淘宝)、打地鼠(美团)	增强用户活跃度 增加用户在线时长 促成购买行为

^① Andrea S. Thorpe, Stephen Roper, “The Ethics of Gamification in a Marketing Context,” *Journal of Business Ethics* 155, no. 2 (March 2019): 597-609.

^② 《10月黑猫投诉综合电商领域红黑榜——淘宝喵糖活动问题多》,黑猫投诉网,2021年11月4日发布,2023年2月25日访问,https://ah.tousu.sina.com.cn/articles/view/177486/。

^③ 应飞虎、李宣《行为经济学促进守法的机理与路径》,《深圳大学学报(人文社会科学版)》2021年第6期,第95页。

^④ 辛子俊、林雪莹《HTML5 游戏开发技术——Egret Engine》,中国水利水电出版社2017年版,第1页。

(二)移动营销游戏化设计的行为经济学原理

行为经济学运用心理学与神经科学来研究人的决策行为。立足该视角,可剖析出游戏化设计中运用的行为经济学原理。

1.人爱玩游戏的天性

爱玩游戏是人作为动物的原始天性,这种对娱乐的偏好深深刻在人的大脑中。正电子发射型计算机断层显像(Positron Emission Computed Tomography,简称PET)扫描证实,人在玩游戏时大脑纹状体会分泌多巴胺,利用大脑奖赏机制使人愉悦,另一种神经递质血清素则强化人脑中该游戏等同于快乐的印象。选用游戏“攻陷”人的大脑是因为:一方面电商经营者作为互联网企业,对游戏设计与编写轻车熟路;另一方面,不同于其他多巴胺刺激渠道(毒品和性),游戏合法且易被各阶层的人接受。

2.人类认知信息加工模式与心理捷径

双重加工理论表明,人类认知的信息加工模式有两种:一种是启动式的、无意识的、对脑力运算要求不高的系统1;另一种是理性的、有意识的、需一定思维过程的系统2。大脑根据信息处理任务不同对两者进行分工。系统1依赖心理捷径(Mental shortcut)和启发式(Heuristic),更易产生认知偏差和错误判断^①。如何促使消费者多采用系统1是游戏化设计的重点。触发大脑选取系统1的首要条件是人对所接收信息的熟悉度很高或自认为很高,这样就不会引起理性的系统2介入。因此,经营者常采用易上手的简单游戏,使用户一玩就会。一方面,降低玩游戏的摩擦成本,让用户尽快熟悉游戏以防止系统2参与;另一方面,在用户惯于以系统1思考的游戏中大肆设置与己有利的诱导机制与隐形条款。情绪是诱发系统1的另一重要因素。在强烈的情绪中,人更倾向于以一种绝对的、自我的、缺乏反省的和以行动为导向的方式思考^②,即采用谬误更多的系统1决策。游戏恰恰提供了强烈刺激情绪的环境,在游戏中大脑会被赢、输、获奖、破纪录等信息刺激,产生强烈的兴奋、好奇、恐惧、失望等情绪。

3.损失厌恶与禀赋效应

损失厌恶由Kahneman和Tversky提出,指人对损失的反应强于对同样数量收益的反应^③,面对同样数量的损失和收益时,损失带来的负面情绪强度是收益带来的正面情绪强度的两倍。损失厌恶很好地解释了禀赋效应这一现象,即人对所拥有物品的重视程度高于自己不拥有的同一物品^④,对同一物品的得而复失比从未获得的体验更让人难受。损失厌恶在游戏化中的运用逻辑可归纳为:先赋予消费者某种福利,再通过附条件剥夺给消费者心理制造难受感或压力,最后迫使消费者按经营者意愿行事。典型例子是将游戏奖励设为仅可用于购物抵扣的积分、金币或优惠券并附加兑换限制条件(有效期、最低消费或限定商品),来迫使消费者购买其指定商品。由于需投入大量时间精力才能获得游戏奖励,出于损失厌恶心理,消费者通常会按经营者要求进行消费,即使该消费并非其理性所需。

4.人的社会性

人是社会性动物,人的许多行为并非独立做出,而是深受所在环境中其他人的影响^⑤。众多行为科学家的从众实验证实了社会规范对行为塑造的强大影响力。该影响力一方面来源于人对心理捷径的惯用,即人普遍认为大多数人的做法是正确的;另一方面,同侪压力迫使人随大流以免遭排挤或非议。在游戏化中利用人的社会性通常通过以下途径:第一,弹屏告知消费者“大多人都这么做”,并在下方显示“这么做”的链接;第二,在游戏中加入社交元素,如农场游戏的互相浇水、偷菜,益智游戏的比分、PK、排名等;第三,在用户中安插“托儿”进行引导,通过后台数据操作将“托儿”打造成权威人士,使之在用户群体中具有影响力,并通过制造话题引发情绪来诱导用户

^①Amos Tversky, Daniel Kahneman, "Judgment Under Uncertainty: Heuristics and Biases," *Science* 185, no. 4157 (September 1974): 1124-1131.

^②Seymour Epstein, "Integration of the Cognitive and the Psychodynamic Unconscious," *American Psychologist* 49, no. 8 (August 1994): 709.

^③Daniel Kahneman, Amos Tversky, "Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk," *Econometrica* 47, no. 2 (March 1979): 263-291.

^④Daniel Kahneman, Jack L. Knetsch, Richard H. Thaler, "Experimental Tests of the Endowment Effect and the Coase Theorem," *Journal of Political Economy* 98, no. 6 (February 1990): 1325-1348.

^⑤罗伯特·西奥迪尼《影响力》,陈叙译,中国人民大学出版社2006年版,第150页。

行为。

5.心理账户

心理账户描述了个人与家庭用来组织、评估和跟踪财务活动的一系列认知操作^①。根据该原理,人会在心理上将收入和支出归入不同类别,如收入分为辛苦所得、意外之财等,开支分为食品开支、居住开支等。人对不同类别中货币价值的主观感受不同,如5折抢购2000元的手机(节省1000元)比购房砍价5000元(节省5000元)得到的满足感更大,工资涨100元觉得少,微信红包抢到10元却觉得红包很大。利用该原理,经营者在消费者心理上创建游戏收获账户,并通过锚定点设定,使原本在正常消费中消费者不屑一顾的几分钱在游戏中变得极具价值。这种心理机制驱使消费者醉心于各种“薅羊毛”活动,为几分钱奖励乐此不疲,从而降低利用游戏化进行营销的成本。

6.感官认知偏差

人通过感官认知世界,其中眼睛获取了80%的信息。人通过眼睛获取信息有特定习惯,如在繁杂信息环境中,人眼倾向于捕获变化快、差异大及与己有关的信息。大脑对视觉信息的处理通常采取“下意识推理”,即无意识地根据以往经验对外界的可能性进行推断^②。因此,不同信息呈现方式对人心理的影响迥异。如在游戏选项按钮设计上,经营者常采用讨喜的颜色或动态发光效果来设计于己有利的按钮,而使于己不利的按钮尽量显得平淡无奇。这种极具差异感的设计会诱使用户本能地点击对经营者有利的按钮。利用视觉认知偏差的另一惯用伎俩,是在宣传中用超大字号展示不切实际的优惠或福利以营造震撼感,而将限制条件用小字号置于角落。这种大小字号搭配除了对人的认知心理造成同字号宣传所不具备的影响外,还可规避关于虚假宣传的指责和法律责任。

(三)移动营销游戏化的运作过程

游戏化的运作过程是一个动态循环过程,从最开始的游戏设计到吸引用户参与,再到各心理机制发挥作用促成消费者的行为,最后根据目标评估游戏化的效果,修正不足后再投入下一环节的运作(见图1)。

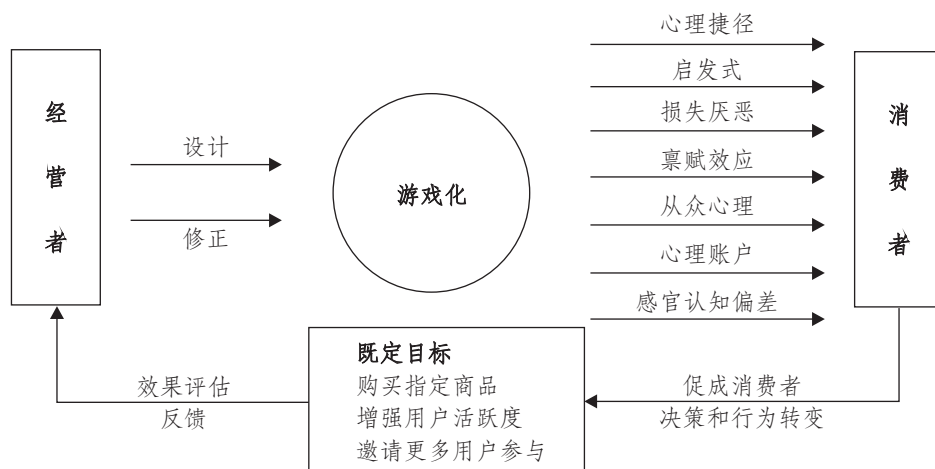


图1 移动营销游戏化的运作过程

1.游戏设计环节

为达到商业目的,经营者首先对游戏进行精心设计,在游戏类型选择、流行性、游戏架构与元素设置、游戏如何与消费系统对接等方面进行周密考量,确保游戏在心理诱导和行为促成方面的有效性。

2.吸引用户参与环节

游戏设计开发完后,首先需吸引足够多的用户参与游戏。吸引因素通常有两种:一是利诱,即宣称可让用户从游戏中获得经济利益;二是新奇,即游戏能满足用户的新鲜感。具体操作通常为在app界面弹出精心设计的游戏引导画面,或将游戏模块置于app主界面显眼处并在其图标标识出“免费领××”或“提现××元”等字样。在此环节视觉认知偏差发挥主要作用。当吸引了首批用户后,再利用人的社会性扩大游戏参与群体,即通过通讯录

^①Richard H. Thaler, “Mental Accounting Matters,” *Journal of Behavioral Decision Making* 12, no.3 (July 1999): 183-206.

^②大卫·伊格曼《隐藏的自我——大脑的秘密生活》,唐璐译,湖南科学技术出版社2013年版,第29页。

权限获取、一键分享和互动交流等方式让用户的游戏行为为其亲朋好友知悉,进而也被吸引并参与游戏。

当用户被成功吸引进入游戏后,一个指明灯式的向导程序会引导用户快速了解游戏界面和规则,用户甚至无需费脑阅读游戏规则即可学会玩法。这种设置一是为避免用户因学习成本高而放弃游戏,二是让用户惯用信息加工模式系统 1 来处理游戏信息。接着,游戏的奖励体系会在用户大脑中设立游戏的心理账户,以对游戏奖励价值进行主观评估。为了以较低成本拔高用户心理账户里的游戏奖励价值,经营者对游戏奖励体系进行设计。一方面,将奖励计算单位非真实货币化,以积分、金币、果实为奖励来模糊奖励价值与真实货币价值的差距;另一方面,奖励换算货币价值尽量复杂化,以换购或抵扣方式承兑奖励,有些奖励甚至须经多重换算才得以承兑^①。这些设计使人无法在短时间内衡量玩游戏的成本收益。游戏通常设置得容易玩,即使遇到困难也会得到迅速化解^②。这可以培养用户大脑信息加工模式系统 1 的处理习惯,还可避免用户因产生挫败感而离开游戏。有些游戏模拟转盘、骰子等赌具,让人误认为与物理赌具一样输赢由概率决定,但实际上这些是后台可精确控制的数字程序。有些游戏奖励模式设计为需频繁登录,如签到游戏,用户固定时间段签到可获得累进收益,若中断一次则前功尽弃;还有偷菜游戏,如不在果蔬成熟后及时收取则会被偷等。

3.行为促成环节

用户沉浸于游戏的同时,行为促成机制开始发挥作用。所要促成的行为包括消费指定商品、定期登录 app、邀请新用户等。以消费诱导为例,较直接的做法是在游戏界面展示商品信息和购买链接,对人的视觉潜意识认知进行潜移默化的影响。此外,还以游戏道具奖励的形式激励用户浏览或购买商品,如多多果园中的水滴是培育果树的重要道具,用户可通过浏览或购买指定商品来获取水滴,不少用户为获胜进行了这种非理性购买。最有效的诱导方法是将游戏奖励与商品购买挂钩,通常游戏奖励并不能直接兑换为现金,而需结合商品购买,以折扣、抵扣或返现的形式兑现。这样可激发损失厌恶心理,尤其是用户对游戏投入大量时间精力的情况下,因为不购买就意味着自己辛苦劳动所得将遭到损失或浪费。

4.效果评估与反馈环节

游戏上线一段时间后,经营者会定期分析相关数据,如游戏运作成本、所带来的新增用户数和新增消费等,以评估游戏效果,对不符合预期目标的游戏进行修正再投入或作下线处理。相较经营者具备的大数据算法优势,消费者非但无法核算自己在游戏中的成本收益,反而因凭感觉行事而遭到经营者的诱导和潜意识操纵。因此,亟须公权规制介入来弥补市场主体之间的势力不平衡,维持市场机制有效运转,促进中国特色社会主义市场经济的稳定发展。

三 移动营销游戏化规制的必要性

(一)移动营销游戏化的隐蔽侵害性

游戏化作为一种工具,其本身并非“恶”的,如运用得当,还可产生正面效果,如在教育中应用游戏化能产生良好的激励效果。随着移动端用户数的指数级增长,移动端服务生态日趋完善,人们对移动设备的依赖性增强。云计算、大数据等技术使经营者与消费者之间的信息极度不对称。具有技术优势的经营者,在游戏化中利用了人的心理弱点和认知偏差,以诱导和潜意识操纵的方式对消费者行为施加影响,这不仅给经营者带来巨大的经济利益,还通过上瘾机制牢牢“粘”住消费者的注意力,耗费其大量时间和精力,造成较大的社会成本。因此,本应主动弥合与消费者之间的信息差距以防止市场失灵,为谋求自身利益,通过游戏化对消费者的认知偏差加以利用,罔顾消费者的自主决策权和社会整体利益,使原本可用于“善”的游戏化偏离正常轨道,造成对消费者权益和社会整体利益的侵害。由于游戏化以不为人感知的隐蔽方式作用于人的心理,其导致的侵害具有隐蔽性。

(二)相关法律制度的缺失

利用游戏化进行营销本应受到公权规制,但现有法律制度对此领域的规制存在缺失。

1.消费者权益保护法及相关制度。2013年,《消费者权益保护法》第二次修正案首次对网购进行覆盖,但对营销行为,特别是利用认知偏差的游戏化并没有涉及。其第三章“经营者的义务”中,更多的是就商品质量和信息披露规定经营者应尽的义务。对消费者权益受损和救济渠道的规定,也仅限于因商品质量导致的受损,没有涉及诱

^①如金果摇钱树,用户收获的金果需以 8000 : 0.01 比率兑换成金贴,再以 1 : 1 比率参照人民币用于购物抵扣。

^②如消消乐游戏,每当用户因找不到可消砖块而迟疑三秒,便会出现提示,提醒用户该点哪里才能继续游戏。

导性营销对消费者权益的损害。唯一有所涉及的是一些原则性规范,如公平交易、不得强制交易^①等。这种宽泛规定在实际规制中较难发挥作用。此外,《侵害消费者权益行为处罚办法》、《消费者权益保护法实施条例》与一些地方性法规也均未涉及关于游戏化的规范。

2. 电子商务法及相关制度。《电子商务法》较为深入地规范了电商营销行为,如第十七条、第十八条和第十九条分别对商业宣传、搜索结果呈现、广告发送和搭售行为进行规范,但这些条文仅粗略规定不得欺骗和误导消费者,并没有阐明欺骗和误导的具体详情。2021年出台的《网络交易监督管理办法》对《电子商务法》进行了重要补充,不仅详细说明了欺骗和误导消费者的方式,还作出经营者在评价展示、商业信息发送、搭售、自动续费、社交与直播、条款信息展示中应以显著方式告知信息的基于心理学考虑的规定^②,但遗憾的是该办法没有触及对认知偏差与潜意识营销的规制。

3. 广告法及相关制度。游戏化与广告有一定相似性,如两者都为了促进消费者购买,两者都能够运用潜意识技术,即一种在人的有意识感知阈值之下促成人的心理行为改变的心理技术。因此,在尚未建立起游戏化规制体系前,可以禁止潜意识技术运用为由,将游戏化纳入《广告法》的规制范围。但我国《广告法》、《广告法实施条例》与《广告管理条例》等都没有涉及潜意识技术。

4. 价格法及相关制度。利用游戏化进行营销常配合价格策略,即以游戏奖励诱导消费者购买时,对商品价格进行不同于常态的策略性调整来获取最大消费者剩余。尽管《价格法》禁止误解性价格手段和价格歧视^③,但并没有进一步阐明误解性价格与价格歧视的内涵及与合法动态定价的界限。本应作详细补充说明的《价格管理条例》也没有提到禁止性价格行为。部分地方性法规对价格欺诈行为进行了详细说明^④,但其效力受限于电商经营的范围。

(三) 移动营销游戏化的伦理分析

商业伦理是企业在与利益相关者互动的过程中所形成的一套关于如何使行为更好地与道德规范相匹配的标准与规则^⑤。在营销领域,企业的商业伦理体现在其营销行为是否造成对诚实、责任、公平、隐私、透明等价值的损害^⑥。游戏化作为一种营销工具,其运用应符合基本的营销伦理规范。

西方学界对伦理的评判有结果论(Consequentialism)和义务论(Deontology)两个派别。结果论主张通过检验预计的最终后果来判断行为是否道德^⑦,而义务论关注动机、手段和方式中蕴含的价值^⑧。从结果论看,经营者实施游戏化可能导致的结果是消费者的非理性消费增多而经营者的销售额上涨,消费者的注意力和时间精力被掠夺而经营者却因增加的用户活跃时长获得更高的资本市场估值。在此结果中,利益受损的消费者是大多数,而利益增加的经营者及其投资者是少数。这个结果显然与“最大多数人的最大幸福”的善恶观不符。从义务论看,经营者运用游戏化的动机是激发消费者的认知偏差来满足自身利益,并未充分考虑消费者的利益,这种损人利己的动机本就是不道德的;其实现手段是利用认知偏差对消费者行为实施诱导和操纵,这种乘人之危的手段也是不道德的。因此,无论从结果论还是义务论看,游戏化营销均缺乏伦理考量。

因实证数据匮乏,国内外均未能发展出一套专门的游戏化伦理准则^⑨。在Kim与Webach的游戏化伦理分析框架中,实施游戏化应进行四项审视来判断是否符合伦理,其中审视2可被理解为审视游戏化会否操纵消费者行为,侵犯其自治权^⑩。心理学的操纵是“一方通过一系列具有预期效果的事来故意使另一方按自己意愿行事,而

①《中华人民共和国消费者权益保护法》第四条、第十条和第十六条。

②国家市场监督管理总局《网络交易监督管理办法》第十四条、第十六条、第十七条、第十八条、第二十条、第二十一条。

③《中华人民共和国价格法》第十四条第四款、第五款。

④如《江苏省价格条例》第十四条、《浙江省价格条例》第八条、《陕西省价格条例》第十三条等。

⑤莫申江、王重鸣《国外商业伦理研究回顾与展望》,《外国经济与管理》2009年第7期,第18页。

⑥American Marketing Association, “AMA Statement of Ethics,” AMA Website, <https://www.ama.org/ama-statement-of-ethics/>.

⑦边沁《道德与立法原理导论》,时殷弘译,商务印书馆2000年版,第59页。

⑧伊曼努尔·康德《道德形而上学奠基》,杨云飞译,人民出版社2013年版,第22—23页。

⑨致力于游戏化研究、教育与合作的非营利组织Engagement Alliance于2012年发布了游戏化伦理准则The Code of Gamification Ethics,但由于内容松散宽泛,未能被业界认可。

⑩Tae Wan Kim, Kevin Werbach, “More than Just a Game: Ethical Issues in Gamification,” *Ethics and Information Technology* 18, no. 2 (May 2016): 157-173.

被操纵者不知该因果机制”^①。经营者吸引消费者参与游戏来影响其行为,尽管消费者知道他们在参与游戏,但并没有意识到游戏背后的一系列心理机制设计会对其决策行为造成影响。从这个层面看,游戏化对消费者行为具有一定潜意识操纵能力。潜意识信息植入(Subliminal messaging)已被实证研究证实可有效操纵消费者行为。针对这种担忧,越来越多的国家开始对潜意识技术的运用进行规制,如英国的《非广播电视广告、促销和直销准则》附录2中规定“不得使用潜意识信息植入技术”^②,澳大利亚的《广播服务法案1992》第123节规定“广播不得使用潜意识技术,通过低于正常意识阈值的过程来传达信息”^③。

综上,移动营销游戏化利用人的心理弱点和认知偏差进行诱导和潜意识操纵,破坏了市场中的诚信、自治、透明等价值,存在一定伦理失范,因此有必要对其进行规制。

四 对移动营销游戏化规制路径的建议

目前,世界范围内尚没有一套完善的针对移动营销游戏化的规制体系。国外的做法主要有两种:一种是套用现有法律中贴近的条款或原则性规范,如英国、澳大利亚的广播广告法禁止使用潜意识信息植入技术,再如英国的营销与广告法律框架要求“所有营销与广告活动必须合法、诚实并具社会责任”^④;另一种是通过社会组织规范,如美国市场营销协会和交互参与联盟分别在自身领域发布行为准则指导,由企业自行遵守,这种松散监管更强调企业的自律。本文认为,可从规范体系重构、信息工具规制和认知偏差纠正三方面构建移动营销游戏化的规制路径。

(一)规范体系重构:现有相关法律的改进

1.游戏化的法律地位探讨

游戏化是否一种广告行为?实施游戏化是否属于不正当竞争?游戏化诱导消费者的过程是否存在欺诈?探究这些问题关乎重构规范体系的路径选择。

游戏化在某些情境中可被视为广告行为。广告是经营者通过一定媒介和形式直接或者间接地介绍自己所推销的商品或者服务的商业广告活动^⑤,实施游戏化的目的之一正是为了推销商品,游戏化可被视为达成这一目的的媒介。但游戏化的范围远大于广告,除了推销商品,游戏化还用于粘住用户注意力,以及利用用户的时间、精力和社交圈获益。因此,在与购买行为有关的特定案例中可适用《广告法》来规制游戏化,而在与购买行为无关的案例中难以适用《广告法》。从表现形式看,实施游戏化也属不正当竞争,因为经营者为获得竞争优势,以游戏化这种非正当手段“扰乱市场竞争秩序,损害了其他经营者或消费者的合法权益”^⑥。当游戏化中使用虚假信息则会使用游戏化蕴含欺诈成分^⑦,可受制于《民法典》第一百四十八条规定^⑧;当游戏化未使用虚假信息而仅仅利用人的认知偏差,则不应定性为欺诈。

因包含因素过多,游戏化更适合被总体归类为营销行为。我国并未针对营销行为制定专门的营销法,对营销行为的规制散见于各类经济法。而涉及经营者与消费者之间的营销行为的经济法仅有《广告法》、《不正当竞争法》和《消费者权益保护法》,还有专用于电商领域的《电子商务法》。鉴于我国移动网购尚处于蓬勃发展期,很多复杂的法律关系尚未明了,本文建议现阶段可先通过改进现有法律来规制游戏化,待移动网购的发展呈现一定规律性,再探索如何制定专门法律规范互联网营销。

2.相关法律的改进策略

① Alan Strudler, “Deception Unraveled,” *The Journal of Philosophy* 102, no.9 (September 2005): 458-473.

② Committee of Advertising Practice(CAP), “The CAP Code: The UK Code of Non-broadcast Advertising and Direct & Promotional Marketing,” The Advertising Standards Authority Website, <https://www.asa.org.uk/uploads/assets/47eb51e7-028d-4509-ab3c0f4822c9a3c4/b721618e-3c2c-438d-8024411970aa2c75/The-Cap-code.pdf>.

③ Australian Government, “Broadcasting Services Act 1992-Sect 123,” Australian Government Website, March 2, 2022, <https://www.legislation.gov.au/Details/C2021C00042>.

④ UK Government, “Marketing and Advertising: The Law,” UK Government Website, <https://www.gov.uk/marketing-advertising-law>.

⑤ 《中华人民共和国广告法》第二条。

⑥ 《中华人民共和国反不正当竞争法》第二条第二款。

⑦ 《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第六十八条;《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉总则编若干问题的解释》第二十一条。

⑧ 《中华人民共和国民法典》第一百四十八条规定:一方以欺诈手段,使对方在违背真实意思的情况下实施的民事法律行为,受欺诈方有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。

(1)《广告法》的改进策略。英国和澳大利亚均以广告广播类法律为切入点开展游戏化规制。我国《广告法》对正式广告的规制效果显著,但对互联网经济中许多具广告效果但不具有广告形式的营销(如游戏化、种草等)则无能为力,这是因为对广告认定范围过窄导致的结果。根据《广告法》第二条,广告是经营者通过一定媒介和形式直接或者间接地介绍自己所推销的商品或者服务的活动。传统产业企业获得利益的唯一途径就是卖出自家商品,其广告目的也基于此,但在信息时代互联网企业的利益来源多元化,企业营销的目的不再仅限于销售商品,而是如何获得用户持续的注意力。《广告法》仅以推销商品或服务为目的限定了广告定义,使许多新型营销手段逃避了规制。因此,应拓宽广告认定范围,将之定义为:经营者通过一定媒介和形式直接或间接地让公众知晓自己的商品或服务以满足自身利益目的的活动。第一,将“介绍”改为“让公众知晓”,“介绍”偏重以言语形式,而“让公众知晓”囊括了游戏化在内的所有推广形式;第二,删除限定词“所推销的”;第三,添加“以满足自身利益目的”,将目的进行转换,将“让公众知晓”转换为达到目的途径,通过“以满足自身利益为目的”来兜底,极大地拓宽该定义的适用范围。除此之外,还应借鉴英国和澳大利亚的做法将“禁止在广告中使用潜意识技术”写入第三章。

(2)《反不正当竞争法》的改进策略。该法第八条第二款本质上是对经营者将消费者导向商品的方式进行规制。可在此款中加入“经营者不得通过组织虚假交易、利用人的认知偏差等方式”,并删去“帮助其他经营者”的限定性条件。第十条主要针对有奖销售。游戏化与有奖销售一样都以奖品为激励,但不同于有奖销售直接伴随购买行为,游戏化尚处于营销进行阶段,这导致游戏化不具备有奖销售的特征从而无法适用第十条,可通过将“有奖销售”改为“有奖营销”来扩展该法条的适用范围。因为销售仅代表商品售出这一环节,而营销涵盖了广告宣传、商业营销与商品售出等众多环节。

(3)《消费者权益保护法》的改进策略。该法第九条仅从消费者自主比较、鉴别和选择商品的层面来描述自主选择权。这实际上是将消费者视为理性经济人,认为其可精确计算自身效用并作出最优决策。而在行为经济学中,人并非完全理性的,而是会被外部信息影响而作出非理性决策。第九条没有充分考虑人的心理因素,其所阐释的自主选择权仅是形式上的而非实质的。可对第二款增设条件“消费者有权不受心理诱导和潜意识营销影响,自主选择商品”来提升自主选择权的层次。同理,在第十条添加“消费者有权拒绝经营者利用其认知偏差影响其购买意愿”来提升公平交易权的层次。第三章对经营者义务的规定并没有涉及禁止或限制潜意识技术,应对其增添“不得利用认知偏差或潜意识技术诱导交易”的规范。此外,还应明确消费者权益受到此类侵害的评判标准和救济渠道。

(4)《电子商务法》的改进策略。该法第十七条规定了电商经营者的信息披露,由义务性规范“应当全面、真实、准确、及时地披露商品或者服务信息”与禁止性规范“不得以虚构交易、编造用户评价等方式进行虚假或者引人误解的商业宣传”^①构成。可在前句末尾添加“以及与商品相关的其他信息”从而将游戏化纳入规制,并将后句改为“不得以虚构交易、编造用户评价、利用人的认知偏差等方式进行虚假或者引人误解的商业营销”。最后,应在《电子商务法》中划定专门章节阐明游戏化的法律释义、认定条件、具体规范和法律责任等,为全面规制游戏化提供明确法律依据。

(二)信息工具规制:针对经营者的制度设计

游戏化导致消费者利益受损,实际上是一种因信息不对称而产生的市场失灵。在通常情况下,大部分市场失灵可运用信息工具予以缓解。但这种市场失灵涉及对人的认知偏差利用,属于行为市场失灵,传统信息工具并不能很好地应对行为市场失灵,而应当探索新的信息工具。

1. 虚假信息的禁止和限制

在传统消费者保护视域中,对虚假信息的规制主要集中于经营者对商品信息披露是否属实,而游戏化的虚假信息情况则截然不同,游戏呈现给消费者的界面、元素、色彩文字等信息与商品本身毫不相关。但从因果来看,消费者受游戏化信息影响与受商品信息的美好描述影响都会导致购买行为的发生,因此,游戏化的虚假信息规制也不容忽视。游戏化的虚假信息主要以诱发消费者认知偏差以使其作出非理性判断为目的,如虚构较多的玩游戏人数以引发从众心理,虚构获奖事实使人误判游戏难易程度和获奖概率,虚构高额奖品激发人的参与意愿等。对

^①《中华人民共和国电子商务法》第十七条。

于此类虚假信息,首先应明确予以禁止,并根据其触发认知偏差的可能性和危害程度设定相应的法律责任^①。因为无论是否虚假信息导致了非理性购买,在消费市场中传递虚假信息本身会制造妨碍市场机制发挥作用的混乱因素。其次,还应当对“准虚假信息”进行限制。“准虚假信息”是客观上真实但被人为刻意营造的信息,如通过雇人参与或更改统计规则营造的销量,这类信息较难直接按虚假信息定性和治理,但因其会对人的认知偏差产生强烈的诱发效应,也应予以限制。

2. 警示信息的强制披露

警示信息本质是利用人的可得性启发和视觉认知习惯来影响人的行为。不同于广告硬营销易引起人的反感与警觉,游戏化展现柔性的一面,人在参与游戏时通常风险意识较弱,很难预估参与游戏可能给自己带来的不利后果。强制披露警示信息,可在适当时刻增强消费者的风险意识,促进其理性决策^②。2014年,安卓应用市场Google Play强制执行了开发者如在游戏中贩卖商品则需在游戏安装界面展示“包含内购商品”标识的政策,有效协助了玩家提前意识游戏中可能存在的风险。在具体制度设计上,可要求经营者在游戏开始前与进行中以文字、图片或视频形式插入警示信息,如在游戏开始界面提示“参与此游戏可能导致非必要购买”、“赢奖概率低于5%”,当用户即将进行非理性购买时提示“该商品可能并非您所需求”、“请理性购物”等。

(三) 认知偏差纠正:针对消费者的制度设计

传统消费者保护策略主要以对经营者进行义务设计为主,较少对消费者行为有所要求。但游戏化涉及复杂的心理驱动机制,在此机制影响下自由的消费者行为本质上是不自由的。因此,还应对消费者行为进行一定的善意限制,通过制度设计纠正其认知偏差,以促使其作出符合自身利益的理性决策。

1. 事前救济:创新消费者教育

消费者教育是通过增强消费者的知识储备和认知能力来促进其理性决策的举措。传统消费者教育主要着重于商品品质鉴别、合理价格测算、售后和权利救济等知识。但游戏化并不直接呈现商品信息,而是通过激发人的认知偏差诱导其作出非理性决策。传统消费者教育并不能有效协助消费者抵御这种潜意识层面的控制,应创新消费者教育,融合心理学、经济学、博弈论、信息论等多个领域的知识。一方面,拓展消费者受教育的维度,并在技术层面提高消费者识别和对抗潜意识操纵的能力;另一方面,结合能够改善消费者决策的信息披露制度来提高教育的有效性^③。游戏化存在针对人的多种认知偏差而设置的心理机制,普通人不可能避过所有诱导技术,而一旦进入游戏,多种机制并发会使人难以自拔。因此,消费者教育作为一种事前救济,其好处在于可在消费者进入游戏前就将初始机制发挥扼杀在“摇篮”阶段。具体来说,首先以经营者作为消费者教育的义务主体,要求经营者在消费者进入游戏前使其充分了解游戏的场景、规则、元素设置可能会对其决策行为造成负面影响;其次,要求经营者在游戏前设置教育程序,以测试或答题方式使消费者充分了解游戏目的、认知偏差利用情况及可能导致的不利后果,如未能通过测试则不可进入游戏,此举在于通过限制消费者参与游戏的自由来确保其决策的理性。

2. 事后救济:交易冷却期制度和贡献补偿制度

游戏化的目的之一在于诱导消费者购买指定商品。在游戏化作用下,消费者作出的购物决策通常是其在理性状态下不会作出的。针对这种非理性购物可通过交易冷却期制度来矫正^④。在该制度下,消费者因游戏化诱导而作出的交易行为不会即时生效,而是待消费者脱离游戏化影响后,经一段冷却时期,第二次确认方使得交易生效。在操作层面,可要求经营者在交易前告知消费者该制度的详情,并在技术上予以支持,如开发支付工具的滞后生效与双重验证等功能。需注意的是,交易生效的二次确认应当以消费者主动确认为准,而不能是被动的自动确认,因为人天生存在现状偏差,如设置自动确认将极大减弱该制度的效果,主动确认方能迫使消费者理性思考。在具体设置上,可在交易冷却期结束后提醒消费者二次确认,如消费者主动确认则交易生效,如消费者主动取消则交易取消,如消费者置之不理则交易在一段时期后自动取消。

①应飞虎《行为市场失灵及其法律应对》,《中国法学》2022年第6期,第72页。

②Cass R. Sunstein, “Empirically Informed Regulation,” *University of Chicago Law Review* 78, no. 4 (December 2011): 1349.

③Sophie Bienenstock, “Consumer Education: Why the Market Doesn’t Work,” *European Journal of Law and Economics* 42, no. 2 (October 2016): 237-262.

④Pamaria Rekaiti, Roger Van den Bergh, “Cooling-off Periods in the Consumer Laws of the EC Member States: A Comparative Law and Economics Approach,” *Journal of Consumer Policy* 23, no. 4 (December 2000): 371-408.

对于其他非购物类权益受损的问题,由于存在程序与后果的不可撤回性,无法予以事后纠正^①。应设置合理的贡献补偿制度,由经营者根据用户贡献大小对其补偿。游戏化的目的除了诱导购物,还在于加强用户活跃度、增强用户黏性及利用用户社交获取新用户。因此,即使未购物,用户玩游戏实际也在为经营者的利益服务。尽管双方并不存在合同关系,用户为经营者的利益做贡献这一事实不应被忽视,特别是在经营者诱导下作出的利他行为不应视为自愿。具体而言,可参考视频平台的收益分成制度,制定用户贡献补偿制度,对用户贡献值进行量化和货币化。如在线1小时、招徕一个新用户可换算固定货币量,并在用户对游戏有异议时展示条件和流程,用户提出申请并由经营者审批。需注意的是,贡献补偿制度的运用应建立在经营者未披露必要信息的过失上。换言之,只有在用户未能充分了解信息而被诱导进入游戏所作出贡献的情况才有权申请补偿,此举亦可有效迫使经营者披露警示信息。为防止恶意骗补,应由用户承担经营者未尽信息披露义务的举证责任。

随着游戏化及消费心理学研究的深入,经营者对游戏化的运用会愈加娴熟,诱导机制也会愈加隐蔽、微妙和有效,从而增加监管难度。公权机关一方面要深刻认识到游戏化的内在逻辑,另一方面,在规制时要把握好松紧程度,既要将游戏化限定在合规范围内,又要避免管得过死而打击了企业的创新性,同时还要明确正常游戏化与侵害性游戏化的界限,以免造成误判。立于更广的视角,对游戏化的滥用源于市场竞争机制的失序。电商市场竞争的“应然”状态是以给消费者提供更好服务为宗旨的良性竞争,而不是为求自身利益最大化而不择手段的恶性竞争。经营者要竞争的应是如何更有效地将商品信息以准确、诚实、透明的方式呈现给消费者以提升其购物体验,对大数据的利用也应以能为消费者提供更好的个性化导购服务为目的。市场竞争机制失序意味着制度供给的缺失,因此,除了针对行为本身的“治标”,还应进行优化市场竞争的“治本”,良性的竞争机制才是根治种种不规范商业行为问题的良药。

Gamification in Mobile Marketing and Its Regulation: From the Perspective of Behavioral Economics

Li Xuan

China Center for Special Economic Zone Research, Shenzhen University, Shenzhen, Guangdong 518000, China

Abstract: It is becoming more and more common for merchants to use gamification in mobile marketing. The increasing e-commerce disputes caused by gamification have long been ignored. In an environment where technological advantages such as cloud computing and big data have caused extremely asymmetric information between merchants and consumers, gamification of mobile marketing takes advantage of people's psychological weaknesses and cognitive biases to influence consumer behavior through induction and subconscious manipulation. It infringes on consumer rights and interests, and should be subject to public regulation. However, the existing legal system lacks regulation in this field. It is recommended to construct a regulatory path from three aspects: normative system reconstruction, information tool regulation, and cognitive bias correction.

Key words: mobile marketing; gamification; behavioral economics; cognitive bias; regulatory path

[责任编辑:钟秋波]

^①如拼多多案例中,用户通过“砍一刀”游戏为拼多多招徕众多新用户,在其认识到真实赢奖概率过低而决定止损前,对于其已花费的时间精力不可复原的问题,无法适用交易取消规则来纠正。